

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број: 65/2022. Година XIX ISSN 1840-0272 UDK 34

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ



БАЊА ЛУКА, 2022.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број: 65/2022.

Година XIX

ISSN 1840-0272

UDK 34

ПРАВНА РИЈЕЧ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БАЊА ЛУКА, 2022.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:

Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Академик проф. др Рајко Кузмановић

ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Проф. др Душко Медић

РЕДАКЦИЈА:

проф. др Душко Медић, председник; академик проф. др Рајко Кузмановић, члан;
академик проф. др Миодраг Симовић, члан; проф. др Синиша Каран, члан;
проф. др Дарко Радић, члан; проф. др Енес Хашић, члан;
проф. др Никола Мојовић, члан; проф. др Горан Марковић, члан

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:

академик проф. др Витомир Поповић, председник; проф. др Радомир Лукић, члан;
проф. др Љубинко Митровић, члан; проф. др Душко Медић, члан;
г. Јован Чизмовић, члан; гђа Ирена Мојовић, члан; гђа Јасминка Широњић, члан

НАУЧНИ ОДБОР:

академик проф. др Рајко Кузмановић, председник, Републике Српске; академик Игор
Леонидович Трунов, члан, Руска Федерација; академик проф. др Владо Камбовски,
члан, Сјеверна Македонија; академик проф. др Миодраг Симовић, члан, БиХ; академик
проф. др Витомир Поповић, члан, Република Српска; проф. др Жељко Мирјанић, члан,
Република Српска; проф. др Душко Медић, члан, Република Српска; проф. др Никола
Мојовић, члан, Република Српска; проф. др Љубинко Митровић, члан, БиХ; проф. др
Милан Шкулић, члан, Србија; проф. др Маринко Учур, члан, Хрватска; проф. др Жељко
Бартуловић, члан, Хрватска; проф. др Драгана Дамјановић, члан, Аустрија;
проф. др Вид Јакулин, члан, Словенија

Часопис „Правна ријеч“ излази два пута годишње.

СЈЕДИШТЕ РЕДАКЦИЈЕ ЧАСОПИСА

Ул. Веселина Маслеше бр. 28/1, Бања Лука, Телефон/факс: 051/212-320

www.udruzenjepравника.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 је 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, које 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 бити поклоњена пажња свему ономе што се збива у нашем правном животу и друштву у цјелини, 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

ДРЖАВНОПРАВНА КАТЕДРА

ДЕЛТОНСКИ СПОРАЗУМ, ГАРАНЦИЈА МИРА И СТАБИЛНОСТИ У
БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ 11
Академик Рајко Кузмановић

УСТАВНИ ПРИНЦИПИ И ФЕДЕРАЛНИ ОДНОСИ У БИХ..... 22
Проф. др. Синиша Каран

PRAVNE PRETPROSTAVKE SUZBIJANJA KORUPCIJE U KONTEKSTU
PRIJAVE NEPRAVILNOSTI I ZAŠTITE PRIJAVITELJA
NEPRAVILNOSTI U REPUBLICI HRVATSKOJ36
Izv. prof. dr. sc. Milorad Čupurdija

РАДНОПРАВНА КАТЕДРА

KONVENCIJU MOR-A BR. 190 (2019) O ISKORJENJIVANJU NASILJA I
UZNEMIRAVANJA TREBA RATIFICIRATI55
Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur

„STAKLENI STROP“ U BOSNI I HERCEGOVINI70
Prof. dr. sc. Ivo Rozić, Ana Džida, mag. iur.

РЕФЛЕКСИЈЕ ЗАКОНА О ИЗМЈЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О РАДУ
НА СИСТЕМ ПЛАТА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ, СА ОСВРТОМ
НА УРЕЂЕНОСТ ПЛАТА У ЈАВНОМ СЕКТОРУ88
Др Рајко Кличковић, Милан Ђурановић

DRUGO STRUČNO MIŠLJENJE 112
Nedeljko Z. Milaković

ГРАЂАНСКА КАТЕДРА

ПРОЦЕСНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДА У ПОСЕБНИМ ПОРОДИЧНИМ
ПАРНИЧНИМ ПОСТУПЦИМА 125
Проф. др Гордана Станковић

ПРЕКИД ПОСТУПКА РАСПРАВЉАЊА ЗАОСТАВШТИНЕ 141
Проф. др Илија Бабић

REFORMA GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA U BiH SUĐENJE I (ILI) PARNIČENJE	162
Prof. dr Branko Morait	

ПРИВРЕДНОПРАВНА КАТЕДРА

„БЕРМУДСКИ ТРОУГАО“ КОМПАНИЈСКОГ, СТЕЧАЈНОГ И ПРАВА ПРЕУЗИМАЊА АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА.....	183
Мирко Васиљевић	

НАЧЕЛА КОД ПОСЛОВАЊА БАНАКА СА ДОКУМЕНТАРНИМ АКРЕДИТИВИМА.....	212
Проф. др Зоран Васиљевић	

РАЗРЕШЕЊЕ НЕДОУМИЦА О ПРЕДМЕТУ, УГОВОРНИМ СТРАНАМА И ЗАКЉУЧЕЊУ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ	228
Др Страхинја Д. Миљковић	

КАТЕДРА ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

КАРАКТЕРИСТИКЕ РЈЕШАВАЊА ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА.....	243
Академик проф. др Витомир Поповић	
Академик проф. др Радован Вукадиновић	

AZIL U UNUTRAŠNЈEM I MEĐUNARODNOM PRAVU	261
Академик проф. др Борис Кривокарић	

О РАСКИДУ УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ У РЕЖИМУ БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ.....	283
Проф. др Александар Ћирић	

UGOVOR O NAUTIČKOM VEZU KAO NOVI UGOVOR HRVATSKOG PRAVA.....	302
Prof. dr. sc. Dragan Bolanča, prof. dr. sc. Silvija Petrić	

ИЗМЕНЕ УГОВОРА О КОНЦЕСИЈИ У ПРАВУ СРБИЈЕ.....	318
Проф. др Драго Љ. Дивљак	

ОБАВЕЗА КУПЦА ДА ПРЕУЗМЕ ИСПОРУКУ КОД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ	335
Др Сандра Фишер Шобот	

INSTITUCIONALNA STRUKTURA I ODLUČIVANJE U SVJETSKOJ TRGOVINSKOJ ORGANIZACIJI.....	351
Prof. dr. Genc Trnavci	

КРИВИЧНОПРАВНА КАТЕДРА

USLOVNI OTPUST KAO ALTERNATIVNA MERA U SAVREMENOM KRIVIČNOM PRAVU	371
Dr Dragan Jovašević	

DRUŠTVENO-KORISTAN RAD KAO OBLIK VANINSTITUCIONALNE REAKCIJE NA KRIMINALITET	400
Akademik prof. dr Miodrag N. Simović	

KRIMINALITET MALOLJETNIKA U REPUBLICI SRPSKOJ U PERIODU 2015–2021.	428
Prof. dr Mile Šikman	

SUZBIJANJE ZLOUPOTREBE OPOJNIH DROGA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE I MEĐUNARODNI STANDARDI	460
Prof. dr Marina M. Simović	
Prof. dr Vladimir M. Simović	

ОБАВЕЗНО ИЗРИЦАЊЕ МЈЕРЕ БЕЗБЈЕДНОСТИ ЗАБРАНА ВРШЕЊА ПОЗИВА, ДЈЕЛАТНОСТИ ИЛИ ДУЖНОСТИ	485
Доц. др Игор Петковић	

ПРАВО СВЈЕДОКА ДА НЕ ОДГОВАРА НА ПОЈЕДИНА ПИТАЊА ПРЕМА ИЗМЈЕНАМА ЗКП РС.....	498
Проф. др Младенка Говедарица	

ПОВЛАЧЕЊЕ ОПТУЖНИЦЕ	512
Др Раденко Јанковић	

GAŠENJE PREKRŠAJNOG KAŽNJAVANJA	538
Dr Ljubinko Mitrović, Jelena Mitrović, msr	

ROMI KAO ŽRTVE POVREDE ČLANA 14 U VEZI SA ČLANOM 3 KONVENCIJE O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA....	555
Dr Darko Dimovski, Luka Anđelković, Dragana Milovanović	

ПРЕКРШАЈНА ОДГОВОРНОСТ У ОБЛАСТИ ПРИВАТНЕ БЕЗБЕДНОСТИ У СРБИЈИ.....	570
Бранко Лештанин, проф. др Жељко Никач	

ДРЖАВНОПРАВНА КАТЕДРА

ДЕЈТОНСКИ СПОРАЗУМ, ГАРАНЦИЈА МИРА И СТАБИЛНОСТИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Академик Рајко Кузмановић¹

Сажетак: Циљ рада је да покаже генезу и разлоге настанка Дејтонског споразума. Познато је да је под дејством процеса глобализације и стварања новог свјетског поретка дошло до распада Југославије и до формирања нових држава. Све бивше југословенске републике постале су државе, осим Босне и Херцеговине, јер се три конститутивна народа нису могла договорити око уређења државе. Услиједио је грађански рат. Међународна заједница је настојала да помогне да се дође до рјешења. Било је више покушаја – од Лисабона до Дејтона. Неколико тих покушаја било је безуспјешно, а тек седми – Дејтонски споразум – био је успјешан. Дејтонским споразумом обустављен је рат и утврђено је државно уређење БиХ Анексом IV овог споразума, који представља Устав БиХ. Од потписивања споразума до данас бошњачка страна није задовољна. Почеле су деструкције, па је уз помоћ високих представника дошло до грубих повреда Дејтонског споразума и Устава. Република Српска снажно се супротстављала том нарушавању. Тражила је да се дејтонски Устав и Споразум не мијењају, већ да се примјењују. Споразум и Устав довољан су правни оквир за мир, сигурност и просперитет свих грађана.

Кључне ријечи: Дејтон, споразуми, Босна и Херцеговина, Република Српска, мир, стабилност, грађански рат, међународна заједница.

¹ Предсједник Удружења правника Републике Српске.

1. УВОДНА РИЈЕЧ О ПРЕДМЕТНОЈ ТЕМИ

Са временског становишта гледано, можемо запазити да се историја понавља. То се јасно види из великих геополитичких, правних – домаћих и међународних – догађаја. Ако посматрамо развојни пут великих друштвених промјена, запазићемо избијање буржоаских револуција крајем XVIII и средином XIX вијека, док су XX вијек обиљежиле појаве социјалистичких револуција (Русија, Кина, Вијетнам и др.) и двају свјетских ратова. У XXI вијеку отворено је више ратних жаришта, међу којима су они у Авганистану, Ираку, сјеверозападном Пакистану, Грузији, Либији, Сирији, укључујући и актуелни сукоб између Русије и Украјине.

У том политичко-војном превирању приметно се рат и у Југославији (1991–1995), који је оставио лоше и тешке трагове, посебно у Босни и Херцеговини, гдје су се три конститутивна народа међусобно супротставила. У основи, био је то грађански рат у којем је страдало више од 100.000 људи. Крајем 1995. године усвојен је Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, којим је успостављен мир у БиХ и утврђен облик државног уређења. Споразум је донесен у САД, у граду Дејтону, на гламурозан начин, уз присуство делегација великих свјетских сила: САД, Републике Француске, Савезне Републике Њемачке, Руске Федерације, Велике Британије, као и делегација Савезне Републике Југославије, Републике Хрватске, Европске уније и око 300 учесника. Гаранти потписивања и примјене Споразума су стране у Споразуму: Савезна Република Југославија (у име Републике Српске), Република Хрватска и Република Босна и Херцеговина.

Допринос Дејтонском споразуму дали су приједлози шест претходних мировних споразума: Кутиљеров план, Венс–Овенов план, Овен–Столтенбергов план, план Контакт групе, Женевски план и Њујоршки план. Круна рјешења сукоба у Босни и Херцеговини био је Дејтонски мировни споразум, парафиран у Дејтону, а коначно потписан у Паризу, 14. децембра 1995. године.

2. ВЕЛИКЕ ДРУШТВЕНЕ ПРОМЈЕНЕ И ЊЕНЕ ПОСЉЕДИЦЕ

Друштвена кретања ширих размјера одвијају се убрзаним темпом, тако да су због тога збуњени народи и државе. То убрзање је превелико, што ствара пометњу, неспоразуме, па и конфликте, како на домаћем тако и на међународном плану, и доводи до сукоба између народа и држава. Почетак трећег миленијума обиљежили су бројни оружани сукоби. Од

206 данашњих држава, њих око 40 је у рату или непосредно пред избијањем рата. То се махом односи на азијске и афричке земље и народе, а ево сада и на европски континент, имајући у виду сукоб између Русије и Украјине.

Процес друштвених промјена тече мимо очекивања већине држава и народа, пошто из великих промјена често произлазе сукоби, а то већина не жели. У ствари, човјечанство жели промјене, али само оне социјалне природе а не ратног карактера. Зато је добро што су људи незадовољни и што желе бољу будућност, а не ону коју пружају глобализација и утрка за економском добити. Људи желе сопствену државу или државотворну јединицу, јер само властита држава грађанима даје сигурност.

Опште је мишљење да је човјечанство незадовољно садашњошћу, па је загледано у будућност и пита се да ли је садашњост, односно друштво на овом степену развоја, способно да антиципира своју будућност и успостави друштвено уређење примјерено човјеку, као мјерилу свих ствари. Наиме, још је грчки филозоф Протагора одредио мјесто и улогу човјека сентенцом: „Човјек је мјерило свих ствари, постојећих да јесу, а непостојећих на нису“. Тешко је повјеровати да ће садашња универзална, регионална, па и локална економска, политичка или теоријска (мисаона) стварност створити услове за заиста бољу будућност.

Човјечанство је претежно незадовољно понуђеним моделима уређења, као што је онај према којем свијет треба уредити као униполарни, по жељи оснивача глобализације, или други према којем би свијет требало да буде биполарни. Ипак, и поред незадовољавајућих опција које се нуде, не треба одбацивати процесе промјена, али треба тражити најбољи модел, онај који ће бити претежно прихваћен. Чини се да је прихватљивији и свијету ближи мултиполарни – евроконтинентални модел, оличен у Европској унији.

Добро је што друштво није статично и што не постоји један трајни модел уређења, ма како он изгледао савршен и прогресиван. Законитост је да ништа у друштву не стоји, већ се креће. Ту законитост уочио је давно грчки филозоф Хераклит и сажео је у сентенцу: *panta rei*, што значи: све тече, све се мијења, све се креће брже или спорије, видљиво или мање примјетно. То кретање, та друштвена динамика неизбјежно изазива промјене у објективној стварности. Одвајкада је била и јесте природна тежња човјека да у тим промјенама трага за нечим што осигурава већу слободу, напредније и хуманије државно и друштвено уређење. Човјек је увијек био, а и данас је, загледан у будућност и најчешће полаже наде у то да ће она бити боља од садашњости.

3. ПРОМЈЕНЕ СЕ ОДВИЈАЈУ У ДРУШТВЕНИМ ТАЛАСИМА

Велике друштвене промјене, историјски гледано, јављају се циклично, у тзв. друштвеним таласима. У свим тим промјенама право и правна наука имали су и имају своје мјесто и улогу. У ствари, мијења се положај права и то тако да се у првој фази промјена најчешће негира постојеће и опште право као стари правни поредак, а у другој фази промјена право се афирмише као нови правни поредак. Због своје специфичности и подређености актуелној држави, право је, са сваком промјеном, падало у кризу. Најчешће се прекидао правни континуитет, што је доводило до распада дотадашњег правног система. Тек по успостављању новог поретка и нове власти право је поново оживљавало, али са новом методологијом и улогом у друштву. Доносили су се нови или мијењали постојећи уставни закони, а притом се врло често мијењала и правна техника и начин доношења општих правних аката.

Историја човјечанства памти многе друштвене промјене и преокрете изазване ратовима, устанцима, побунама, оружаним и социјалним револуцијама, државним ударима и другим видовима трансформације друштва, у којима се увијек, више или мање, осјећао утицај права, било да се његово дјеловање успоравало и негирало, било да се подстицало и афирмисало. У таквим друштвеним превирањима покретачку снагу чинили су политички, правни и општедруштвени визионари, који су тежили изградњи хуманијег друштва, боље и уређеније државе, социјалне правде и праведнијег права.

У осврту на друштвене промјене које су мијењале улогу права овом приликом нећемо ићи у далеку прошлост – у антички и средњовјековни период, који обилују таквим покретима и промјенама. Задржаћемо се на три велика циклуса друштвених промјена и положају права у њима.

Први циклус промјена односи се на стварање грађанског друштва током XVIII и XIX вијека, почевши од Америчке и Француске револуције. Те револуционарне промјене прво су изложиле критици дотадашње државно уређење и правни систем, а потом, на бази критике и нових сазнања, афирмисале нове облике државног уређења и организације власти, као и одговарајући правни систем и поредак. Тада је направљен гигантски корак у правној теорији и пракси успостављањем устава као највишег правног акта (*lex superior*) и нормирањем људских права и слобода.

Други циклус великих друштвених промјена остварен је у XX вијеку, у периоду од Првог преко Другог свјетског рата, па до краја вијека. У том вијеку, послје два велика рата и социјалистичке револуције, дошло је до

пада устава и уставности ранијих држава (нпр. Аустроугарске, Турске, а потом Краљевине Југославије, и најзад до пада социјалистичке уставности и законитости) и до успостављања новог друштвеног и правног поретка и система. Све је то учинило XX вијек динамичним и по много чему битним. Као што се XIX вијек назива вијеком конституционализма, тако се XX вијек може назвати вијеком дубоких планетарних друштвених промјена и технолошке револуције.

Већ двадесетих година XX вијека било је јасно да се дотадашњи униполарни свијет (свијет капитализма) неминовно претвара у мултиполарни, са тенденцијом стварања биполарног свијета (свијета капитализма и свијета социјализма). У тако подијељеном свијету сваки блок и свака држава створили су свој политички систем, а њима се прилагођавало право и стварао се правни систем и поредак. У оквиру тзв. Западног блока задржало се и даље класично право, посебно у сфери имовинских односа (облигационо и уговорно право). У тзв. Источном блоку, који је захватио СССР, Кину, Монголију, Југоисточну Европу и др., развила су се три смјера правног регулисања и дјеловања: ортодоксни совјетски државни бирократско-технократски правни систем и поредак, затим кинеско-монголски симплифицирани правни поредак партијско-државног типа и југословенски самоуправни правни систем.

Самоуправни поредак у Југославији био је нов, и у политичком и у правном смислу. Основна карактеристика му је занемаривање и другачије регулисање цијеле имовинске и управљачке сфере стварањем тзв. друштвене својине и на њој засноване правне регулативе и правног система. Из облигационог система потпуно је искључено уговорно право, а успостављено је тзв. договорно право, засновано на друштвеним договорима и самоуправним споразумима. Тако су право и правне норме постале до те мјере индивидуализоване да је сваки правни субјект био *sui generis* законодавац. Свака привредна или друштвена организација могла је да склопи самоуправни споразум са неком другом друштвеном организацијом и да на основу њега оствари своја права и обавезе. Такав систем потпуно је разградио класични правни систем и створио правни хаос бесконачно бројним самоуправним актима и произвољним нормама. Процјењује се да је осамдесетих година XX вијека у Југославији било око 7.000.000 самоуправних нормативних аката. Тако је створена једна лаичка хиперпродукција и панјуридизација.

Трећи циклус великих друштвених промјена почео је крајем XX и почетком XXI вијека, а траје и данас (2022). Односи се, углавном, на процес глобализације, који су његови утемељивачи означили као процес зближа-

вања и уједначавања цивилизација на планети Земљи, што би требало да значи једнакост и општу добробит људи. Свијет је поткрај XX и почетком XXI вијека драматично ушао у потрагу за новим облицима друштвеног и државног уређења, јер се класични грађански поредак прилично иживио, а социјалистички знатно посрнуо, са тенденцијом потпуног нестанка (СССР, Источна и Југоисточна Европа). У таквим околностима једна западна јака прекоморска држава почиње да вјерује да је она једина преостала сила, која треба да уреди свијет према својим мјерилима, тј. да биполарни и дјелимично мултиполарни свијет претвори у униполарни.

4. ГЛОБАЛИЗАЦИЈА И ЊЕНА ПРИМЈЕНА

Процес глобализације не тече баш ни лако ни добровољно, јер се главни протагонисти стварања новог свјетског поретка не служе само демократским методама за остваривање циља, већ знатно чешће користе економску и финансијску принуду, идеолошко-политички притисак, па и војну силу. Глобализација је имала извјестан успјех у земљама бивше социјалистичке заједнице, али тешко се остварује у земљама Азије, посебно Блиског истока. У свијету су изазвани бројни ратови, побуне, војни пучеви и економске кризе. Тако је сасвим јасно и очигледно да су распади, дисолуције или дебалације држава, сукоби народа и етничких група, рушење једних облика уставности и државности и успостављања других, општедруштвена гибања и транзиција, на овај или онај начин, стварне посљедице глобализма, односно новог свјетског поретка. Све се то одвијало или се одвија у земљама захваћеним процесом глобализације, и то у свим сферама живота. Започете су бројне реформе, као механизми доласка до жељеног циља, које су захватиле и право у цјелини – теорију и праксу – институције и организације које се баве правом.

Очигледно је да свијет у коме живимо, пројектован од стране твораца глобализма, обилује парадоксима и противрјечностима, потресају га економске и политичке кризе, а његову социјалну кохезију разарају експлоатација, дискриминација, самовоља и неправда.

Борба за нови свјетски поредак, доминацију, престиж, моћ и нова тржишта, добија планетарна обиљежја. Човјечанство се нашло у веома противрјечном свијету, па у таквој духовној клими живе људи и у XXI вијеку. Зато је обавеза свих прогресивних људи и институција да се боре да младе генерације не осјете горчину живота, већ да уђу у свијет слободе и просперитета.

5. ПУТЕВИ ДО ДЕЈТОНСКОГ СПОРАЗУМА

Како смо већ нагласили, Дејтонски споразум донио је дуго очекивани мир и предложен је модел државног уређења (Анекс IV Устав БиХ). Тим споразумом није створена држава благостања у којој су сви грађани задовољни, али није створена ни држава *leviatan* (чудовиште), којим су сви незадовољни. Устав БиХ могао је бити знатно бољи, и то су знали и сами творци споразума. Међутим, водили су се тим да донесу устав који ће бити примјењив. Познато је да је добар онај устав који се примјењује, а ако се не примјењује, представља обичан лист папира.

Уставом и свеукупним Дејтонским споразумом нису у потпуности задовољни ни Срби, ни Хрвати, ни Бошњаци. Очигледно је да ниједна од три стране није добила све што је жељела, али није ни све изгубила. Изгубиле су двије струје – сепаратистичка и унитаристичка. На другој страни, сва три народа су добила, у смислу да је формирана федерално-конфедерална држава: Срби су добили Републику Српску, а Хрвати и Бошњаци Федерацију БиХ. У члану 1, тачка 3 Споразума утврђено је да се Босна и Херцеговина састоји од два ентитета, са три конститутивна – равноправна народа. Ентитети имају високо децентрализована овлашћења, а БиХ, односно заједничке институције на нивоу БиХ, добиле су минималне надлежности, и то махом спољног карактера:

- спољна политика,
- спољнотрговинска политика,
- царинска политика,
- монетарна политика, како је одређено чланом VII Споразума,
- финансирање установа и међународних обавеза Босне и Херцеговине,
- политика и прописи у вези са усељавањем, избеглицама и азилом,
- спровођење кривичних закона на међународном плану и између ентитета, укључујући и односе са Интерполом,
- увођење и рад средстава за међусобне и међународне комуникације,
- регулисање саобраћаја између ентитета,
- контрола ваздушног саобраћаја.

Дејтонски споразум је пленарно прихваћен, а затим парафиран и потписан, те прихваћен од све три стране у БиХ. Остало је само да се примјењује.

До чина потписивања Споразума био је дуг пут. Још од самог почетка рата, покушавала су се изнаћи мировна рјешења. Међународна заједница

формирала је тзв. Бадинтерову комисију, с циљем да понуди одговарајуће рјешење. Комисија је одредила португалског дипломату Кутиљера да предложи рјешење за БиХ, гдје су сукобљене политике трију конститутивних народа. Већ у љето 1992. године Кутиљеро је предложио план територијалне подјеле и државног уређења. План су прихватили и потписали лидери Срба, Муслимана и Хрвата. За Србе је план потписао Радован Караџић, за Муслимане Алија Изетбеговић и за Хрвате Мате Бобан. Убрзо је, под утицајем страног фактора, Изетбеговић повукао свој потпис и тако је овај план пропао, а рат се наставио.

Међународна заједница припремила је и предложила друго рјешење, у виду Венс–Овеновог плана, који је прихватила српска страна. Трећи план био је Овен–Столтенбергов план из 1993. године, који је такође био повољан за нашу страну. Четврти план предложила је, 1994. године, тзв. Контакт група, али ни овај план нису прихватиле све сукобљене стране.

Велике силе – САД, Русија, Њемачка, Француска и Велика Британија, одлучиле су да приђу директном рјешењу. Период од септембра до децембра 1995. године био је одлучујући за рјешење босанскохерцеговачког питања. Почетком септембра 1995. године припремљен је документ са договореним основним принципима, познат као Женевски принципи, на основу којих је утврђен приједлог коначног рјешења за БиХ. Слиједили су Њујоршки принципи, крајем септембра 1995, којим су утврђени детаљи принципа усвојених у Женеви.

Седми и коначни споразум био је онај усвојен у Дејтону, 21. новембра 1995. године. Споразумом је утврђено 11 анекса, међу којима је најзначајнији Анекс IV – Устав БиХ. Споразум је парафиран 21. новембра у Дејтону, а потписан 14. децембра 1995. године у Паризу. Тиме је завршен четворогодишњи рат у БиХ и успостављено ново државно и уставно уређење.

Незадовољство Споразумом исказала је бошњачка страна, па је од самог његовог доношења, заједно са једним дијелом међународне заједнице, настојала да, легално или нелегално, мијења поједине одредбе Устава. Потписи на Споразуму нису се још били ни осушили, кад су се они који су њиме незадовољни већ окомили на свих 11 анекса, а посебно на Анекс IV – Устав БиХ.

6. КАКО ТЕЧЕ ПРИМЈЕНА СПОРАЗУМА

Како смо већ раније нагласили, Споразумом је завршен грађански рат у БиХ и утврђено друштвено политичко уређење. Очекивало се да ће примјена Споразума тећи уобичајено, без проблема, јер су све три стране у сукобу биле исцрпљене ратом и све су очекивале да наступи мир и успостави се сарадња.

Споразум је сачувао назив државе – Босна и Херцеговина, али је она састављена од два ентитета – Федерације БиХ и Републике Српске, у којима живе три конститутивна народа и остали. Анекс IV Споразума утврдио је да се сачува континуитет, у смислу да Босна и Херцеговина настави своје правно постојање у складу са међународним правом, уз усклађивање њеног унутрашњег уређења са одредбама садржаним у Споразуму, а унутар њених међународно признатих граница. Институције Републике Српске извршиле су усклађивање у складу са Уставом БиХ, а Федерација БиХ ту обавезу није извршила у цјелини, већ само дјелимично.

Сарајевски политички естаблишмент није био задовољан Дејтонским споразумом, односно у њему наведеним државним уређењем, па је од самог почетка почео опструисати примјену Устава БиХ. У томе је добио потајну, а затим и јавну подршку од дијела међународне заједнице. Одлучили су да „пузећом методом“ постепено урушавају Устав, с циљем слабљења Републике Српске, а јачања централне власти. У вануставно дјеловање током последњих 27 година активно су се укључили високи представници и ОХР, почевши од Билта, преко Петрича и злогласног Ешдауна, до Инцка и самопроглашеног високог представника Шмита. Високи представници изводили су своје „право“ из Анекса X Дејтонског споразума, али су још више користили нелегална тзв. бонска овлашћења. Они су се стављали у службу сарајевске политике, па су преузимали улогу законодавца, уставотворца, народног представника, изборног налогодавца и др. Њиховим одлукама наметнуто више од 70 закона и других правних аката и смијењен је велики број легално изабраних представника власти (предсједника, начелника, посланика, политичара и др.).

У нарушавање Устава и закона, као и воље грађана, укључили су се и Уставни суд БиХ, са судијама странцима, као и редовни судови, па и дио Парламентарне скупштине. Таквој најезди незакоња снажно се супротставила Република Српска путем Народне скупштине и других легалних органа и институција из Републике Српске. Захтијевали су да се више не признају и не спроводе одлуке високог представника и да се врате нелегално

пренесене надлежности. Процес обуставе примјене рјешења високог представника и других дуготрајан је и тежак, али је Република Српска устрајна у заштити својих уставних и дејтонских права. Она жели и настоји да очува Уставом утврђена права и права из Дејтонског споразума.

Желим напоменути да је у посљедњих 40-ак година, поред Дејтонског, у свијету усвојено више међународних споразума, као нпр. онај између Израела и Египта (1979), у Ел Салвадору (1992), у Јужној Африци (1993), Гватемали (1996), Таџикистану (1997), Сјеверној Ирској (1998) итд. Што се тиче примјене и успјешности споразума, сасвим је сигурно да је Дејтонски споразум најбољи и најуспјешнији, па се с разлогом питамо зашто треба рушити такав Споразум, а посебно Анекс IV – Устав БиХ. Република Српска је, као уставобранитељ, упорна у томе да очува дејтонски модел државног уређења БиХ.

7. ЗАКЉУЧАК

Дејтонски споразум и Устав БиХ, као и Устав Републике Српске, те цјелокупан правни систем и поредак, добра су основа за просперитет свих грађана. Зато Дејтонски споразум, посебно Анекс IV – Устав БиХ, не треба мијењати, већ га треба примјењивати. Творци наведених докумената врсни су правници, дипломате и политичари. Они су могли написати – номотехнички и садржајно – бољи устав и споразум. Међутим, експерти су се водили мишљу да споразум и устав треба да буду примјењиви. Осим тога, Споразум је писан тако да буде прихваћен од свих. То значи да Босна и Херцеговина није створена као идеална држава. У ствари, Споразумом у цјелини нису у потпуности испуњене жеље ниједног народа, али нису ни одбачене. Тражен је компромис и он је нађен управо у Анексу IV Споразума. Од самог потписивања Споразума бошњачка страна није била њиме задовољна, па је перманентно девастирала Споразум, а нарочито уставна рјешења. Подржали су их високи представници, ОХР и дио међународне заједнице. Том нарушавању Устава и Споразума, који је ишао на штету Републике Српске, институције и власти Републике Српске се супротстављају и одлучне су у намјери да у томе истрају. Зато би прогресивни свијет морао подржати Републику Српску у очувању врло успјешног Дејтонског споразума.

Academician Rajko Kuzmanović**DAYTON AGREEMENT, GUARANTEE OF PEACE AND STABILITY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Abstract: *This paper, entitled 'Dayton Agreement is a guarantee of peace and stability in Bosnia and Herzegovina', was created as a central report at the 19th Symposium of Lawyers of the Republika Srpska, held on 7 October 2022. The paper aims to show the genesis and reasons for the creation of the Dayton Agreement. It is known that, under the influence of globalization and the creation of new world order, Yugoslavia split apart and new states were formed. All the former republics of Yugoslavia became states except Bosnia and Herzegovina. The three constituent peoples could not agree on the state organization, and the civil war ensued. The international community tried to help find a solution through several attempts, from Lisbon to Dayton. Four to five attempts were unsuccessful, and the seventh attempt, i.e., the Dayton Agreement, was successful. The Dayton Agreement stopped the war, and the state organization of BiH was established by Annex IV of the Constitution of BiH. Ever since the signing of the Dayton Agreement until today, the Bosniak party has not been satisfied. Destructive actions ensued, which led to multiple severe breaches of the Agreement and the Constitution with the help of high representatives. The Republika Srpska strongly opposed it, requesting the application of the Dayton Constitution and Peace Agreement rather than their amendments. The Agreement and Constitution are a sufficient legal framework for peace, safety and prosperity of all citizens.*

Key words: *Dayton, agreements, Bosnia and Herzegovina, Republika Srpska, peace, stability, civil war and the international community.*

УСТАВНИ ПРИНЦИПИ И ФЕДЕРАЛНИ ОДНОСИ У БИХ

Проф. др. Синиша Каран¹

Апстракт: Принцип или начело јединства и слободe цјелине и дијелова најзначајнија је особина сложеног облика државног федералног уређења држава. Федерацију у овом смислу посматрамо као добровољни савез удружених држава – држава држава или држава над државама. Федерација као држава обједињује, али и апсорбује, не умањујући потпуно државност чланица. Федерација ствара јединство цјелине – федералне државе, али и слободу дијелова – федералних држава, при чему имају довољно суверености и цјелина и дијелови цјелине. Или како то запажа Р. Марковић, да се модел федералне државе развијао на „дијалектичкој комбинацији три мјерила, односно начела: супремација федералне државе, аутономија федералних јединица и партиципација федералних јединица“.

Начело супремације неспорно потврђује да је федерација политичка и уставноправна чињеница, државна организација, суверена на спољном и унутрашњем плану.

Федералне државе због партиципације посебних држава у формирању федералних органа имају и елементе конфедерације с обзиром на то да државе чланице имају надлежности потпуно аутономне, неовисне од федералне државе.

Начело аутономије федералних јединица једно је од битних обиљежја сваке федерације, која се огледа у праву да својим уставима регулишу организацију и надлежност органа и тијела законодавне, извршне и судске власти. У свим тим областима федерација и федералне јединице дијеле надлежности. С друге стране, федералне јединице имају и своје сопствене (аутономне) надлежности.

¹ Проф. др Синиша Каран, редовни професор Правног факултета Паневропског универзитета АПЕИРОН, Бањалука.

Начело партиципације федералних јединица огледа се у праву да учествују у вршењу надлежности федерације и то у правилу све федералне јединице подједнако, без обзира на величину (систем паритета у учешћу и систем консензуса у одлучивању).

Статус федералних јединица у свим федералним државама требало би да буде исти, без обзира на различитости и специфичности које се огледају у географској величини, економској снази, броју становника, националном, вјерском и расном саставу становништва.

Битан принцип сваке класичне федерације и јесте да све федералне јединице имају једнак статус, нарочито у партиципацији вршења власти.

Устави федерација штите овакав статус федералних јединица, у ствари обезбјеђују им највиши степен правне заштите. Ријетки су случајеви да постоје битне разлике међу чланицама у једној федералној држави.

Кључне ријечи: *Босна и Херцеговина, облик државног уређења, федерација, конфедерација, Устав, уставни принципи.*

1. УВОД

Процес политичког одлучивања у свој својој сложености и различитости федералног модела условљених карактером и специфичностима сваке политичке заједнице за себе, ипак посебна обиљежја показује у оним државама уз које се везују појмови као што су мултинационалност, мултикултуралност, плурализам, па и одлике сегментираног, подијељеног друштва. У овим случајевима отварају се бројна сложена питања, почевши од облика државног уређења, неминовности и специфичности федерализма, расподјеле надлежности, структуре парламента, карактера демократије, а што се све у крајњој линији одражава и на начине одлучивања, тијела државне власти.

У Босни и Херцеговини политичка гигања нужно су са собом носила промјене, те стављале у фокус посматрања прије свега облик државног уређења.

Анализа државног уређења БиХ свих 27 година након ступања на снагу устава БиХ карактерише перманентно тумачење и непрестане тенденције ревизије Устава, превасходно вануставним путем, а најчешће под различитим изговорима у смислу да овакво државно уређење представља кочницу даљем развоју и напретку БиХ као модерне демократске земље и путу ка међународним интеграцијама.

Најрадикалнији су захтјеви који су против двоентитетског уређења, а за класично централистички и унитаристички модел, са прикривеним изјашњавањем за грађански модел уставноправног уређења, при чему се злоупотребом демократизације друштва, борбом за људска права ипак у суштини стварају услови за мајоризацију, а кроз елиминацију основних уставних постулата сложеног мултинационалног бх. друштва.

Сукоб нормативног и стварног неминовно доводи у питање пронађење уставни оквир функционисања државе БиХ и њених институција.

И управо зато прецизно дефинисање облика државног уређења Босне и Херцеговине има научни, теоријски и практично-политички значај. Посебно због чињенице да Уставом није наведен облик државног уређења, који би олакшао разумијевање уставноправног и фактичког односа ентитета (федералних јединица) и заједничких институција БиХ, а самим тиме и питање организације државне власти.

Основни став, истовремено и основно полазиште да уставни системи уопште нису нешто дато само по себи, нису резултат било каквих интелектуалних спекулација, нити израз нечије воље, а посебно нису могући да се копирају са државе на државу, упућује на основну констатацију да уставни систем, као и државна уређења која се формирају уставима, те облик државне власти, јесу комплексан појам, који садржи веома много разноврсних елемената и чије је уобличавање условљено низом фактора карактеристичним за свако друштво.

Као модел државног уређења БиХ пронашао се модел федерализма. Међутим, усвајање овог модела, као облика и одговора на питање о организовању сложених држава састављених од више политичких јединица, истовремено подразумева потребу да се изнађу посебна, нетипична рјешења за такву специфичну унутрашњу структуру (три народа – два ентитета – кантони и Брчко дистрикт). Полазна претпоставка и став да је Босна и Херцеговина сложена држава *suí generis*, тј. да не испуњава ни све федералне ни конфедералне стандарде, понајбоље освједочена уставним положајем ентитета, упућује на то да се може посматрати само са аспекта констатације да као таква функционише *per se*, те указујемо на опасност покушаја сврставања у било који познати уставноправни теоријски концепт познатих сложених држава и копирања свјетски успјешних образаца сложених држава федералне структуре.

Данас у правној и политичкој теорији постоје велика неслагања о природи државног уређења Босне и Херцеговине. Она су се јавила већ у вријеме доношења Устава Босне и Херцеговине, да би касније била наста-

вљена са већим или мањим интензитетом зависно од снаге и утјецаја различитих идеолошко-политичких тенденција.

На тој основи настаје и велики број различитих теорија о Уставу и облику државног уређења.

Тако се и Устав Босне и Херцеговине са формалног и са материјалног аспекта дефинише као „специфичан, својеврстан и, као такав, јединствен у досадашњој теорији и пракси уставности“². Специфичност у формалном смислу огледа се у самом начину настанка Устава Босне и Херцеговине. Он није настао као резултат одређене политичке воље и учешћа грађана Босне и Херцеговине и са примјеном процедура које би му дале демократски легитимитет, већ је створен као продукт воље међународне заједнице и резултат компромиса представника сва три народа.³ „С обзиром да је устав највиши правни акт једне земље, његово доношење мора да се обави уз поштовање највиших стандарда законодавне технике по утврђеној правној процедури. Он је правни акт на коме се заснива државност сваке земље и због тога је потребна најшира политичка подршка.“⁴

У материјалном смислу, између осталог, специфичност се огледа у томе да је Уставом Босне и Херцеговине одређено да се држава састоји од два ентитета, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине, са разграниченим надлежностима између ентитета и институција Босне и Херцеговине.⁵ Уставни поредак Босне и Херцеговине заснива се на принципу равноправности двају ентитета и трију конститутивних народа. У основи, супремацијом Устава Босне и Херцеговине зајамчен је садашњи уставноправни систем земље. Њиме је, поред осталог, дотадашња Република Босна и Херцеговина добила ново име „Босна и Херцеговина“ и наставила своје правно постојање по међународном праву као држава, са унутрашњом структуром измијењеном према овом споразуму и са својим дотадашњим међународно признатим границама и да ће се састојати од два равноправна и јединствена ентитета, као конститутивних и државотворних јединица – Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске.

Ако се сложимо са полазном премисом да је Босна и Херцеговина сложена држава, није довољно дати додатни одговор на питање каква је конкретна садржина и природа те сложене државе.

² М. Екмечић, *Почетак рата у Босни и Херцеговини, спољни узроци грађанског рата у БиХ*, Београд, 2001, стр.18.

³ Снежана Савић, *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*, Правна природа преамбуле, Бања Лука, 2000, стр. 55.

⁴ Драган Батавељић, *Нови устав Србије*, Правни живот, Београд 2006. стр. 1141.

⁵ Рајко Кузмановић, *Уставно право*, Бања Лука, 2002, стр. 306–307.

Стога се као логична јављају сљедећа питања: зашто је Босна и Херцеговина сложена држава баш у облику који тренутно постоји, да ли је тај облик дјелотворан и који друштвени фактори и под којим условима могу утицати на његову реформу или корјениту промјену; да ли су такве промјене уопште потребне; да ли у таквом сложеном уређењу могу функционално да дјелују његове институције. БиХ према свом уставу нема организационе ознаке (уређења и владавине), а њени ентитети имају (Република и Федерација).

Саставом и обликом државног организовања јасно је утврђено да је Босна и Херцеговина сложена држава и да су ентитети државотворне јединице без којих Босна и Херцеговина не би могла функционисати као држава. Устав није утврдио који облик државног уређења, владавине и политичког система има Босна и Херцеговина „али, с обзиром на њен састав од два ентитета, Босна и Херцеговина може бити федерација, конфедерација, конфедерално-федерални савез, асиметрична федерација-конфедерација или унија. Све зависи од расподеле надлежности Босне и Херцеговине и оба ентитета.“⁶

Као анекс Дејтонског мировног споразума, Устав БиХ ступио је на снагу даном потписивања Општег оквирног споразума, 14. децембра 1995. године, чиме је означен и почетак функционисања Босне и Херцеговине, уз све потешкоће које проистичу из генезе самог настанка, јер „ништа није теже и сложеније од стварања државе по мјери народа у околностима када се страни фактор супериорно мијеша у тај процес.“⁷

Како је Дејтонски споразум акт међународног права, логичан је закључак да је Босна и Херцеговина, „са оваквим обликом државног уређења, конституисана међународним, а не домаћим правом“.⁸

У прилог оваквим констатацијама служи и тврдња да је мировни споразум о БиХ настао као плод свјесног „превида“ међународне заједнице и зато је у скоро свим својим сегментима остао недоречен и себи противрјечан, чиме „међународна заједница“⁹ осигурава себи довољно простора за

⁶ Рајко Кузмановић, *Есеји о уставности и законитости*, Бања Лука, 2004, стр. 397-398.

⁷ Рајко Кузмановић, Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине - нормативно и стварно, Република Српска - десет година Дејтонског мировног споразума, Научни скуп, Академија науке и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005. стр.46.

⁸ Мирјана Касаповић, *Босна и Херцеговина: подијељено друштво и нестабилна држава*, Политичка култура, Загреб, 2005. година.

⁹ Појам „међународна заједница“ у Босни и Херцеговини је општеприхваћен, широко

присуство у БиХ на неодређено вријеме и продужавање свог мијешања у државни и политички живот сва три народа и земље.“¹⁰ На трагу ових констатација имамо и различита мишљења и ставове и о уставу БиХ и њеном државном уређењу, те се тако сматра да ми „живимо у држави у којој њен Устав називају ‚уставом илузије‘, ‚асиметричне конфедерације‘, ‚сегментарне државе‘, ‚уније самосталних политичких ентитета са заједничком средишњом влашћу‘ или му, пак, дају одређење ‚федерације‘ *sui generis*.“¹¹

Устав Босне и Херцеговине је, „и са формалног и са материјалног аспекта, новина у досадашњој уставноправној теорији и пракси“.¹² „Посебност у формалном смислу се огледа у начину настанка овог устава, с обзиром на то да није настао као резултат одређене политичке воље и учешћа грађана Босне и Херцеговине и са примјеном процедура које би му дале демократски легитимитет. Устав је производ воље међународне заједнице и резултат компромиса представника сва три народа.“¹³ У овом смислу устав не представља ни вољу, али ни жељу ни једног од конститутивних народа Босне и Херцеговине.

Неспорно, Устав Босне и Херцеговине је *lex superior* и он је углавном регулисао све битне елементе и механизме које треба да садржи устав. Он је заснован на неколико битних принципа: принцип демократске државе, слободних избора, владавине права и правне државе, одсуство дискриминације, поштовање људских права, тржишни принцип, принцип етно-територијалне и грађанске суверености, принцип равноправности ентитета као федералних јединица.

употребљаван, а у исто вријеме дијаметрално различито тумачен појам. Дефиницију међународне заједнице у организационом облику не познаје ни међународно право, што указује на чињеницу да организационо-правно, такав субјект нити не постоји, те се овај термин треба и може схватити искључиво као политички, за разлику од термина и појма међународне организације, код којег појма је „могуће навести елементе које свака међународна организација мора имати: настају на основу међународног вишестраног уговора, представљају засебне правне личности, посједују сопствену вољу, различиту од збира воља држава чланица и воље сваке поједине од њих, поседују сталне органе, финансирају се на бази удјела држава чланица

¹⁰ Угљеша Грушић, Београдска отворена школа, Европска унија-Држава или међународна организација, Београд, 2004. године.

¹¹ Миле Дмичић, Да ли је одржива дејтонска БиХ, Округли сто, Бања Лука, 2004, стр. 83

¹² М. Екмечић, *Почетак рата у Босни и Херцеговини, спољни узроци грађанског рата у БиХ*, Београд, 2001, стр. 18.

¹³ Снежана Савић, *Конститутивност народа у Босни и Херцеговини*, Правна природа преамбуле, Бања Лука, 2000, стр. 55; Рајко Кузмановић, *Уставно право*, Правни факултет, Бања Лука, 2002, стр. 305. и 306.

Ипак, из одредаба које се тичу ових принципа, није јасан сам облик уређења, мада неки теоретичари сматрају да је то довољно да би се БиХ сматрала федерацијом, јер „федерација, као облик сложене државе, представља најпогоднији облик државе чије се друштво одликује економском, културном, националном и другом сложеностију и различитостију.“¹⁴

Није свака сложена држава и федерација, јер се сложена држава, као држава састављена од двије или више држава, појављује и као конфедерација или унија. Већ у овом одређењу појма сложене државе уочава се противрјечност која се огледа у постојању „држава у држави“. Како смо већ истакли, досадашњи модели федералне државе развијали су се на комбинацији три мјерила, односно начела: супрематија федералне државе, аутономија федералних јединица и партиципација федералних јединица, односно четири мјерила: „прво се односи на начин настанка појединих федерација; друго на њихов национални састав; треће на федералну структуру – сталну или промењиву и, најзад, четврто, на начин организовања федералног подручја.“¹⁵

И поред тога што је Устав утврдио принципе, државну организацију са ентитетима и са институцијама Босне и Херцеговине – Парламентарна скупштина, Предсједништво, Савјет министара, Уставни суд, Централну банку, ипак је Устав неуобичајен за наше прилике и са бројним мањкавостима.

Прије свега, Устав је дио мировног споразума, дјело је међународног права, а не домаћег, израђен по англосаксонском праву а не по европском; писан је есејистички, а не по члановима какви су сви наши уставни.

Устав је веома кратак и има свега 12 чланова, те представља данас најкраћи устав на свијету (прије Устава БиХ тај епитет је носио амерички Устав, са свега седам чланова и 28 амандмана).

Поред тог, у Уставу БиХ веома су бројне правне, односно уставне празнине, недоречености, двозначности. Надаље, Устав БиХ, што је, како смо већ рекли, највећи куриозитет, није утврдио облик државног уређења и заправо би било логично да је одредбу да се држава састоји од два ентитета пратила и она да се ради о федералном, конфедералном или, пак, неком трећем облику уређења. Из наведеног, намеће се закључак да је Устав БиХ,

¹⁴ С. Перовић, *Остваривање људских права у Републици Српској према мађународним стандардима*, реферат на научном скупу Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, АНУРС, Бања Лука, 2005, стр. 149.

¹⁵ Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Правни факултет у Београду, Јавно предузеће Службени гласник, дванаесто осавременењено издање, Београд, 2008. год. стр. 377.

вјероватно једини у свијету који заправо није регулисао потребну *materiam constitutionis*.

Како би се отклониле постојеће формалноправне празнине, или боље речено ови недостаци често су били алиби за практичну, неуставну промјену устава, његовим самим и веома широко постављеним, тумачењем. Релативно неупадљиво и без формализације догађа се уставна измјена тумачењем, промјене текста. Јер, „само тумачењем, било да то чине судови, државна пракса, јавно мнијење и наука, односно заједнички, оvdје се нека уставна норма разумије изнова, односно другачије“.¹⁶

Ипак, полазна претпоставка је да је Босна и Херцеговина сложена држава *sui generis* тј. „да не испуњава ни све федералне ни конфедералне стандарде, што најбоље потврђује уставни положај њених ентитета.“¹⁷

Много је различитих образложења, тумачења, мишљења и описивања облика државног уређења БиХ, међутим, готово сва су усмјерена на објашњење сложености таквог уређења и специфичности и оригиналности правних рјешења, који није почивао на сагласности сувереног народа, него је био резултат међународних преговора. „Стога се чини симптоматичним да аутентични текст босанскохерцеговачког Устава до данас није састављен на језику који се говори у земљи, него је на енглеском.“¹⁸

Ипак, иако је облик државног уређења БиХ сложен и по много чему специфичан и иако о томе у правној науци, али и у политичким приступима и програмима различитих субјеката, на овим просторима постоје различита мишљења, на основу наведеног, а примјењујући уобичајене критеријуме „...по којима се цијени облик државног уређења једне државе, може се са сигурношћу закључити да је БиХ специфична, сложена државна заједница са претежним елементима конфедералног, али и са одређеним елементима федералног облика државног уређења.“¹⁹

Дакле, када је ријеч о уобичајеним правним критеријумима по којима

¹⁶ Фарис Вехабовић, *Однос Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*, Асоцијација Алумни Центра за интердисциплинарне постдипломске студије (АЦИПС), Сарајево, 2006, стр. 65.

¹⁷ Миле Дмичић, *Уставноправни основ функционисања Босне и Херцеговине на основу слободних и демократских избора*, Научни пројект, Фонд отворено друштво БиХ, Сарајево, 2003. године.

¹⁸ Dr. Matthias Hartwig Max-Planck-Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht (Институт за страно јавно право и међународно право Max Planck) на стручном скупу Реформа Устава Босне и Херцеговине у контексту новоформиране власти.

¹⁹ Снежана Савић, *Конститутивност народа у БиХ*, Бања Лука, 1999, стр. 39.

се цијени и одређује уређење једне земље, БиХ по Уставу одсликава своју специфичност. Док се *de iure* Босна и Херцеговина, уколико занемаримо специфичност настанка (међународним мировним уговором), ипак може сматрати самосталном државном заједницом са специфичном подјелом надлежности, она је, уколико имамо на уму значајно присуство и моћ међународних фактора у политичком животу земље, ипак *de facto*, врста међународно пројектиране државе, захваљујући управо неодређености форме у којој егзистира.²⁰ Тако, примјера ради, представници међународне заједнице, високи представник прије свих, имају овлаштење да дају тумачење управо тих и таквих неодређености Устава. Зато смо и имали ситуацију да се Устав Босне и Херцеговине фактички мијењао и самим тумачењем уставних норми.

Неодређеност облика државне заједнице БиХ, како смо већ рекли, даје могућности за различите интерпретације, па се може рећи да је неоспорно да се, „иако Уставом није одређен облик државне заједнице БиХ, из анализе појединих одредаба Устава, ради о сложеној држави – *sui generis* – унији састављеној од двије државе, Републике Српске и Федерације БиХ, или, још конкретније, ради се о реалној унији у којој преовлађују елементи конфедерације над елементима који су својствени федералним државама, због чега се овај облик државне заједнице означава и као посебна врста конфедерације.“²¹ Елементи конфедерализма се налазе у ставу да су „...ентитети, у ствари, двије државе са ограниченим суверенитетом, које имају два различита политичка, правна и економска система, унутрашњу сувереност, границе, територијални интегритет, легализовану војску, полицију и друге институције које имају све самосталне и суверене државе у свијету“;²² те да је својим саставом и обликом државног организовања јасно утврђено да је Босна и Херцеговина сложена држава и да су ентитети државотворне јединице без којих Босна и Херцеговина не би могла функционисати као држава.

Елемената за сваку од понуђених опција има довољно, али ипак премало да би се могла извршити квалификација и категоризација државне структуре и облика уређења БиХ. „Није утврђено да ли је БиХ федерација, конфедерација, конфедерално-федерални савез, асиметрична конфедера-

²⁰ Види: Berglund Sten/Ekman Joakim/Aarebrot Frank, *The Handbook of Political Change in Eastern Europe*, Edward Elgar Publishing, 2004, стр.6

²¹ Петар Кунић, Република Српска, држава са ограниченим суверенитетом, Бањалука, 1997, стр. 2.

²² Миле Дмичић, Осврт на неке аспекте остваривања пројектованог уставноправног модела Босне и Херцеговине, Академија науке и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 1999, стр. 143.

ција или унија. Из расподјеле уставних надлежности нове сложене државе јасно се види да је нова држава основана на међународном праву, а не на државном, што се опет да закључити да је таква државна творевина конфедерација или унија.²³

Поред побројаних, присутна су и мишљења једног дијела правних теоретичара, по којима је Босна и Херцеговина кондоминијум, односно територија над којом, по дефиницији кондоминијума, двије или више држава имају власт. Оваква мишљења темеље се на овлашћењима Савјета за имплементацију мира у БиХ и његовог оперативног тијела – високог представника, као и на чињеници да је Устав БиХ саставни дио међународног мировног уговора. Оно што, по мишљењу истих теоретичара, разликује БиХ од традиционалних кондоминијума познатих пракси, јесте „привремена природа овлашћења међународне заједнице“²⁴.

Постоје и размишљања која у оваквој неодређености виде кочницу функционисања БиХ као државе. „Сада важеће државно уређење БиХ, с много елемената етничког федерализма, атипично и хибридно, није гаранција ни увјет за успјешно функционисање државе БиХ. БиХ, да би постала „нормална држава“ и да би функционисала на начин већине савремених држава, мора имати другачији устав, односно другачије уређење од постојећег.“²⁵

Постоје и до краја критични ставови о самом Уставу БиХ који „...због недостатака међународноправног субјективитета једне уговорне стране, на другој, због основане сумње да је повријеђен принцип добровољности уговарања, не може сматрати правно ваљаним нити се његова ваљаност протеклом времена може надокнадити. Исто вриједи и за Анекс 4, који је потписан као Устав Босне и Херцеговине. Босна и Херцеговина, према томе, постоји као уставна држава без устава.“²⁶

У овом свјетлу се и одређује специфичност уставноправног положаја институција БиХ, која је одређен веома сложеном државноправном структуром, односно државноправним уређењем којем се, како смо навели, дају различите квалификације и која је по количини оригиналности „својеврстан новум у уставној и политичкој суверености.

²³ Рајко Кузмановић, Уставно право, Правни факултет, Бања Лука, 2000, стр. 67.

²⁴ Fred L. Morrison, *Condominium and Coimperium*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Condominium and Coimperium*, <http://www.mpepil.com>, 20 Novembre 2008

²⁵ Нурко Побрић, Уставно право, Слово, Мостар, 2000, стр. 324.

²⁶ Един Шарчевић, Устав и политика (*Критика етничких устава и пострепубличког уставотворства у БиХ*), Љубљана, 1997, стр. 132.

У Уставу Босне и Херцеговине власт је уређена на државном нивоу углавном у законодавној и извршној сфери, док класичне судске власти на том нивоу заправо нема, уколико изузмемо Уставни суд Босне и Херцеговине.

Организација власти у ентитетима, како на нивоу ентитета, тако и у локалним заједницама, није обухваћена Уставом Босне и Херцеговине.

Организација законодавне власти, надаље, такође је веома специфична, пошавши од баналног питања какво је питање самог назива законодавног тијела Парламентарна скупштина, који је таутолошки. Уставом утврђен термин врховног представничког тијела је, за наше прилике, у најмању руку необичан, јер се у називу „појављују двије истозначне ријечи, па тако када се каже парламентарна скупштина исто је као да се каже скупштина скупштине. И то је један од недостатака Устава.“²⁷

Посматрајући дешавања у пракси, од самог доношења Устава до данас, намеће се закључак да се пројектовано стање, за које се, у моменту усвајања и ступања на снагу Устава Босне и Херцеговине, сматрало да ће трајати кратко, продужило до данас.

2. ЗАКЉУЧАК

Питање општег концепта на релацији федерализација или централизација, односно која врста федерализације и по ком основу подјела федералних јединица и однос са заједничким (савезним) нивоом, подјела надлежности посебно, остаје у уставноправном и политичком смислу и даље кључно.

Констатујемо да се у свијету тешко може наћи примјер тако сложеног облика државног уређења који одражава два кључна принципа на којима се темељи уставно уређење БиХ – етнотериторијални, народни суверенитет и националну равноправност. Представљени интерес грађана посредован је преко ентитета, остварив преко сегмента људских права и слобода које се остварују индивидуално, а принцип националне равноправности остварује се преко конститутивних народа као носилаца субјективитета и суверенитета сегментираних, сложеног федералног уређења са елементима конфедерализма.

Институције државне власти само су јасна слика супстанцијалног ткива које чини везу државне заједнице, уставом заштићена и загарантована равноправност, превасходно конститутивних народа (у заједници са осталим) и грађана.

²⁷ Рајко Кузмановић, Уставно право, Правни факултет, Бања Лука, 2000, стр. 380.

Све даље демократске промјене државе и друштва Босне и Херцеговине у цјелини не смију бити плод личног или политичког погледа на свијет, него као изворно начело живота у заједници.

Но, на другој страни, задржавање овакве дејтонске творевине, уз, евентуалне, формалне, козметичке, амандманске промјене, док се у реалности односи на вануставне начине драстично мијењају, не води, сасвим је извјесно, даљем просперитету заједнице нити постизању рјешења које би задовољило све политичке, етничке, ентитетске и остале интересе.

У којој тачки стварности ће се интереси свих релевантних политичких и друштвених фактора поклопити и у којој мјери ће то бити могуће постићи, остаје да се види.

Данас Босну и Херцеговину посматрамо и као полупротекторат и неефикасну државу, недовршену државу и сегментирано, подијељено друштво које може функционисати са јасно, уставом одређеним федералним принципима и консоцијацијском демократијом, као гаранцијом заштите етно-територијалног принципа кроз који се отварају заштита колективитета, али и право осталих.

Контитуционализација ових федералних односа и принципа не смије бити угрожена од било чије стране, чиме би била нарушена супстанцијална природа подијељеног друштва и био утабан пут рушења устава Бих са неизвјесном будућности.

Abstract: *The principle, the concept of unity and freedom of the union and its parts is the most important characteristic of the complex form of the federal government structure of states. Federation in this sense is perceived as the voluntary union of united states – the state of states or state above the state. Federation as a state unites and absorbs but does not diminish completely the statehood of its members. Federation generates the unity of the whole – of federal state as well as freedom of its members – federal states whereas both the state and its members have sufficient sovereignty. Thus, as perceived by R. Markovic, the model of federal state has developed on dialectic combination of three concepts, i.e. principles: the supremacy of the federal state, the autonomy of federal units and participation of federal units.*

The principle of supremacy undoubtedly confirms that federation is a political and constitutionally legal fact, state organization, which is sovereign externally as well as internally.

Federal states due to participation of individual states in the formation of federal bodies, also possess the elements of confederation since member states

have the competences that are completely autonomous and independent of the federal state.

The principle of autonomy of federal units is one of crucial elements of every federation which is reflected in the right of federal units to regulate the organization and competences of the organs and bodies of its legislative, executive and judicial government by their constitutions. In all these areas, federation and federal units share the competences. On the other hand, federal units also have their own (autonomous) competences.

The principle of participation of federal units is exercised through their right to participate in executing the competences of the federation where as a rule, all federal units participate equally, regardless of its size (the system of parity and the system of consensus in decision making).

The status of federal units in all federal states should be the same regardless of differences and specificities which relate to their geographic size, level of economic development, number of population, ethnic, religious or racial composition of population.

Important element of every classic federation is that all federal units must have equal status, especially with regard to participation in execution of the government.

Federation constitution protects this kind of status of federal units enabling thus the highest possible level of legal protection. In very rare cases in history of parliamentarism, as well as in contemporary practice, can we find major differences among member states within a single federal state.

Key words: *Bosnia and Herzegovina, form of state structure, federation, confederation, constitution, constitutional principles.*

3. ЛИТЕРАТУРА

1. Б. Стен/Екман Јоаким/Аареброт Франк, *The Handbook of Political Change in Eastern Europe*, Edward Elgar Publishing, 2004.
2. Д. Батављевић, Нови устав Србије, Правни живот, Београд 2006.
3. Е. Шарчевић, Устав и политика (Критика етничких устава и пострепубличког уставотворства у БиХ), Љубљана, 1997.
4. М. Екмечић, Почетак рата у Босни и Херцеговини, спољни узроци грађанског рата у БиХ, Београд, 2001.
5. К. Трнка, Н. Миличевић, М. Н. Симовић, М. Дмичић, Коментар Устава Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске, Центар за промоцију цивилног друштва, Сарајево, 2004.

6. Н. Побрић, Уставно право, Слово, Мостар, 2000.
7. М. Hartwig Max-Planck-Institut fur ausländisches Recht und Volkerrecht (Институт за страно јавно право и међународно право Мах Планк) на стручном скупу Реформа Устава Босне и Херцеговине у контексту новоформиране власти.
8. М. Касаповић, Босна и Херцеговина: подијељено друштво и нестабилна држава, Политичка култура, Загреб, 2005.
9. М. Дмичић, Уставноправни модел Босне и Херцеговине као федерације *sui generis*, Зборник радова Академије наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2006.
10. О. Ибрахимагић, Босна и Бошњаци послје Дејтона, ВКБИ, Сарајево, 2000.
11. П. Кунић, Ентитетска структура и функционалност Босне и Херцеговине, Република Српска – петнаест година постојања и развоја, Академија наука и умјетности Републике Српске, научни скупови, Књига XII, Бања Лука, 2007.
12. Р. Кузмановић, Есеји о уставности и законитости, Бања Лука, 2004.
13. Р. Кузмановић, Уставноправни статус Републике Српске у оквиру Босне и Херцеговине – нормативно и стварно, Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, Научни скуп, Академија науке и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2005.
14. Р. Кузмановић, С. Каран, Уставно право, Бања Лука, Апеирон, 2015.
15. Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, Правни факултет у Београду, Јавно предузеће Службени гласник, дванаесто осавременењено издање, Београд, 2008.
16. С. Савић, Конститутивност народа у Босни и Херцеговини, Правна природа преамбуле, Бања Лука, 2000.
17. С. Савић, Конститутивност народа у БиХ, Бања Лука, 1999.
18. С. Перовић, Остваривање људских права у Републици Српској према мађународним стандардима, реферат на научном скупу Република Српска – десет година Дејтонског мировног споразума, АНУРС, Бања Лука, 2005.
19. С. Каран, Ревизија Дејтонско-париског мировног споразума у функцији унитаризације Босне и Херцеговине, Бања Лука, 2017.
20. С. Каран, Босанскохерцеговачки федерализам – двадесет година изградње и будући правци, Бања Лука, 2016.
21. У. Грушић, Београдска отворена школа, Европска унија – Држава или међународна организација, Београд, 2004.
22. Ф. Вехабовић, Однос Устава Босне и Херцеговине и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Асоцијација Алумни центра за интердисциплинарне постдипломске студије (АЦИПС), Сарајево, 2006.
23. Ф. Морисон, *Condominium and Coimperium*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Condominium and Coimperium, 2008.

PRAVNE PRETPOSTAVKE SUZBIJANJA KORUPCIJE U KONTEKSTU PRIJAVE NEPRAVILNOSTI I ZAŠTITE PRIJAVITELJA NEPRAVILNOSTI U REPUBLICI HRVATSKOJ

Izv. prof. dr. sc. Milorad Ćupurdija

***Apstrakt:** Korupcija kao negativna društvena pojava koja je s različitim intenzitetom prisutna u svim državama svijeta te kojoj je zbog njene složenosti, različitih pojava oblika, tajnovitosti, stalnim usavršavanjem metoda djelovanja i drugih obilježja teško odrediti sadržaj i univerzalnu definiciju. Praksa je pokazala da se korupcija u velikoj mjeri ne prijavljuje zbog osjećaja osobe koja bi bila izložena osveti od strane prijavljenih ili osudi radne okoline. Takvo ponašanje proizlazi iz samog usvojenog nasljeđa da legalnim putem ide presporo, ili se ne rješava pravo koje bi građanin trebalo da ima legalnim putem, posebice zbog neučinkovitog pravosuđa. Nepovjerenje u institucije države direktno ugrožava sigurnost svakog građanina u njegovim pravima i obvezama. Time se direktno ugrožava jednakopravnost kao osnovni postulat pravne države. Novi Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti koji je objavljen 15. travnja 2022. godine u „Narodnim novinama“, a stupio na snagu 23. travnja 2022. godine donesen je prvenstveno zbog potrebe usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije. U radu se kroz analizu ovog zakona pokušava odgovoriti u kojoj mjeri će isti pridonijeti jačanju pravne zaštite prijavitelja nepravilnosti i podizanju javne svijesti građana o nužnosti podnošenja prijava nepravilnosti radi zaštite javnog interesa. Cjelokupni diskurs pokušati ćemo svesti u paralelnoj komplementarnosti teorijskih i praktičnih aspekata.*

***Cljučne riječi:** korupcija, nepravilnost, prijavitelj nepravilnosti, zaštita.*

1. UVODNE NAPOMENE

Korupcija kao negativna društvena pojava navodi se kao jedan od najvećih problema u Republici Hrvatskoj. Tako se često u javnosti navode priče o korumpiranoj javnoj upravi, pravosuđu, obrazovanju, zdravstvu, socijali, politici itd. Možemo slobodno reći da se radi o društvenoj pojavi koja je prisutna u svim segmentima društva. U sociološkom smislu kao društvena pojava korupcija je stara koliko i samo društvo. Po etimološkom definiranju riječ korupcija potječe od latinske riječi „corruptis“ što označava pokvarenost, podmitljivost, potkupljivost, razvrat, izopačenost.¹ Korupcija se definira i kao traženje ili primanje bilo kakve novčane vrijednosti ili druge povlastice, kao što je dar, usluga, obećanje ili pogodovanje, u zamjenu za neki akt ili propust u obavljanju javne dužnosti.² Danas se uobičajeno za korupciju koristi shvaćanje Svjetske banke, a koje glasi: „Korupcija je zloupotreba javnih ovlaštenja za privatnu korist“. Ona se ogleda u zloupotrebi društvenog položaja bez pravne osnove s ciljem pribavljanja neke materijalne i/ili društvene koristi (privilegije, promaknuća, napredovanja u društvenoj hijerarhiji i dr.).

Korupcija je društvena pojava koja je s različitim intenzitetom prisutna u svim državama svijeta te kojoj je zbog njene složenosti, različitih pojava oblika, tajnovitosti i drugih obilježja teško odrediti sadržaj i univerzalnu definiciju. Radi se o negativnoj društvenoj pojavi koja svoju genezu sadrži u ljudskoj prirodi i vezana je uz društveni kontekst u kojem se javlja. To se prije svega odnosi na društveni i politički razvoj društva, kulturni razvoj, pravni sustav i funkcioniranje pravne države i dr. Međutim, kada govorimo o korupciji potrebno je napomenuti da ona ima i posebno izraženu subjektivnu stranu, jer čovjek (pojedinaac) na pojavne oblike korupcije često gleda iz vlastite percepcije, a što onda zadire u područje etike, odnosno moralnih normi. Stoga, ako moral promatramo kao odnos čovjeka prema dobru i zlu, onda korupcija svakako pripada ovoj drugoj odrednici morala. Ovdje se prije svega misli na ljudske osobnosti kao što su egoizam i ljudska sebičnost ili kako to navodi klasična filozofija, podizanje partikulariteta na nivo općosti jest zlo, korijen zla ili radikalno zlo. To zlo manifestira se u društvenim odnosima na način da pojedinci zlorabeći svoj položaj u društvu sebe stavljaju u prvi plan, po principu „ja pa ja pa samo ja“, zanemarujući potrebe i interese drugih članova društvene zajednice. „Kada nešto društveno i opće dobro postaje ‚samo moje‘ to podrazumijeva promjene u sklopu moralnih vrijednosti i

¹ Klaić, B. (1986). Rječnik stranih riječi.

² Učur, M., Moslavac, B. (2020). Rječnik radnog prava, Libertin naklada, Rijeka, str. 87.

na nivou opće društvene svijesti. Isto tako korupcija sa jedne strane nepovoljno utječe na demokraciju i ljudska prava i na politiku cjelokupnog društva i ukupne društvene odnose među ljudima.“³

Promatrajući genezu korupcije u društvenim odnosima, osobito u Republici Hrvatskoj i zemljama bivše državne zajednice (Jugoslaviji), možemo slobodno reći da je ona postala dio tradicije, odnosno običajnih i moralnih normi. Postavlja se pitanje koja je norma jedinica mjere za koruptivne radnje. Naime, iako svi ljudi ne smatraju određene radnje dobrim i zlim i općevaljanim (npr. davanje mita za liječenje ili za zasnivanje radnog odnosa i sl), sve dok postoji život u nekoj društvenoj zajednici morat će postojati općevaljane norme. Problematizirati se može s dva aspekta. Prvi je, koje su to determinante koje određuju sustav ćudorednih normi u nekoj društvenoj zajednici, i drugi, da sve društvene i državne zajednice ne mogu imati jednake sustave moralnih normi (npr. u Švedskoj, Njemačkoj i Hrvatskoj). Radi se o razlici koja objektivno postoji između država i društava, a koja je vidljiva iz neujednačenih razina gospodarskog, ekonomskog, civilizacijskog i kulturnog razvoja. Tada se postavlja pitanje kako onda možemo utemeljiti opću, zajedničku normu. Na primjer, svjedoci smo da nekim političarima i pored niza dokazanih skandala popularnost raste i dobivaju glasove biračkog tijela. Ili, dio javnosti smatra sasvim opravdanim nepotizam, kronizam i sl. pojave u radnim odnosima, a ukoliko i osuđuje, isto bi primijenili u svom slučaju i u slučaju svoje obitelji i prijatelja. Razvidno je također da u politici gotovo da nitko više ne drži do ideja, te klasična podjela na desnicu i ljevicu više uopće nije jasna. Danas svatko sa svakim može (naročito poslije izbora, kada se vide rezultati), jer su u prvom planu pragmatički interesi, a što sve skupa zbunjuje i nerijetko dovodi u zabludu, biračko tijelo. Naravno, tzv. političke trgovine sa mandatima često su popraćene sa koruptivnim radnjama. Pitanje javnih nabava također su česta meta koruptivnih radnji. Dakle, sasvim je jasno da ljudi različito tumače norme. Međutim, nije problem ako postoji relativizam i pluralizam ćudorednih normi (i ako nije drastičan), ali postoji problem kada jedno društvo nema jasno ustanovljen vrijednosni moralni sustav. Tada se i javlja nesigurnost individue da će svako njegovo djelo, naravno ako nije protupravno, moći biti okarakterizirano kao nemoralno i društveno štetno.

Postoji stalna opća opasnost da se javnim djelovanjem čovjek dovede u poziciju da se njegovo djelo označi kao društveno štetno, nemoralno i da bude

³ Jež, Z., Bejatović, R., Pešut, B., (2016), Osnove sociološkopravne karakteristike korupcije, Zbornik radova XIII tradicionalnog naučnog skupa „Pravnički dani prof. dr. Slavko Carić“, Novi Sad, str. 147.

izvrgnut kritici. Toga moramo biti svjesni i u modelu suzbijanja korupcije putem prijava nepravilnosti. Da bi fizička osoba prijavila nepravilnost, ista mora posjedovati visoku razinu svijesti o neetičnosti i protupravnosti koruptivnih djela te visoku razinu građanske hrabrosti i spremnosti oduprijeti se svim napadima onih koji drugačije tumače norme. Stoga ćemo ovaj dio rada završiti sljedećom konstatacijom: „Ako želimo sa stanovišta čudoredne apriornosti pokazati što je dobro u konkretnom djelovanju onda očito trebaju neki kriteriji. Taj se kriterij mora moći odrediti teorijski, jer inače ne bismo mogli argumentirati nego izmjenjivati samo puka proizvoljna mišljenja, refleksije i osjećaje.

Umstvena i razložna etička argumentacija moguća je samo ako postoji neka teorijska sveza koja je teorijski određiva. Povijesno gledano, ona se nalazi u filozofskim određenjima još od Aristotela, Tome Akvinskog, Kanta, preko britanskog empirizma 17. i 18. stoljeća (T. Hobes, J. Locke, D. Hume i A. Smith) do etičkog utilitarizma. On počiva na tezama da se etičnost nekog djela može određivati pomoću toga: kakve posljedice proizvodi; koliko je ono korisno; koliko ono u sebi sadrži ispunjenje ljudskih potreba i interesa, te sreće ljudi, te koliko ono nije samo sreća onoga koji djeluje već sreća svih kojih se djelovanje tiče.

Moramo se složiti s tim da navedeni etički principi, ma koliko bili u slici svijeta 21. stoljeća aktualni, u izvjesnoj mjeri mogu biti u nesuglasju s individualnim moralnim sustavom pojedinca.⁴ Dakle, možemo zaključiti da u smislu suzbijanja korupcije najveći napor predstavlja težnja za zadržavanjem osnovnih etičkih vrijednosti, te bi dužnosnici i obnašatelji javnih funkcija „morali“ biti uvjereni u nemoralnost korupcije. Ipak, moderno suzbijanje korupcije ne može se svesti samo na moralnost javnih službenika i njihove etičnosti, već na stvaranje globalnih uvjeta (pravnih, socijalnih, gospodarskih i dr.) za otklanjanje koruptivnih radnji.

2. KAKO SUZBIJATI KORUPCIJU

Kao najučinkovitija mjera za suzbijanje korupcije pojavljuje se zakon. Nije nimalo dvojbeno da već samo postojanje prava i pravnog poretka čini *conditio sine qua non* pravednosti. Još je Aristotel u svojoj knjizi „Politika“ pisao zašto je prvenstveno potrebno pravo i njegova vladavina u društvu a posebno u borbi protiv korupcije. S tim u vezi on kaže: „Čovjek posjeduje strah kao i

⁴ Čupurdija, M., Subašić, S. (2007), O pravnosti prava i pravu kao znanosti, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 7-8, str. 93.

svaka životinja ali da bi čovjek kao društveno biće koegzistirao i uvažavao i druge, moraju postojati objektivne pravne norme kao pravila ponašanja, s tim da ta objektivna pravila imaju svoju demokratsku legitimnost⁴. Na taj način se eliminira čovjekova subjektivnost i strast i u tim slučajevima vladaju pravne norme a to čini suštinu pravne države i najveću branu protiv svih uzurpacija a posebno korupcije.⁵ Također treba napomenuti da njemački autori uglavnom upućuju na Kanta kada govore o temeljnim pretpostavkama pravne države. A kao što je poznato, Kant shvaća pravo kao „skup uvjeta pod kojima se htijenje jednoga po nekom općem zakonu slobode može sjediniti s htijenjem drugoga“. To znači da se pojmu, a posebno sadržaju pojma pravne države ne može odreći pravna dimenzija.

Nema pravne države ako nije uspostavljen pravni poredak i to u oba svoja elementa (normativnom i faktičnom), koji će je ostvariti. Hijerarhijska struktura pravnog poretka najbitnija je pretpostavka pravnog poretka. Iz nje slijedi mogućnost realizacije načela ustavnosti zakona i zakonitosti podzakonskih akata. Praksa je pokazala da se korupcija u velikoj mjeri ne prijavljuje zbog osjećaja osobe koja bi bila izložena osveti od strane prijavljenih ili osudi radne okoline. Takvo ponašanje proizlazi iz samog usvojenog nasljeđa da legalnim putem ide presporo, ili se ne rješava pravo koje bi građanin trebalo da ima legalnim putem, posebice zbog neučinkovitog pravosuđa.

Nepovjerenje u institucije države direktno ugrožava sigurnost svakog građanina u njegovim pravima i obvezama. Time se direktno ugrožava jednakopravnost kao osnovni postulat pravne države. Naime, jedan od osnovnih ciljeva pravne države jeste jednakost ljudi pred zakonom. Jednostavno rečeno: nema jednakopravnosti bez pravnog poretka koji osigurava primjenu načela ustavnosti i zakonitosti. Zato se naslovnoj temi mora prići u slijedu: pravna država – jednakopravnost – pravni poredak i ustavnost i zakonitost.⁶ U takvoj shemi postoji međusobna ovisnost elemenata i njihov sklad koji će omogućiti osobama pravnu sigurnost u slučajevima prijave nepravilnosti vezanim uz koruptivna djela.

Poduzimanje mjera i aktivnosti na suzbijanju korupcije cilj je koji nositelji javnih politika, a osobita vlada kao nositelj izvršne vlasti i glavni predlagatelj zakona mora pojačavati na način da kontrolira i nadzire javne službenike, te ih

⁵ Jež, Z., Bejatović, R., Pešut, B., (2016). Osnove sociološkopravne karakteristike korupcije, Zbornik radova XIII tradicionalnog naučnog skupa „Pravnički dani prof. dr. Slavko Carić“, Novi Sad, str. 146–147.

⁶ Čupurdija, M., Subašić, S., (2008). Ustavnost i zakonitost i pravna sigurnost, Pravo i porezi, RRIF, Zagreb, broj 9, str. 57.

sankcionira u skladu sa zakonom. Stoga se upravo kontrola rada kao funkcija rada i upravljanja organa i organizacija pojavljuje kao brana koruptivnim radnjama. Držimo da se općenito negativne pojave u društvu mogu suzbijati funkcioniranjem pravne države, što ponajprije uključuje dobro organiziranu i učinkovitu kontrolu rada svih organa i organizacija. U tom kontekstu treba promatrati i nadzor kao specifičan oblik kontrola koji je usmjeren na provjeru zakonitosti poslovanja.

Kako korupcija ne nastaje preko noći, isto tako se ne može niti suzbiti (ili iskorijeniti preko noći). Ne postoji čarobni štapić, niti se ista može suzbiti isključivo represivnim metodama, već istim onim putem kako je i nastajala. Stoga se suzbijanje korupcije treba odvijati kao proces koji je usmjeren ka eliminiranju uzroka koji dovode do korupcije. Na primjer, ako u ranom djetinjstvu učimo djecu da ne prijavljuju svoje kolege koji se služe nedozvoljenim radnjama za postizanje svojih sebičnih ciljeva već im upućujemo prijekor da su tužibabe a malim egoistima se divimo i potičemo njihovu snalažljivost, teško je očekivati da će sustav prijave nepravilnosti zaživjeti i postati alatom za suzbijanje protupravnosti a osobito korupcije. Djeca upijaju kao spužve i od ranog djetinjstva treba im ukazivati što je dobro a što zlo jer kako ih odgajamo takvi će u budućnosti i biti. Dakle, edukacijom od ranog djetinjstva gradimo kulturu, vrijednosti i tradiciju društva te je upravo odgoj i edukacija jedan od osnovnih modela i alata u suzbijanju korupcije. Naime ako se sustavno ne izgradi kultura prijavljivanja te ako ne postoji dovoljno poticajno okruženje za prijavitelje nepravilnosti i uglavnom ne nailaze na podršku i odobravanje, ne samo nadređenih, već i kolega, ideja o suzbijanju korupcije putem „zviždača“ ostaje upitnom.

3. NORMATIVNOPRAVNA REGULATIVA PRIJAVE NEPRAVILNOSTI I ZAŠTITE PRIJAVITELJA NEPRAVILNOSTI U REPUBLICI HRVATSKOJ

Ustavna osnova za donošenje Zakona o zaštiti prijavitelja nepravilnosti sadržana je u članku 2 stavka 4 alineje 1 Ustava Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 85/10 – pročišćeni tekst i 5/14 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske). Radi se o ustavnoj odredbi prema kojoj: „Hrvatski državni sabor i narod neposredno, samostalno, u skladu s Ustavom i zakonom, odlučuje: o uređivanju gospodarskih, pravnih i političkih odnosa u Republici Hrvatskoj.“⁷

Prilikom izrade Zakona uzeti su bili u obzir međunarodni standardi

⁷ Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 85/10 – pročišćeni tekst).

zaštite zviždača, a kako se to navodi u Nacrtu prijedloga zakona o zaštiti prijavitelja nepravilnosti Ministarstva pravosuđa i uprave Republike Hrvatske od 15. prosinca 2021: Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koja štiti „zviždače“ kroz aspekt slobode govora (čl. 10). Preporuka Vijeća Europe iz 2014. za zaštitu „zviždača“, Kaznenopravna konvencija Vijeća Europe o korupciji, koja je donesena 1999. godine, a Hrvatska ju je ratificirala 2000. godine (Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 11/00) Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije, koja je donesena 2003. godine, a Hrvatska ju je ratificirala 2005. godine (Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 2/05) Građanskopravna konvencija Vijeća Europe o korupciji, koja je donesena 2001. godine, a Hrvatska ju je ratificirala 2003. godine (Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 6/03) Kaznenopravna konvencija Vijeća Europe o korupciji, koja je donesena 1999. godine, a Hrvatska ju je ratificirala 2000. godine (Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 11/00).

Novi Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti koji je objavljen 15. travnja 2022. godine u „Narodnim novinama“ a stupio na snagu 23. travnja 2022. godine donesen je prvenstveno zbog potrebe usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije. Dakle, ovdje se radi o primarnoj potrebi, a i obvezi, usklađivanja i harmonizacije domaćeg zakonodavstva sa Direktivom (EU) 2019/1937 Europskog parlamenta i vijeća o zaštiti osoba koje prijavljuju povrede prava Unije. L 305/17 Direktiva je donesena 23. listopada 2019, a stupila je na snagu 16. prosinca 2019. godine. Krajnji rok za prenošenje Direktive i usklađivanje zakonodavstva država članica s istom bio je 17. prosinca 2021. godine. Važno je napomenuti da Direktiva izričito propisuje područja i akte Europske unije u kontekstu kojih je Republika Hrvatska dužna primjenjivati mehanizme zaštite prijavitelja nepravilnosti. Zbog potrebe preciznog transponiranja odgovarajućeg članka Direktive, u članku 4 Zakona o zaštiti prijavitelja nepravilnosti (NN 46/22) precizirano je da se područje primjene Zakona odnosi na sektorska područja koja su obuhvaćena područjem primjene akata Unije izričito navedenih u dijelu I Priloga Direktive, a odnose se na: javnu nabavu, financijske usluge, sigurnost i sukladnost proizvoda, sigurnost prometa, zaštitu okoliša, zaštitu od zračenja i nuklearnu sigurnost, sigurnost hrane i hrane za životinje, zdravlje i dobrobit životinja, javno zdravlje, zaštitu potrošača, zaštitu privatnosti i osobnih podataka te sigurnost mrežnih i informacijskih sustava, zatim onim područjima koje utječu na financijske interese Europske unije kako je navedeno u članku 325 Ugovora o funkcioniranju Europske unije, te područja koje se odnose na unutarnje tržište, tržišno natjecanje i državne potpore. Imajući na umu da je važeći tekst područje primjene Zakona zahvaćao vrlo široko, ne

definirajući izričito pojedina područja, u istom je članku zadržana i odredba koja propisuje da se područje primjene Zakona odnosi i na druge odredbe domaćeg prava (osim navedenih područja i akata Europske unije), ukoliko se tim kršenjem ugrožava i javni interes.

Iako je Republika Hrvatska imala Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti koji je donesen 1. srpnja 2019. godine (NN br. 17/19) a koji je trebalo na jedinstven način da uredi materiju zaštite prijavitelja nepravilnosti (zviždača). Praksa je pokazala da niti je zakon bitno povećao prijave nepravilnosti a niti je osigurao adekvatnu zaštitu prijavitelja nepravilnosti. To je razvidno i iz izvještaja pučke pravobraniteljice za 2020. godinu. Pučka pravobraniteljica postupala je po 45 prijava, od kojih je 13 prijava preneseno iz 2019. godine. Od 32 novozaprimljene prijave, deset prijava odnosilo se na državna tijela, sedam na javne službe, pet na JLP(R)S, pet na poslodavce u gospodarstvu i obrtu, tri na tijela s javnim ovlastima, te dvije na pravne osobe čiji je osnivač ili u kojima RH i/ili JLP(R)S imaju zasebno ili zajedničko većinsko vlasništvo. Dakle, iz ovoga izvještaja možemo zaključiti da je prijava nepravilnosti od strane prijavitelja nepravilnosti, a koja je po zakonskoj definiciji „fizička osoba koja prijavljuje ili javno razotkriva nepravilnosti o kojima je saznao u svom radnom okruženju“, s obzirom na intenzitet korupcije kao i ostalih nepravilnosti bilo malo.

Ako pođemo od poznate premise da svaku društvenu pojavu možemo sagledavati sa tri razine, idejne, teorijske i praktične, onda možemo zaključiti da ovaj zakon nije polučio rezultate koji su se od njega očekivali. Naime, čini se realnim da u uvjetima neadekvatne pravne i političke svijesti zakon ni nije mogao bitno utjecati na smanjenje korupcije. Relativno mali broj prijava možemo tumačiti činjenicom da građani nisu u pravoj mjeri upoznati sa zakonom niti zaštitom koja se pruža prijaviteljima nepravilnosti. Stoga se očekuje da će pod utjecajem Direktive Europske unije novi zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti potaknuti osobe (zviždače) da u dobroj vjeri prijavljuju korupciju i druge nepravilnosti radi zaštite javnog interesa te im pri tome pružiti odgovarajuću pravnu zaštitu. Tako se u nacrtu prijedloga zakona o zaštiti prijavitelja nepravilnosti od 15. prosinca 2021. godine navodi sljedeće:

„Novi Zakon pridonijeti će daljnjem jačanju pravne zaštite prijavitelja nepravilnosti i podizanju javne svijesti građana o nužnosti podnošenja prijava nepravilnosti radi zaštite javnog interesa.

Navedeno će imati učinak u području zaštite financijskih interesa EU, interesa Republike Hrvatske, zaštite okoliša, zaštite ljudskih prava i općenito pravne sigurnosti, jer će uz kvalitetnu provedbu i upoznavanje građana s njime, potencijalni prijavitelji nepravilnosti biti ohrabreni prijaviti korupciju,

nezakonitosti i druge nepravilnosti.

S tim ciljem, potrebno je nastaviti s provedbom edukativnih aktivnosti s ciljem jačanja sudske zaštite prijavitelja nepravilnosti sukladno Zakonu. Edukativne aktivnosti provodit će se u okviru nove Strategije sprečavanja korupcije za razdoblje od 2021. do 2030. godine (dalje Strategija), a odvijat će se kontinuirana edukacija povjerljivih osoba o primjeni Zakona općenito i njihovim obvezama u njegovoj primjeni, a po mogućnosti i sindikalnih povjerenika koji mogu imati vrlo aktivnu ulogu u informiranju prijavitelja o zaštiti njihovih prava te samih zaposlenika odnosno potencijalnih prijavitelja o potrebi prijavljivanja nepravilnosti, načinima na koji to mogu činiti na sigurne, Zakonom predviđene načine i zaštitu koju pritom uživaju.

Isto tako, u okviru Strategije provodit će se mjere za unapređenje suradnje i koordinacije tijela nadležnih za postupanje po sadržaju prijave nepravilnosti. Osim toga, planirano je poboljšanje digitalnog načina podnošenja prijave tijelu nadležnom za vanjsko prijavljivanje, informiranje prijavitelja o prijavi i postupanju te općenito građana o postojećem zakonodavnom okviru.“

Iz navedenog razvidno je da predlagatelj, Ministarstvo pravosuđa i uprave, očekuje da će novi Zakon pridonijeti jačanju pravne zaštite prijavitelja nepravilnosti i podizanju javne svijesti građana o nužnosti podnošenja prijave nepravilnosti radi zaštite javnog interesa. Naime, pođimo od činjenice da društveni odnosi ne funkcioniraju temeljem pravde i pravednosti već da su isti determinirani interesima te će upravo pravo svojim normama urediti one društvene odnose koji su osobito važni za društvenu zajednicu i koji mogu izazvati sukobe interesa. Pri tome u društvu neće nikada biti moguće ostvariti postupnu savršenost solidarnosti i humanizma. Ostvarenje općeg dobra nikada ne ovisi o primjeni pravila, normi i zakona jer će se uvijek javljati moralno-ćudoredni kontekst koji će utjecati na provođenje pravila. Pravnim primjerom rećeno, ostvarivanje zakonitosti u nekom društvu ne ovisi samo o vrsti, karakteru normi i strukturi pravnog poretka , nego je u velikoj mjeri ovisna o pravnom odnosu, pravnoj svijesti i kulturi.⁸

⁸ O ovom pitanju (odnosu pravednosti i zakona) govori se još od antike. Tako je npr. Ciceron govorio da nepravedan zakon, koji je protivan razumu, nije zakon. Prema Platonu, može se postupati protiv zakona ako je to pravedno; Aristotel govori o o pravednosti kao korekciji zakona kada je on nepotpun ili kada nije postupljeno onako kako bi to učinio zakonodavac da je mogao. O ovom problemu raspravljali su i rimski pravници i oni su zamijetili da pravne norme ne daju uvijek pravedna rješenja te bi ih stoga trebalo elastićnije primjenjivati, a ako to nije moguće, u praksi stvarati nove norme prema obićajima i uroćenim shvaćanjima ljudi. Vidjeti: Vuković, Đ. (2005). *Pravna država*, Zgombić & Partneri, Zagreb, str. 115.

4. OSNOVNE DETERMINANTE NOVOG PRAVNOG OKVIRA ZAŠTITE PRIJAVITELJA NEPRAVILNOSTI

Hrvatska kao članica Europske unije koja pravni poredak i svoj pravni sustav usklađuje sa zemljama ove asocijacije kao prioritetan zadatak postavlja uspostavljanje pravne države. Postoje brojni čimbenici i determinante koji određuju razinu funkcioniranja pravne države. Bilo bi idealno kada bismo mogli reći da je razina funkcioniranja pravne države visoka. Pravna bi država morala ostvariti vidike građanima i jačati njihov položaj u smislu realizacije slobode i prava. Nažalost, naše je društvo još uvijek opterećeno nizom problema koji usporavaju te procese. Još uvijek je jak utjecaj politike na funkcioniranje pravnog sustava. Veliki su problemi i u pravosuđu.

Zakonom za zaštitu prijavitelja nepravilnosti (NN 46/22) nastojalo se objediniti pravne standarde koji su do donošenja ovog zakona u različitim zakonima bili različito tumačeni a posljedični i primjenjivani u praksi, usmjereni su prije svega, na zaštitu prijavitelja nepravilnosti tj. „zviždača“, prava prijavitelja nepravilnosti, postupak prijave nepravilnosti i postupanje po prijavi, sudska zaštita prijavitelja nepravilnosti i prekršajne odredbe, a s ciljem osiguravanja dostupnih i pouzdanih načina prijavljivanja nepravilnosti, zaštite prijavitelja od štetnih radnji te promicanja sprečavanja nepravilnosti jačanjem svijesti o nužnosti sigurnog prijavljivanja nepravilnosti.

U odnosu na definicije Zakona, najvažnija definicija odnosi se na nepravilnosti u navedenom području primjene te iste znače radnje ili propuste koji su protupravni ili su u suprotnosti sa ciljem ili svrhom propisa. Prijavitelj nepravilnosti je fizička osoba koja prijavljuje ili javno razotkriva nepravilnosti o kojima je saznala u svom radnom okruženju. Prijava ili prijavljivanje znače usmeno ili pisano prenošenje informacija o nepravilnostima te su načini prijavljivanja kasnije definirani kroz članak 17 Zakona koji navodi da prijava sadrži podatke o prijavitelju nepravilnosti, osobi/instituciji koja se prijavljuje i podatke o samim prijaviteljima, dok je poslodavac dužan omogućiti ne samo usmeno prijavljivanje (osobno, telefon, glasovne poruke), nego i pisanim putem na način koji uključuje standardnu pisanu formu, ali i moderne načine komunikacije koji omogućavaju pisani zapis (email, aplikacije i slično).

Zakon navodi jasne kanale prijave nepravilnosti, unutar i izvan organizacije, uz osiguravanje povjerljivosti.

4.1. Unutarnje prijavljivanje

Unutarnje prijavljivanje nepravilnosti znači prijavljivanje nepravilnosti poslodavcu. Zakon u članku 19 st. 2 propisuje da je poslodavac koji zapošljava najmanje 50 radnika dužan osigurati kanal (sustav) unutarnjeg prijavljivanja, a poslodavci koji zapošljavaju manje od 50 radnika mogu imati uspostavljen kanal unutarnjeg prijavljivanja nepravilnosti. Nadalje, propisuje se da pravni subjekti u privatnom sektoru te trgovačka društva koja imaju između 50 i 249 radnika mogu dijeliti resurse u pogledu prijava i vođenja postupka unutarnjeg prijavljivanja. Ista mogućnost ostavljena je jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave uz dodatnu mogućnost da tim kanalima mogu upravljati zajednička tijela u skladu s nacionalnim pravom. Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi kao sustavni propis uređuje jedinice lokalne samouprave i jedinice područne (regionalne) samouprave, njihov djelokrug i ustrojstvo, način rada njihovih tijela, nadzor nad njihovim aktima i radom te druga pitanja od značenja za njihov rad. Navedeni zakon predviđa mogućnost zajedničkog obavljanja poslova te u članku 54 propisuje sljedeće:

“(1) Dvije ili više jedinica lokalne samouprave mogu obavljanje pojedinih poslova iz svoga samoupravnog djelokruga organizirati zajednički, osobito u svrhu pripreme projekata za povlačenje novčanih sredstava iz fondova Europske unije.

(2) Za obavljanje poslova iz samoupravnog djelokruga na način iz stavka 1 ovoga članka jedinice lokalne samouprave mogu osnovati zajedničko tijelo, zajednički upravni odjel ili službu, zajedničko trgovačko društvo ili mogu zajednički organizirati njihovo obavljanje u skladu s posebnim zakonima.

(3) Međusobni odnosi jedinica lokalne samouprave u zajedničkom organiziranju obavljanja poslova iz samoupravnog djelokruga uređuju se posebnim sporazumom u skladu sa zakonom i njihovim statutima i općim aktima.”

Nadalje, u članku 54a propisano je da o osnivanju, ustrojstvu i djelokrugu zajedničkog upravnog tijela iz članka 54 Zakona odlučuju predstavnička tijela jedinica lokalne samouprave. Temeljem odluke predstavničkih tijela općinski načelnici i gradonačelnici sklopit će sporazum o osnivanju zajedničkog upravnog tijela kojim se propisuje financiranje, način upravljanja, odgovornost, statusna pitanja službenika i namještenika i druga pitanja od značaja za to tijelo.

Prema toma, razvidno je da slijedom navedenih zakonskih odredaba dvije ili više jedinica mogu organizirati zajedničko obavljanje poslova osnivanjem zajedničkog upravnog tijela i to urediti sporazumom.

Postupak imenovanja povjerljive osobe i njezina zamjenika reguliran je na način da će kod poslodavaca koji imaju uspostavljeno radničko vijeće ili sindikalnog povjerenika koji je preuzeo prava i obveze radničkog vijeća, prijedlog za imenovanje povjerljive osobe poslodavcu davati radničko vijeće ili sindikalni povjerenik. Ukoliko kod poslodavca ne postoji radničko vijeće niti sindikalni povjerenik koji je preuzeo prava ili obveze radničkog vijeća, radnicima ostaje mogućnost da najmanje 20% radnika zaposlenih kod poslodavca predlože povjerljivu osobu i njezina zamjenika. Iznimno, ako poslodavac nije dobio prijedlog od navedenih subjekata, poslodavac može sam imenovati povjerljivu osobu i njena zamjenika.

Zakonom je propisana obveza poslodavca u člancima 20 i 21 koji zapošljava najmanje 50 radnika da donese opći akt kojim se uređuje postupak unutarnjeg prijavljivanja i imenovanje povjerljive osobe i njezina zamjenika, uz napomenu da je zakonska preporuka da takvi kanali budu jednostavni i lako dostupni u svrhu poticanja prvenstvenog korištenja sustava unutarnjeg prijavljivanja, budući da ne postoji obveza prvenstvenog obraćanja kanalu za unutarnje prijavljivanje prije kanala za vanjsko prijavljivanje.

Nadalje, ovim se zakonom pojašnjava postupak unutarnjeg prijavljivanja nepravilnosti, poduzimanje radnji od strane povjerljive osobe, pružanje informacija prijavitelju nepravilnosti, čuvanje podataka iz prijave, vođenje evidencije o zaprimljenim prijavama te poduzimanje mjera u smjeru otklanjanja utvrđenih nepravilnosti.

Što se tiče rokova, Zakonom nije propisan rok za okončanje ispitivanja prijave već rok za pružanje povratne informacije o prijavi u pravilu od 30 dana, ali ne duljem od 90 dana od dana potvrde o primitku prijave ili ako potvrda nije poslana prijavitelju, nakon proteka sedam dana od dana podnošenja prijave. Izričito je propisana zabrana poslodavcu da se osvećuje ne samo prijavitelju nepravilnosti, nego i povjerljivoj osobi i njenom zamjeniku. Također je zabranjeno pokušati utjecati na postupanje povjerljive osobe ili njenog zamjenika. Propisana je također i obveza za povjerljivu osobu i njenog zamjenika da postupaju savjesno i zakonito te ne smiju zloupotrebjavati svoje ovlasti na štetu prijavitelja nepravilnosti.

Prema do sada navedenom, možemo zaključiti da zakonodavac daje prednost unutarnjem prijavljivanju nepravilnosti očekujući da će se problem protupravnih pojava riješiti unutar radnog okruženja, odnosno, da bi putem kanala koji je širi od klasičnog pojma radnog odnosa poslodavac putem dostavljenih informacija mogao steći saznanja o nepravilnostima. Zakonodavac u tom kontekstu propisuje jasnu proceduru glede podnošenja prijave od strane fizičke osobe povjerljivoj

osobi i njenom zamjeniku imenovanoj od strane poslodavca na prijedlog zaposlenika (putem institucionalnih oblika). Zadatak je povjerljive osobe i njena zamjenika da prijavu zajedno sa poslodavcem riješe uz poduzimanje svih radnji iz svoje nadležnosti potrebne za zaštitu prijavitelja nepravilnosti. Ovdje se opravdano postavlja pitanje tko može biti počinitelj nepravilnosti. Budući da su to u pravilu osobe koje su odgovorne za određene poslove i koje uživaju povjerenje poslodavca jer su uostalom od njega i postavljene na određene dužnosti (funkcije, radna mjesta i sl.), a nerijetko i sam poslodavac može biti počiniteljem protupravnih radnji, cjelokupan postupak unutarnjeg prijavljivanja nepravilnosti u praksi je prilično zahtjevan, kompliciran, neizvjestan i rizičan za osobu koja prijavljuje nepravilnost. Poslodavac je dužan osigurati zakonitost cjelokupnog postupka i zakon posebno naglašava da se ne smije osvećivati,⁹ pokušavati osvećivati ili prijetiti osvetom prijavitelju nepravilnosti, povezanim osobama, te povjerljivoj osobi i njezinu zamjeniku zbog prijavljivanja nepravilnosti.

4.2. Vanjsko prijavljivanje nepravilnosti

Zakonom o zaštiti prijavitelja nepravilnosti, vanjsko prijavljivanje nepravilnosti je prijavljivanje nepravilnosti nadležnom tijelu. Prijavitelj nepravilnosti može prijaviti nepravilnost tijelu za vanjsko prijavljivanje nepravilnosti neovisno je li prije toga iskoristio mogućnost unutarnjeg prijavljivanja.

Nadležnost pučkog pravobranitelja kao tijela za vanjsko prijavljivanje nepravilnosti ovim se zakonom dodatno uređuje te se postupovno daljnje uređuje postupak vanjskog prijavljivanja nepravilnosti. Propisuje se da pučki pravobranitelj objavljuje opće informacije o primitku prijave i daljnjem postupanju na temelju njih te druge opće informacije relevantne za zaštitu prijavitelja nepravilnosti. Pučki pravobranitelj dužan je čuvati identitet prijavitelja nepravilnosti i podatke zaprimljene u prijavi od neovlaštenog otkrivanja odnosno objave drugim osobama. Kao nadležno tijelo za vanjsko prijavljivanje nepravilnosti, pučki pravobranitelj dužan je prijavitelju nepravilnosti pružiti informacije o tijeku i radnjama poduzetim u postupku u pravilu u roku od trideset dana, ali ne duljem od devedeset dana. U opravdanim slučajevima taj

⁹ Poslodavac prijavitelja nepravilnosti ne smije staviti u nepovoljan položaj, a pod time se smatra: otkaz, uznemiravanje, nemogućnost napredovanja, neisplata i smanjenje plaće i drugih naknada, pokretanje stegovnog postupka, izricanje stegovnih mjera ili kazni, uskrata radnih zadataka, promjena radnog vremena, onemogućavanje obrazovanja i stručnog usavršavanja, neisplata nagrada i otpremnina, premještanje na drugo radno mjesto, nezaštita od uznemiravanja drugih osoba, proizvoljno upućivanje na zdravstvene preglede, itd.

rok može trajati do šest mjeseci. Nadalje, propisuje se obveza prosljeđivanja informacija nadležnim institucijama, tijelima, uredima ili agencijama Europske unije iz prijave, ako je to potrebno zbog provođenja daljnje istrage.

Zakonom o zaštiti prijavitelja nepravilnosti propisuje se obveza izrade obrazloženog izvješća o konačnom ishodu postupanja na temelju prijave. Definira se mogućnost davanja prednosti prijavama o teškim nepravilnostima ili o nepravilnostima glede ključnih odredaba obuhvaćenim područjem primjene ovoga zakona, propisuje se mogućnost zaključenja postupka kod repetitivnih prijava te se definira postupanje s prijavama koje sadrže neznatne nepravilnosti, s tim da će podnositelji takve prijave i dalje imati zaštitu predviđenu Zakonom.

4.3. Javno razotkrivanje nepravilnosti

Prijavitelj nepravilnosti ima mogućnost javnog razotkrivanja odnosno otkrivanja nepravilnosti javnosti, s tim da će prijavitelj uživati zaštitu samo pod uvjetima propisanim zakonom. Dakle, zakon precizira uvjete za ostvarivanje prava na zaštitu osobe koja javno razotkriva nepravilnosti, ako je ispunjen jedan od sljedećih uvjeta: da nisu poduzete odgovarajuće mjere kao odgovor na prijavu od strane kanala za unutarnje i vanjsko prijavljivanje ili da prijavitelj ima opravdani razlog vjerovati da: nepravilnost može predstavljati neposrednu ili očitu opasnost za javni interes, da postoji rizik od osвете ili da nije izgledno da će se nepravilnosti djelotvorno ukloniti i zbog posebnih okolnosti slučaja.

4.4. Sudska zaštita

U slučaju kršenja zakonskih odredaba, odnosno ako je prijavitelj nepravilnosti pretrpio štetnu radnju u vezi s prijavom nepravilnosti prijavitelj nepravilnosti se ima pravo obratiti nadležnom sudu i dobiti sudsku zaštitu podnošenjem tužbe za zaštitu prijavitelja nepravilnosti. U postupku sudske zaštite prijavitelja nepravilnosti stvarno su nadležni:

- općinski sudovi i Općinski radni sud u Zagrebu,
- trgovački sudovi ako tužba za zaštitu prijavitelja nepravilnosti proizlazi iz spora za koji je taj sud stvarno nadležan u skladu s odredbama zakona kojim je uređen parnični postupak,
- upravni sudovi ako tužba za zaštitu prijavitelja nepravilnosti proizlazi iz upravnog spora za koji je taj sud stvarno nadležan u skladu s odredbama zakona kojim je uređen upravni spor.

U postupku sudske zaštite prijavitelja nepravilnosti mjesno je nadležan sud sjedišta, prebivališta ili boravišta tuženika ili tužitelja, ili sud na čijem je području osveta poduzeta ili je nastupila njezina posljedica.

Sudska zaštita podnošenjem tužbe može se ostvariti u roku od tri godine od kad je prijavitelj saznao za štetnu radnu, odnosno u roku od pet godina od kada je štetna radnja prema prijavitelju poduzeta.

Tužbom prijavitelj nepravilnosti može tražiti da se: utvrdi da je prema prijavitelju nepravilnosti poduzeta osveta; zabrani poduzimanje i ponavljanje osvete te da se uklone njezine posljedice prema prijavitelju nepravilnosti; naknadi šteta uzrokovana povredom prava zaštićenih Zakonom.

Teret dokazivanja prebačen je na poslodavca, a sudski postupak se vodi po hitnom postupku.

5. ZAKLJUČAK

Korupcija je društvena pojava koja je s različitim intenzitetom prisutna u svim državama svijeta te kojoj je zbog njene složenosti, različitih pojava oblika, tajnovitosti i drugih obilježja teško odrediti sadržaj i univerzalnu definiciju. Radi se o negativnoj društvenoj pojavi koja svoju genezu sadrži u ljudskoj prirodi i vezana je uz društveni kontekst u kojem se javlja. To se prije svega odnosi na društveni i politički razvoj društva, kulturni razvoj, pravni sustav i funkcioniranje pravne države.

Poduzimanje mjera i aktivnosti na suzbijanju korupcije cilj je koju nositelji javnih politika, a osobito vlada kao nositelj izvršne vlasti i glavni predlagatelj zakona mora pojačavati na način da kontrolira i nadzire javne službenike, te ih sankcionira u skladu sa zakonom. Držimo da se općenito negativne pojave u društvu mogu suzbijati funkcioniranjem pravne države, što ponajprije uključuje dobro organiziranu i učinkovitu kontrolu rada svih organa i organizacija. Stoga se upravo kontrola rada kao funkcija rada i upravljanja organa i organizacija pojavljuje kao brana koruptivnim radnjama. U tom kontekstu treba promatrati i nadzor kao specifičan oblik kontrole koji je usmjeren ka provjeri zakonitosti poslovanja.

Kako korupcija ne nastaje preko noći, isto tako se ne može niti suzbiti ili iskorijeniti preko noći. Ne postoji čarobni štapić, niti se ista može suzbiti isključivo represivnim metodama, već istim onim putem kako je i nastajala. Stoga se suzbijanje korupcije treba odvijati kao proces koji je usmjeren ka eliminiranju uzroka koji dovode do korupcije. Naime, ako se sustavno ne izgradi kultura prijavljivanja te ako ne postoji dovoljno poticajno okruženje za

prijavitelje nepravilnosti i uglavnom ne nailaze na podršku i odobravanje, ne samo nadređenih, već i kolega, ideja o suzbijanju korupcije putem „zviždača“ ostaje upitnom. Kao najučinkovitija mjera za suzbijanje korupcije pojavljuje se zakon. Nije nimalo dvojbeno da već samo postojanje prava i pravnog poretka čini *conditio sine qua non* pravednosti.

Novi Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti, koji je objavljen 15. travnja 2022. godine u „Narodnim novinama“ a stupio na snagu 23. travnja 2022. godine, donesen je prvenstveno zbog potrebe usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije. Dakle, ovdje se radi o primarnoj potrebi, a i obvezi, usklađivanja i harmonizacije domaćeg zakonodavstva sa Direktivom (EU) 2019/1937.

Zakon navodi jasne kanale prijave nepravilnosti, unutar i izvan organizacije, uz osiguravanje povjerljivosti.

Očekuje se od novog zakona da će osigurati veću pravnu sigurnost prijaviteljima nepravilnosti (zviždačima). Međutim, sam zakon neće biti dovoljan ukoliko ne dođe do jačanja svijesti o nužnosti sigurnog prijavljivanja nepravilnosti kao jednog od ključnih čimbenika za razotkrivanje korupcije.

6. LITERATURA

1. Ćupurdija, M., Subašić, S. (2007), O pravnosti prava i pravu kao znanosti, Hrvatska pravna revija, Zagreb, br. 7–8
2. Ćupurdija, M., Subašić, S., (2008). Ustavnost i zakonitost i pravna sigurnost, Pravo i porezi, RRIF, Zagreb, broj 9
3. Iljazović, B. (2022), Što donosi novi Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti. Radno pravo, Zagreb,
4. Jež, Z., Bejatović, R., Pešut, B., (2016), Osnove sociološkopravne karakteristike korupcije, Zbornik radova XIII tradicionalnog naučnog skupa „Pravnički dani prof. dr. Slavko Carić“, Novi Sad
5. Klaić, B. (1986). Rječnik stranih riječi
6. Učur, M., Moslavac, B. (2020). Rječnik radnog prava, Libertin naklada, Rijeka
7. Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 85/10 – pročišćeni tekst)
8. Vuković, Đ. (2005). Pravna država, Zgombić & Partneri, Zagreb,
9. Zakon o zaštiti prijavitelja nepravilnosti (NN, br. 46/22)

LEGAL PREREQUISITES FOR COMBATING CORRUPTION IN THE CONTEXT OF REPORTING IRREGULARITIES AND PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary: *Corruption as a negative social phenomenon that is present with varying intensity in all countries of the world and for which, due to its complexity, various forms, secrecy, constant improvement of methods of operation and other characteristics, it is difficult to determine the content and universal definition. Practice has shown that corruption is not reported to a large extent because of the feelings of the person who would be exposed to revenge by those reported or condemnation from the work environment. This kind of behavior stems from the very adopted legacy that the legal process goes too slowly, or the right that a citizen should have through the legal process is not resolved, especially due to an ineffective judiciary. Distrust in state institutions directly threatens the security of every citizen in his rights and obligations. This directly threatens equality as the basic postulate of the rule of law. The new Law on the Protection of Whistleblowers, which was published on April 15, 2022 in the „Official Gazette“ and entered into force on April 23, 2022, was adopted primarily due to the need to harmonize national legislation with the acquis of the European Union. The paper tries to answer through the analysis of this law to what extent it will contribute to the strengthening of the legal protection of whistleblowers and raising the public awareness of citizens about the necessity of filing reports of irregularities in order to protect the public interest. We will try to reduce the entire discourse in the parallel complementarity of theoretical and practical aspects.*

Keywords: *corruption, irregularity, whistleblower, protection*

РАДНОПРАВНА КАТЕДРА

KONVENCIJU MOR-A BR. 190 (2019) O ISKORJENJIVANJU NASILJA I UZNEMIRAVANJA TREBA RATIFICIRATI

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur

Sažetak: *U međunarodne radne standarde ulazi sadržaj Konvencije MOR-a br. 190 (2019) o iskorjenjivanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada i sadržaj Preporuke MOR-a br. 206 (2019) o iskorjenjivanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada. Okvirni sadržaj ovih dokumenata odnosi se na ljudska prava, dostojanstveni rad, suzbijanje diskriminacije (jednakost između muškarca i žene) te sigurne uvjete rada. Kada se Konvencija ratificira ona postaje dio pravnog sustava Republike Hrvatske i po pravnoj snazi je iznad zakona. Pored neposredne primjene, nužno je usklađivanje postojećeg i donošenje novog zakonodavstva o sprječavanju nasilja i uznemiravanju u svijetu rada, kako bi se što cjelovitije uredila specifična i primjenjiva pitanja, odnosi i poslovi ili viši standardi za suzbijanje nasilja i uznemiravanja u svijetu rada te odredile mjere za ostvarivanje i zaštitu reguliranih prava. Hrvatski sabor treba donijeti zakon o ratifikaciji Konvencije i prihvaćanju Preporuke i tako potvrditi opredjeljenje Republike Hrvatske za „nultu toleranciju na nasilje i uznemiravanje“.*

Ključne riječi: *Međunarodna organizacija rada, konvencija, preporuka, suzbijanje nasilja, suzbijanje uznemiravanja, ratifikacija, svijet rada*

1. UVOD

Ustav Međunarodne organizacije rada, u nastavku MOR-a, eng. International labour organization (ILO), francuski Organization Internationale du Travail (OIT) (MOR-a, ILO, OIT), uz druge obveze, državama članicama nameće i obvezu da zakonodavnom tijelu podnose izvješće o primjeni međunarodnih radnih standarda koji su usvojeni na Međunarodnoj konferenciji rada. Naime, međunarodni radni standardi prvenstveno se usvajaju (utvrđuju) konvencijama i preporukama MOR-a.

Navedeno se odnosi i na Konvenciju o iskorjenjivanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada br. 190 (2019) i Preporuku (Rekomendaciju) MOR-a br. 206 o iskorjenjivanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada (2019). Ovi međunarodni dokumenti (međunarodni radni standardi) usvojeni su 21. 06. 2019, na 108. zasjedanju Međunarodne konferencije rada u Ženevi. Okvirni sadržaj Konvencije i Preporuke odnosi se na: ljudska prava (prava čovjeka, prirodna prava), dostojanstveni rad i suzbijanje diskriminacije (jednakost između muškaraca i žena, te sigurne uvjete rada).

Republika Hrvatska spomenute dokumente nije ratificirala, ali je u obvezi podnijeti izvještaj o primjeni dokumenata Hrvatskom saboru (zakonodavnom tijelu). U tom smislu sačinjeno je izvješće, koje je Ministarstvo rada, mirovinskog sustava, obitelji i socijalne politike (u nastavku teksta: Ministarstvo) dostavilo (matičnom) Odboru za rad, mirovinski sustav i socijalno partnerstvo za postupanje pred Hrvatskim saborom.¹ Izvješće je sastavilo Povjerenstvo Vlade Republike Hrvatske za ispunjavanje obveza prema MOR-u. Radom Povjerenstva koordinira Ministarstvo.

Konvencija je „...prvi međunarodni instrument koji postavlja specifične i globalne primjenjive standarde za suzbijanje nasilja i uznemiravanja u svijetu rada te određuje mjere koje se traže od država...“.² Naime, rad treba počivati na dostojanstvu i poštivanju bez nasilja i uznemiravanja. To je prirodno pravo (ljudsko pravo, pravo čovjeka) svake osobe. Nasilje i uznemiravanje predstavlja kršenje ili zloupotrebu tih prava.

Određenja u Konvenciji polaze od univerzalnih prava čovjeka (prirodnih prava, ljudskih prava) upisanih u najviše globalne pravne dokumente (Filadelfijsku deklaraciju, 1944. kao dio Ustava, odnosno statuta Međunarodne organizacije rada MOR-a, Opću deklaraciju o pravima čovjeka, Međ. pakt o građanskim i političkim pravima, Međ. pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima i dr.), a tiču se ravnopravnosti svih ljudskih bića, materijalnog blagostanja, duhovnog razvoja, slobode i dostojanstva, ekonomske sigurnosti i jednakih mogućnosti, ukidanja svih oblika rasne diskriminacije i svih oblika diskriminacije žena, migranata i članova njihovih obitelji, prava osoba s invaliditetom, stvaranja svijeta rada bez nasilja i uznemiravanja (uključujući i rodno uvjetovano nasilje

¹ Konvencija MOR-a br. 190 (2019) i Preporuka MOR-a br. 206 (2019) o iskorjenjivanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada (v. akt Ministarstva rada Klasa: 021-03/21-01/04 524-21-01 od 7.4.2021);

^{Ustav} Međ. org. rada (MOR-a, ILO, OIT) u cjelovitom tekstu objavljena u knjizi Učur, M., *Radni status pomorca*, Pravni fakultet, Rijeka, 2005.

² Ministarstvo rada – cit. akt, obrazac za podnošenje instrumenata, str. 2.

i uznemiravanje, koji može predstavljati kršenje ili povredu ljudskih prava neprihvatljivo i nespojivo s dostojanstvenim radom, kulturom rada i uzajamnim poštovanjem), uz nultu toleranciju na nasilje i uznemiravanje.³

Ostale odredbe u Preambuli Konvencije ističu:

- nasilje i uznemiravanje utječu na kvalitetu usluga i mogu spriječiti pristup tržištu rada te ostanak i napredovanje na njemu;
- angažman radnika, ugled poslodavca i produktivnost;
- rješavanje temeljnih uzroka i faktora rizika ... nužno je za zaustavljanje nasilja i uznemiravanja u svijetu rada;
- nasilje u kućanstvu može utjecati na zapošljavanje, produktivnost te zdravlje i sigurnost...; i drugo kao osnov i druga pitanja i odnose.

2. SADRŽAJ KONVENCIJE

Konvencija ima osam dijelova u kojima se određuju pojmovi, subjekti i odnosi vezani uz iskorjenjivanje nasilja i uznemiravanja u svijetu rada: definicije, opseg, osnovna načela, zaštita i sprječavanje, provedba i pravni lijekovi, smjernice, obuka i podizanje svijesti, metode promjene i završne odredbe.

2.1. Definicije

Konvencija daje dvije definicije koje mogu biti osnov jedinstvene i sveobuhvatne primjene u brojnim odnosima u vezi sa nasiljem i uznemiravanjem u svijetu rada:

Izraz „nasilje i uznemiravanje“ u svijetu rada odnosi se na niz neprihvatljivih ponašanja i praksi, ili prijetnje takvim ponašanjima i praksama, bilo da su pojedinačne ili ponovljene, koje imaju za cilj, rezultiraju ili će vrlo vjerojatno rezultirati fizičkim, psihološkim, seksualnim ili ekonomskim povredama, a uključuju radno uvjetovano nasilje i uznemiravanje. Analizom ove definicije zaključujemo: „nasilje i uznemiravanje“ je širok (sveobuhvatan) pojam; obuhvaća „niz neprihvatljivih ponašanja i praksi“, koje treba precizno urediti nacionalnim zakonodavstvom“; to se odnosi i na „prijetnje takvim ponašanjima i praksom“; neprihvatljivo ponašanje i praksa može biti „pojedinačno ili ponovljeno“; cilj ponašanja i prakse (pa i prijetnje) rezultiraju (ili će vrlo vjerojatno rezultirati)

³ Konvencija 190 (2019) – cit. Preambula ...; Sindikalne slobode - temeljna ljudska prava. Sindikalna akcija, 1995; Učur, Marinko, Laleta, Sandra, *Konvencija MOR-a s komentarima*, TIM-press, Zagreb, Pravni fakultet, Rijeka, 2007.

povredama (fizičkim, psihološkim, seksualnim ili ekonomskim).

Izraz „nasilje i uznemiravanje“ uključuje i rodno uvjetovano nasilje i uznemiravanje, ono koje je usmjereno prema osobama zbog njihovog spola ili roda ili koje nerazmjerno pogađa osobe određenog spola ili roda, a uključuje seksualno uznemiravanje.⁴ U drugom stavku članka 1 Konvencija omogućava da se definicija navedenih pojmova u nacionalnim propisima „mogu predvidjeti jedinstveni koncept ili zasebne koncepte pojmove nasilja i uznemiravanja ne dovodeći u pitanje postavke...“ (definicije) u Konvenciji.

2.2. Opseg

Konvencija je univerzalno vrelo prava i u tom svojstvu (kao propis) ima prostorno i drugo (materijalnopravno) važenje određeno u odredbama članka 2 i 3. Ima se u vidu da nasilje i uznemiravanje u svijetu rada pogađa (i može pogoditi) radnike i druge osobe u svim sektorima, bilo privatne ili javne, kako u formalnoj tako i u neformalnoj ekonomiji, u urbanim ili ruralnim područjima.

Nasilje i uznemiravanje u svijetu rada javlja se tijekom rada, u vezi s radom ili koje iz rada proizlazi. Ne smije se ova odredba Konvencije restriktivno tumačiti, a pojmove „tijekom rada, u vezi s radom ili koje iz njega (tada) proizlaze“ treba tumačiti prema važećoj teoriji i zakonodavstvu (pojam rada, radnog vremena, prava u vezi s radom – npr. prava iz socijalnog osiguranja, kao i prava koja proizlaze iz rada).

Definiciju radnika daje nacionalno zakonodavstvo⁵. Konvencija se odnosi i na osobe koje rade bez obzira na njihov ugovorni status, osobe koje prolaze obuku, uključujući stažiste i pripravnike, radnike čiji je radni odnos prekinut (koji je prestao na način određen zakonom), volontere, tražitelje posla i kandidate za posao te pojedince koji vrše funkciju, dužnost ili odgovornosti poslodavca.

Obuhvaćeni su i oni koji su radom angažirani po ugovoru o djelu (ili drugom ugovoru u praksi države), radno angažiranje učenika i studenata, rad bez zasnivanja radnog odnosa (pa i volonteri), osobe koje traže posao (treba tumačiti da to nisu samo osobe upisane u evidenciju zavoda za zapošljavanje), kandidati za posao i svi poslodavci (koji vrše funkciju, dužnosti ili odgovornosti poslodavca).

Nasilje i uznemiravanje, sukladno Konvenciji, može se javiti:

1. na radnom mjestu, uključujući sve privatne i javne prostore kada oni

⁴ Konvencija 190 (2019) – cit. članak 1.

⁵ Konvencija, isto: članak 2 st. 1, Zakon o radu, Nar. nov., br. 93/14, 127/17 i 98/19, članak 4.

- predstavljaju radno mjesto;
2. na svakom mjestu gdje radnik boravi (u vezi s radom): gdje radnik prima plaću, koristi stanku ili objeđuje, gdje se koristi sanitarnim prostorima, prostorima za pranje i garderobnim prostorima;
 3. tijekom poslovnih putovanja, koja nisu poslovna putovanja, obuke, događanja ili društvenih aktivnosti;
 4. tijekom komunikacije u vezi s poslom, uključujući onu koja je omogućena putem informacijskih i komunikacijskih tehnologija;
 5. u smještaju koji osigurava poslodavac i
 6. pri putovanju na posao i s posla.

Navedenim odredbama članka 3 Konvencija potvrđuje jednakost i zaštitu svih osoba i njihovih prava (i sloboda) u svijetu rada, u svim prostorima i prostorijama, u komunikaciji i drugim odnosima tijekom rada, u vezi s radom ili koje iz njega proizlaze a gdje može nastati (ili nastaje) nasilje i uznemiravanje u svijetu rada. To omogućava da se pitanje što konkretnije uredi nacionalnim propisima bez obzira na nadležnost, prostorno važenje i postupak donošenja, hijerarhiju odnosa i pravni sustav heteronomnog i autonomnog karaktera propisa. Takva metoda omogućava univerzalnost ovog dokumenta.

2.3. Osnovna načela

Pod ovim naslovom u odredbama članka 4– 6 Konvencija uređuje:

- obveze države da poštuje, potiče i ostvaruje pravo svake osobe na svijetu rada bez nasilja i uznemiravanja
- obvezu države da sa udrugama radnika i poslodavaca u procesu savjetovanja u skladu s nacionalnom praksom i okolnostima stvara pristup za sprječavanje i iskorjenjivanje nasilja i uznemiravanja u svijetu rada, što podrazumijeva: donošenje zakona o zabrani nasilja i uznemiravanja, rješavanje odgovarajućim politikama, donošenje sveobuhvatne strategije, uspostavljanje i jačanje mehanizma provedbe i praćenje, pravne lijekove i podrške za žrtve, propisivanje sankcija, sredstva, smjernica, edukacija, obuka i osiguranje učinkovitih načina inspekcije i istrage slučajeva, ali i odgovornost vlasti, poslodavca te radnika i njihovih organizacija.

U ovim načelima upućuju se na jedinstvo prava (pravne norme) u hipotezi, dispoziciji i sankciji; u zahtjevu da se propisano primjenjuje, nadzire,

a protupravno ponašanje sankcionira. Uz to, naglašava se načelo slobode udruživanja, pravo na kolektivno pregovaranje, suzbijanje svih oblika prisilnog ili obveznog rada, ukidanje dječjeg rada, suzbijanje diskriminacije u pogledu zapošljavanja i obavljanja zanimanja kao i poticanje dostojanstvenog rada. Posebno se zahtijeva zaštita osjetljivih (posebno ranjivih) skupina koje nasilje i uznemiravanje u svijetu rada nerazmjerno pogađa.

2.4. Zaštita i sprječavanje

U ovom dijelu, a u cilju zaštite i sprječavanja nasilja i uznemiravanja, naglašava se:

- obveza države da donosi zakone,
- usluga javnih vlasti,
- socijalni dijalog,
- poduzimanje mjera za učinkovitu zaštitu radnika više izloženih nasilju i uznemiravanju,
- zakonom propisana obveza poslodavca na dijalog s radnicima, donošenje i provođenje politike o nasilju i uznemiravanju, upravljanje zaštitom i zdravljem na radu u sprječavanju tih rizika ... te poduzimanje mjera za njihovo sprječavanje i kontrolu, odnosno pružanje radnicima informacija o tim rizicima, o preventivnim i zaštitnim mjerama ... o pravima i odgovornostima radnika ...u vezi s tim.⁶

2.5. Provedba i pravni lijekovi

U odredbama članka 10 Konvencija propisuje mjere koje svaka članica poduzima ... a koje se odnose na nasilje i uznemiravanje:

- praćenje i provedba nacionalnih propisa,
- jednostavan pristup sporovima i pravnim lijekovima, a po mogućnosti rješavanje sporova na razini radnog mjesta,
- mehanizmi rješavanja sporova izvan radnog mjesta ... sudovi, zaštita od odmazde, druge mjere zaštite žrtve,
- zaštita privatnosti,
- predviđanje sankcija,
- posebna zaštita žrtava rodno uvjetovanog nasilja i uznemiravanja u svijetu rada,

⁶ Konvencija – cit. članak 7, 8 i 9.

- nasilje u kućanstvu,
- pomoć žrtvi da promijeni radno okruženje,
- ulogu inspektora rada i mjere.

2.6. Smjernice, obuka i podizanje svijesti

Konvencija nastoji osigurati da države uz pomoć udruga poslodavaca i radnika:

- nasilje i uznemiravanje rješavaju putem relevantnih nacionalnih politika, kao npr. u zaštiti na radu, jednakosti i nediskriminacije te migracijama;
- poslodavcima, radnicima i relevantnim nadležnim tijelima stave na raspolaganje ... smjernice, resurse, obuku i dr. i
- poduzimaju inicijative, uključujući kampanje s ciljem podizanja svijesti.⁷

2.7. Metoda primjene

Ovo složeno područje odnosa zahtijeva sveobuhvatne ali primjerene procjene rizika i zaštite, metode primjene sadržaja Konvencije, njene primjene koja treba da bude osigurana putem:

- nacionalnih zakona i propisa,
- kolektivnih ugovora,
- drugih mjera „u skladu s nacionalnom praksom“,
- proširivanjem ili prilagodbom postojećih mjera zaštite na radu i
- prilagodbom specifičnih mjera „tamo gdje su potrebne“.

Cilj ovih i drugih metoda je obuhvat sprječavanja nasilja i uznemiravanja.⁸

3. PREPORUKA MOR-A BR. 206 (2019) O ISKORJENJIVANJU NASILJA I UZNEMIRAVANJA U SVIJETU RADA

Opća konferencija MOR-a je na 108. zasjedanju donijela Preporuku br. 206 o iskorjenjivanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada, koja nadopunjuje Konvenciju broj 190 (2019) istoimenog naziva, pa je odredbe Konvencije i Preporuke potrebno razmatrati zajedno.

⁷ Konvencija – cit. članak 11.

⁸ Isto – članak 12.

Sadržaj Preporuke MOR-a br. 206 (2019) čine četiri dijela: osnovna načela, zaštita i sprječavanje, provedba, pravni lijekovi i pomoć, smjernice, obuka i podizanje svijesti, raspoređena u 23 točke, sa stavicama⁹. Preporuka se odnosi na ista područja na koja se odnosi i Konvencija: ljudska prava, dostojanstven rad, suzbijanje diskriminacije, jednakost između muškaraca i žena, sigurne uvjete rada.

Imajući na umu da se odredbe Preporuke razmatraju zajedno s odredbama Konvencije, u Preporuci nema novih odredaba kada su u pitanju definicije izraza: „nasilje i uznemiravanje“ i „rodno uvjetovano nasilje i uznemiravanje“; „opseg primjene“ (po osobama i aktivnostima), a neke odredbe su modelirane imajući na umu pravnu narav Preporuke. Definicije treba koristiti onako kako su date u Konvenciji.

3.1. Osnovna načela

Pozivom na osnovna načela iz Konvencije, u Preporuci se utvrđuje da je pristup država pristupnog (uključivog, integriranog i rodno osvještenog) u rješavanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada putem zakona o radu, zapošljavanja, zaštite na radu, jednakosti i nediskriminacije te putem kaznenog zakona prema potrebi, sve u suradnji svih radnika i poslodavaca¹⁰. U tom smislu od država članica traže se odgovarajuće mjere u poticanju kolektivnog pregovaranja i sadržaju kolektivnog ugovora. U načelima se upućuje i na uzimanje u obzir instrumenata MOR-a koji se odnosi na jednakost i nediskriminaciju.¹¹

3.2. Zaštita i sprječavanje

U ovom dijelu posebno se naglašavaju odredbe zaštite na radu koje se odnose na nasilje i uznemiravanje.¹²

⁹ Preporuke o iskorjenjivanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada (br. 206) (*Recommendation concerning the elimination of violence and harassment in the world of work*) donesene na Općoj konferenciji rada, 21. 6. 2019.

¹⁰ Preporuka br. 206 (2019) – „osnovna načela“ I. t. 2 i 3 Konvencija o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje, MOR-a broj 87 (1948) i Konvencija o primjeni načela prava na organiziranje i kolektivno pregovaranje MOR-a br. 98 (1949); V.: Učur, M., Laleta, S., Konvencije MOR-a s komentarima, TIM press, Zagreb, Pravni fakultet, Rijeka, 2007.

¹¹ Konvencija MOR-a (br. 100) i preporuka br. 90 iz 1951. o jednakosti plaća radnika za rad jednake vrijednosti; Konvencija MOR-a br. 111 i Preporuka br. 111 (1958) o diskriminaciji u odnosu na zaposlenje i zanimanje; V. Učur, M., Laleta, S., Konvencija MOR-a – cit.

¹² Konvencija MOR-a br. 155 (1981) o sigurnosti i zaštiti zdravlja na radu; Konvencija br. 187

Politika države treba uključiti radnike i njihove predstavnike u oblikovanje, praćenje i provedbu politike na radnom mjestu (sa preciznim pravima i obvezama radnika i poslodavaca). Nužno je potpuno informiranje (vanjska i interna komunikacija), pravo na privatnost i povjerljivost te mjere zaštite podnositelja pritužbi, žrtava, svjedoka i zviždača protiv viktimizacije ili odmazde. Naglašava se značaj i precizni sadržaj procjene rizika nasilja i uznemiravanja. To se odnosi i na odgovarajuće mjere o noćnom radu u izolaciji, u sektoru zdravstvene zaštite, ugostiteljstvu, socijalnim uslugama, hitnim službama, radu u kućanstvu, prijevozu ili industriji zabave.

Zaštitu ranjivih skupina i skupina koje se nalaze u teškom položaju potrebno je tumačiti u skladu s međunarodnim radnim standardima i međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima. Posebna zaštita odnosi se na migrante „u zemlji porijekla, tranzitnoj i odredišnoj zemlji...“.¹³

3.3. Provedba, pravni lijekovi i pomoć

Pozivom na članak 10(b) Konvencije, Preporuka predviđa da pravni lijekovi mogu uključivati: pravo na ostavku (?) uz naknadu, vraćanje na posao, odgovarajuću naknadu za štetu, naloge mjera koje trenutno djeluju, sudske naknade i troškove u skladu s nacionalnim zakonima i praksom.

Posebno se naglašava pravo na naknadu za rizik nesposobnosti za rad radi posljedica nasilja i uznemiravanja u svijetu rada, kao i mehanizmi podnošenja pritužbi i rješavanje sporova kada je u pitanju rodno uvjetovano nasilje i uznemiravanje¹⁴. U pitanju su različite mjere: podrška i pomoć žrtvi za povratak na tržište rada, savjetovanje, informiranje, dežurne telefonske linije, hitne i medicinske službe, krizni centri, skloništa, specijalne jedinice policije kao podrška žrtvama. To se odnosi i na odgovarajuće mjere ublažavanja nasilja u kućanstvu u svijetu rada. Naglašena je potreba savjetovanja počinitelja nasilja i uznemiravanja, obuke inspektora rada i drugih službenih osoba i vođenje evidencije (analitički) o nasilju i uznemiravanju.¹⁵

(2006) o promotivnom okviru zaštite na radu.

¹³ Preporuka br. 2006 (2019) – cit. II. t. 8, 9, 10, 11, 12 i 13.

¹⁴ Isto – III. t. 14–16.

¹⁵ Isto – III. 17, 18, 19, 20, 21 i 22.

3.4. Smjernice, obuka i podizanje svijesti

U punom smislu pojma „smjernice“ Preporuka potiče države da financiraju, razvijaju, provode i raspoređuju, prema potrebi: pregovore, radno osviještene smjernice i programe, kodekse ponašanja, javne kampanje, edukativne materijale, javne kampanje za podizanje svijesti, materijale za brojne subjekte, javne kampanje i dr., koji za cilj imaju rješavanje čimbenika u vezi sa nasiljem i uznemiravanjem u svijetu rada, uključujući diskriminaciju, zloupotrebu moći te rodne, kulturološke i socijalne naravi.

Sve je upućeno: sucima, inspektorima rada, policijskim službenicima, tužiteljima i drugim javnim dužnosnicima, poslodavcima i radnicima i njihovim organizacijama, žrtvama, svjedocima i zviždačima, novinarima i ostalim osobama iz svijeta medija i drugima¹⁶. Preporuka, po svojoj pravnoj naravi, sadrži brojno neobvezujuće smjernice koje se mogu koristiti pri kreiranju javnih politika i mjera u području sprječavanja nasilja i uznemiravanja u svijetu rada.¹⁷

4. PRAVA U SVIJETU RADA UREĐENA SU NAJVIŠIM VRELIMA PRAVA

Ustav Republike Hrvatske u članku 3 utvrđuje da su, između ostaloga, najviše vrednote ustavnog poretka i temelj za tumačenje Ustava jednakost, ravnopravnost spolova i poštivanje prava čovjeka. Diskriminacija je Ustavom zabranjena (članak 14 st. 2), a odnosi se na prava i slobode, koje ima svatko u Republici Hrvatskoj.

Prava u svijetu rada su prirodna prava (ljudska prava, prava čovjeka) i ne smiju biti opterećena diskriminacijom. Zabrana nasilja i diskriminacije uređena je brojnim propisima različitih donositelja, sadržaja, postupka donošenja, prostornog i vremenskog važenja, heteronomnog i autonomnog karaktera. To su propisi univerzalnog, regionalnog i nacionalnog karaktera koji čine pravni sustav države.¹⁸

¹⁶ Isto – IV. 23 (od a) do g).

¹⁷ Akt Ministarstva rada RH – cit. (uz Preporuku 206 (2019)).

¹⁸ Povelja Ujedinjenih naroda, 26. 6. 1945. (Nar. nov. – M.U. br. 15/93 i 7/94); Ustav MOR-a, Nar. nov. – M.U. br. 53/91 (Cjeloviti tekst v. u Učur, M., Radnopravni status pomoraca, Rijeka, 2005); Ustav svjetske zdravstvene organizacije (1946), Nar. nov. – M. U. 53/91 i 5/00 (Konvencije MOR-a ratificirane u Republici Hrvatskoj u knjizi: Učur, M., Laleta, S., citirano; Europska socijalna povelja (1961) Nar. nov. – MU, br. 15/02 i 8/03; Opća deklaracija o ljudskim pravima (1948), Nar. nov. – MU 12/09; Konvencija za zaštitu ljudskih

4.1. Direktive EU

Pored brojnih dokumenata koji se izravno primjenjuju u Republici Hrvatskoj, a koji se odnose na iskorjenjivanje nasilja i uznemiravanja u svijetu rada, to su i:

1. Direktive prenesene u pravni poredak Republike Hrvatske Zakonom o radu:

Direktiva 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 05. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka) (SL. L. 204, 26. 7. 2006);

Direktiva 2002/14/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. ožujka 2002. o uspostavljanju općeg okvira za obavješćivanje i savjetovanje s radnicima u Europskoj zajednici (SL. L. 80, 23. 3. 2002);

Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja (SL. L. 303, 2. 12. 2000).¹⁹

2. Direktive prenesene u pravni poredak Republike Hrvatske, Zakonom o zaštiti na radu:

Direktiva Vijeća 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu (SL. L. 183, od 29. 6. 1989);

Direktiva Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnice koje su nedavno rodile ili doje (deseta pojedinačna direktiva u smislu članka 16 st. 1, Direktive 89/351/EEZ) (SL. L. 348, od 28. 11. 1992);

Direktiva Vijeća 94/33/EZ od 29. lipnja 1994. o zaštiti mladih ljudi na radu (SL. L. 216, od 20. 08. 1994);²⁰

prava i temeljnih sloboda (Rim, 1950) Nar. nov. – MU br. 6/99 i 8/99; Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima – Nar. nov. – MU 12/93; Ustav Republike Hrvatske, Nar. nov., br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 i 5/14; Zakon o radu – cit.; Zakon o zaštiti na radu – cit.; Zakon o obveznim odnosima, Nar. nov., br. 35/05 do 29/18; Zakon o suzbijanju diskriminacije, Nar. nov., br. 85/08 i 112/12; Zakon o ravnopravnosti spolova, Nar. nov., br. 82/08 i 69/17; Zakon o državnom inspektoratu, Nar. nov., br. 115/18 i Pravilnik o izradi procjene rizika, Nar. nov., br. 112/14 i 129/19. Tu su i brojni podzakonski (provedbeni) propisi, kolektivni ugovori i drugi autonomni opći normativni akti koji uređuju pitanja i odnose o zabrani nasilja i diskriminacije odnosno uznemiravanja u svijetu rada.

¹⁹ Zakon o radu, Nar. nov., br. 93/14, 127/17 i 98/19, članak 2.

²⁰ Zakon o zaštiti na radu, Nar. nov., br. 71/14, 118/14, 94/18 i 96/18, članak 2.

No, i drugim propisima u Republici Hrvatskoj preuzete su i druge direktive koje su postale dio pravnog sustava države.

4.2. Neka stajališta u teoriji

Nasilje i uznemiravanje u svijetu rada je napad na dostojanstvo kao ukupnost vrlina i bitnih osobina određene osobe koje pobuđuju poštovanje, odnosno uvažavanje kod drugih osoba, poput osjećaja časti, odmjerenosti, poštenja i drugih. Postupak i mjere zaštite dostojanstva radnika od uznemiravanja i spolnog uznemiravanja utvrđuju se: posebnim zakonom, kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca i pravilnikom o radu. Ta određenja naglašavaju načelo nediskriminacije, jer se s pojedincima u jednakoj situaciji mora postupati jednako. Dok je radnik u radnom odnosu i na radu, poslodavac mu mora garantirati zaštitu dostojanstva.²¹

Zaštita dostojanstva radnika je proces i neprekidan odnos zaštite temeljnih prava radnika. Zaštita dostojanstva radnika ima posebnu pravnu prirodu i poseban postupak.²²

Zabrana nasilja i uznemiravanja bitna je (i je) regulirana i prije navedene Konvencije i Preporuke. I pored svih tih normi, nasilje i uznemiravanje u svijetu rada postoji i pogađa sve veći broj osoba koje su tim dokumentima označene kao potencijalni titulari prava zaštite od nasilja i uznemiravanja. Brojni su razlozi zašto je to tako. Društveni odnosi u pojedinim državama prelijevaju se i preko njihovih granica (prema zakonu spojenih posuda) u odnosima tržišta robe, rada i kapitala. Siromaštvo objektivno sprječava ostvarenje ljudskih prava (jedna milijarda ljudi danas živi u uvjetima apsolutne bijede, zbog nedostatka hrane i ekonomskih uvjeta života. Njih pogađa bolest, nezaposlenost i drugi socijalni problemi). Svijet rada posebno je na to osjetljiv. Zanemaruju se socijalni dijalog, nema novog zapošljavanja, zanemareno je kolektivno pregovaranje i ne poštuju se kolektivni ugovori.

²¹ Zakon o radu – cit. članak 134; Veliki komentar Zakona o radu, Libertin naklada, Rijeka, 2018. (Urednik Čupurdija, M.) str. 847 i dr.

²² Zakon o radu – cit. članak 130; Deklaracija MOR-a o osnovnim načelima i pravima na radu iz 1998. „Uznemiravanje je svako neželjeno ponašanje uzrokovano diskriminacijom po osnovi rase, boje kože, spola, jezika, vjere itd., koje ima za cilj ili stvarno predstavlja povredu dostojanstva osobe, a koje uzrokuje strah, neprijateljsko, ponižavanje ili uvredljivo okruženje“, Zakon o suzbijanju diskriminacije – cit. članak 3.; Moslavac, Bruno, Osnove radnog prava za menadžere, Virovitica, 2010, str. 72; Milković, D., Trbojević, G., Radni odnosi, Efektus, Zagreb, 2019, str. 148 i dr.

Pojedine države proklamiraju prava i bolje uvjete rada, a praksa ide suprotnim smjerom. Druge države razvijaju tehniku i tehnologiju na višim katovima, a socijalni su odnosi u podrumu. Taj jaz, između ostaloga, uzrokuje nasilje i uznemiravanje u svijetu rada. Globalizacija je učinila svoje i stvorila još veće razlike. Moraju se dizati standardi kulture života i rada na svim razinama i odnosima kao preduvjet pravne i stvarne tolerancije, a ne nasilja i uznemiravanja.

Međunarodna organizacija rada jedina je specijalizirana organizacija Ujedinjenih naroda kojoj su prva briga radnici i svijet rada te jedina u kojoj radnici (radnički sindikati) imaju statutarna prava i dužnosti utvrđene Ustavom MOR-a, u cilju postizanja socijalne pravde. To se postiže oblikovanjem i usvajanjem konvencija i preporuka, kao međunarodnih radnih normi i standarda. Pravo je svake države, odnosno njezine tripartitne delegacije, da na skupštini MOR-a izglasa određenu konvenciju ili preporuku, a pravo je države da nakon toga ratificira konvenciju odnosno prihvati preporuku bez prisile, ako to smatra korisnim. Na taj način utječe se i na politiku država u svijetu rada, u najširem smislu. Nužne su snažne legalne i legitimne organizacije radnika i poslodavaca u organiziranoj socijalnoj državi, kao socijalni partneri, da bi se gradila socijalna pravda i humani karakter rada, smanjivanje nejednakosti, za bolje uvjete rada, a protiv nasilja i zlostavljanja.

Međunarodne pravne norme u ratificiranim konvencijama i prihvaćenim preporukama onemogućavaju diskriminaciju, osnova su nacionalnog zakonodavstva, a po pravnoj su snazi iznad zakona i neposredno su vrelo prava (o zabrani prisilnog rada; jednakosti pri zapošljavanju, zaštiti zdravlja i sigurnosti na radu; organiziranju i kolektivnom pregovaranju i drugih prava), uz omogućavanje da države svojim propisima utvrdi viši standard prava.

Stvorena po posebnom postupku, sa originalnim sadržajem, prostornim i vremenskim važenjem i ratifikacijom konvencija i preporuka ima u određenoj državi važnost i vrijednost kada se ratificira odnosno prihvati i postane dio njezinog pravnog sustava.

5. ZAKLJUČAK

5.1. Prava čovjeka i ljudska prava su izrazi koji se ne razlikuju u (svom) sadržaju. Prava čovjeka (*Droits de l' Homme*), odnosno ljudska prava (*human rights*) imaju istu filozofiju i teorijsku postavu (osnovu) u prirodnom pravu. Iza prirodnog prava stoji pravna i filozofska civilizacija od Aristotela do danas. Ono je utkano i u Ustav MOR-a (ILO) a poslije u Opću deklaraciju o pravima čovjeka, Međunarodni pakt o socijalnim i kulturnim pravima te Međunarodni

pakt o građanskim i političkim pravima odnosno o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966), pa u Europskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i sloboda (1950), Europskoj socijalnoj povelji (1961) i drugima.

Ljudska prava ne mogu se ostvarivati izvan vladavine prava i pravne države. Zbog toga je posebno bitno urediti zabranu nasilja i diskriminacije, odnosno uznemiravanja u svijetu rada, dosljedno primjenjivanje propisanog, njegovanje pozitivne prakse te permanentan nadzor.

5.2. Ratifikacijom Konvencije i prihvaćanjem Preporuke država stvara još čvršći pristup uključiv, integriran i rodno osjetljiv u sprječavanju nasilja i uznemiravanja u svijetu rada. Nasilje i uznemiravanje nespojivi su s dostojanstvenim radom. U sadržaju prava na zaštitu zdravlja i sigurnost na radu je sprječavanje nasilja i uznemiravanja koje utječe na političko, tjelesno i spolno zdravlje, dostojanstvo te obiteljski i društveni život žrtava, posebno žena.

5.3. Svijet rada je živ i promjenjiv organizam, a Konvencija obvezuje države da usklađuje nacionalno zakonodavstvo s odredbama Konvencije. Ta obveza je stalna, nije dovršena pa, bez obzira na postojeće stanje u državi, ta obveza ostaje u svim odnosima na radu ali i u vezi s radom. To se posebno odnosi na podizanja svijesti o štetnosti nasilja i uznemiravanja u ažuriranju procjene rizika.

5.4. Financijski troškovi ne smiju biti zapreka permanentnoj i sveobuhvatnoj edukaciji o značaju ravnopravnosti, dostojanstvenog rada, iskorjenjivanja nasilja i uznemiravanja te jačanja inspekcija u svijetu rada.

6. CONCLUSION

6.1. Human rights are expressions that do not differ in (their) content. Human rights (*Droits de l'Homme*) have the same philosophy and theoretical position (basis) in natural law. Behind natural law stands the legal and philosophical civilization from Aristotle to the present day. It is also enshrined in the ILO Constitution and later in the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights (1966), and the European Convention on Human Rights and Freedom (1950), the European Social Charter (1961) and others.

Human rights cannot be exercised outside the rule of law. Therefore, it is especially important to regulate the prohibition of violence, discrimination and harassment in the world of work, consistent application of the prescribed, nurturing positive practices and permanent supervision.

6.2. By ratifying the Convention and accepting the Recommendation, states create an even stronger approach that is inclusive, integrated and gender

sensitive in preventing violence and harassment in the world of work. Violence and harassment are incompatible with decent work. The content of the right to health protection and safety at work includes the prevention of violence and harassment that affects the political, physical and sexual health, dignity and family and social life of victims, especially women.

6.3. The world of work is a living and changing organism, and the Convention obliges states to harmonize national legislation with the provisions of the Convention. This obligation is permanent, it has not been completed, so, regardless of the current situation in the country, this obligation remains in all relations at work, but also in relation to work. This applies in particular to raising awareness of the harmfulness of violence and harassment in updating risk assessment.

5.4. Financial costs must not be an obstacle to permanent and comprehensive education on the importance of equality, decent work, the eradication of violence and harassment, and the strengthening of inspections in the world of work.

„STAKLENI STROP“ U BOSNI I HERCEGOVINI

Prof. dr. sc. Ivo Rozić*

Ana Džida, mag. iur.**

Sažetak: *Sintagma „stakleni strop“ označava procese i aktivnosti sprečavanja napredovanja žena u više hijerarhijske razine u organizaciji. Stav „muškarci su sposobniji za obavljanje menadžerskih i liderskih poslova“ zajednički je za većinu društava u svijetu. Međutim, društveni razvoj mijenja i položaj žena, jer se one kontinuirano obrazuju i sve više žele sudjelovati u rukovodećim poslovima. Pitanje ravnopravnosti spolova, prava žena, te njihovo mjesto u radnom okruženju sve više postaje aktualno za cjelokupan društveni život. Cilj ovog rada je ukazati na nepovoljan položaj žena na tržištu rada u Bosni i Hercegovini, od potplaćenosti žena na svim razinama, do otežanog dolaska na vodeće pozicije. Manjak literature na ovu temu je pokazatelj kako ova tema nije dovoljno istražena i još uvijek nije prioritet suvremenog društva. Mali je istraživački interes akademskih krugova, poslovnih ljudi, pa i medija. Ipak, može se zaključiti da postoje mali pomaci, ali je nesporno da žene danas teško probijaju stakleni strop – nevidljive barijere koje stoje na putu njihovog napretka u poslu.*

Ključne riječi: *stakleni strop, žene, diskriminacija, tvrtke, napredovanje.*

1. UVOD

Posljednja desetljeća društvenog razvoja obilježena su ogromnim promjenama na svim razinama društvene svijesti. Socijalna, politička i pravna evolucija u procesima globalizacije, kao i iskustva zemalja u tranziciji, rezultirala su afirmacijom ljudskih prava kako na nacionalnoj tako i na univerzalnoj razini.

* Redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, ivo.rozic@pf.sum.ba

**Asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, ana.dzida@pf.sum.ba

Brojni politički dokumenti i pravni izvori; deklaracije, paktovi, međunarodne konvencije, povelje i zaključci konferencija, ali i egzaktna djelovanja brojnih tijela Ujedinjenih naroda, Međunarodne organizacije rada, Vijeća Europe i, posebice, sve intezivnije, Europske unije, sustavno promoviraju zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.¹ Usmjerenost politika međunarodne zajednice na širenje politike i vrlo konkretnih programa za suzbijanje rodne diskriminacije u posljednje vrijeme dobiva sve jasnije okvire. U Europskoj uniji osnovano je tijelo pod nazivom Equinet – mreža nacionalnih organa zemalja članica za rodnu ravnopravnost² sa osnovnim ciljem stvaranja platforme za nacionalna tijela država članica i njihovo djelovanje na tlu Europske unije. Svakako da veliku ulogu u poticanju nacionalnih aktivnosti zemalja članica u domenu ravnopravnosti spolova čini zakonodavstvo EU (primarno i sekundarno), kao i strateški dokumenti i smjernice nadležnih institucija EU na polju rodne ravnopravnosti.³

Prema procjenama Međunarodne organizacije rada, žene danas čine više od 40% ukupne svjetske radne snage sa zamjetnim trendom rasta tog postotka. U takvim okolnostima zabrana spolne diskriminacije ustanovljena je *inter alia* već sadržajem članka 26 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima Ujedinjenih naroda iz 1996. godine,⁴ koji predstavlja stanovitu doradu i nastavak članka 2 Opće deklaracije o pravima čovjeka iz 1948. godine⁵, kao i značenje Konvencije o eliminiranju svih oblika diskriminacije žena⁶ Ujedinjenih naroda iz 1979. godine, intenzivirali su promišljanja regionalnih međunarodnih organizacija o nužnosti primjerene zaštite žena u radnom okruženju, te promicanja ravnopravnosti spolova.⁷ Bosna i Hercegovina nema pravnu obvezu primjenjivanja direktiva EU, samim tim što još uvijek nije članica EU, ali je

¹ Herman, V., Vinković, M., *Ravnopravnost spolova – Ogledi o izabranim pitanjima Europskog i hrvatskog radnog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2003 (str. 813–844), str. 814.

² Equinet – European network of equality bodies

³ Gasmir, G., *Strateško-pravni okviri EU o ravnopravnosti spolova – Značaj za Srbiju*, Strani pravni život, no.1, 2015, (str. 123–142), str. 124.

⁴ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima Ujedinjenih naroda, sastavljen 16. prosinca 1996. kao dodatak Rezoluciji Opće skupštine UN-a 2200 A (XXI), na snagu stupio 23. ožujka 1976.

⁵ Opća deklaracija o pravima čovjeka usvojena je i proklamirana rezolucijom Opće skupštine UN-a 217A (III) 10. prosinca 1948.

⁶ Konvencija o eliminiranju svih oblika diskriminacije žena usvojena je u Općoj skupštini UN-a 18. prosinca 1979, a na snagu stupila 3. rujna 1981.

⁷ Herman, V., Vinković, M., op. cit., str. 814.

država koja je dobila status potencijalnog kandidata već 2003. godine, a zahtjev za članstvo službeno je podnesen 15. veljače 2016. godine.

U Bosni i Hercegovini Zakon o ravnopravnosti spolova u BiH usvojen je 2003. godine, a dopunjen 2009. godine, dok je pročišćeni tekst objavljen 2010. godine. Kao takav on predstavlja osnovni, odnosno sistemski pravni dokument za reguliranje rodne ravnopravnosti u našoj zemlji. Zakon čini pravnu osnovu složenog procesa poboljšanja položaja žena u Bosni i Hercegovini u pravcu intenziviranja ravnopravnosti među spolovima. Usvajanje ovoga zakona doprinijelo je približavanju europskim načelima u domeni ekonomskog i socijalnog uključivanja žena u procesu zapošljavanja, stvaranju jednakih mogućnosti u obrazovanju i kulturi, kao i u ostalim značajnim sferama koje ovaj zakon regulira.

Kako bi se formalna jednakost spolova na radnom mjestu transformirala u stvarnu jednakost, potrebno bi bilo poduzeti neke mjere:

- Pojačati pokušaje postizanja formalne jednakosti muškaraca i žena na sva područja u kojima je ta jednakost nedovoljno zastupljena;
- Podržati zaštitu u onim situacijama u kojima su posebno pogođene žene, posebno u pogledu trajne nejednakosti u raspodjeli kućanskih obveza i to na način osiguravanja porodiljnog dopusta, stalnosti zaposlenja usprkos prekidima, dopust iz razloga izobrazbe i profesionalnog usavršavanja;
- Mogućnost zastupanja žena na radu i u vezi sa radom u pogledu njihovih interesa kroz kolektivno pregovaranje.⁸

Dakle, unatoč brojnoj zakonskoj regulativi, koja promiče ravnopravnost između muškaraca i žena, spolna diskriminacija i dalje je uveliko prisutna, posebice u domeni zapošljavanja, iako ne onoliko kao što je bila prije donošenja tih zakona. Ma koliko god društvo u kojem živimo bilo razvijeno i sve više osviješteno, čini se da neki oblici diskriminacije još uvijek nisu iščezli. Uz sve oblike diskriminacije kojima smo, nažalost, svakodnevno okruženi, u ovom radu ćemo se osvrnuti na poseban oblik koji pogađa žene u radnom odnosu. Riječ je o pojavi koja se definira pojmom „glass ceiling“ (eng. stakleni strop), a označava prepreku s kojom se žene suočavaju prilikom napredovanja na radnom mjestu. Stakleni strop je nevidljiva, ali ipak postojeća barijera koja zapravo sprečava žene da napreduju u znatnijem postotku na najviše položaje u profesiji.⁹

⁸ Bilić, A., *Diskriminacija u europskom radnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 44, 2007, str. 571.

⁹ Žene napreduju do određenog nivoa u pravnoj profesiji, više od toga rijetko. „Stakleni strop

2. ŠTO JE GLASS CEILING?

2.1. Oblici i vrste diskriminacije

Govoreći o temi Glass ceilinga, odnosno staklenog stropa, potrebno je pojasniti pojmove i vrste diskriminacije.

Diskriminaciju možemo definirati kao nepravedno ponašanje i diferenciranje osoba donošenjem odluke temeljene na razlikama poput spola, rase, dobi, invaliditeta, i dr. Kad je riječ o diskriminaciji na radnom mjestu, radi se o donošenju nepovoljnih odluka bitnih za karijeru na temelju tih razlika.¹⁰

Govoriti o tržištu rada, točnije o diskriminaciji na tržištu rada znači dotaknuti se jedne izuzetno važne teme s obzirom na to da je za veliku većinu stanovništva upravo plaća glavni izvor zarade. Sama diskriminacija ima korijene u društvenim shvaćanjima (npr. predrasude o ulozi žene, spola ili boje kože prilikom zapošljavanja), što znači da je ukorijenjena u shvaćanje ljudi. Upravo zbog njezine ukorijenjenosti u društvena shvaćanja i načina na koji utječe na funkcioniranje tržišta rada možemo slobodno govoriti o „instituciji“ diskriminacije rada.¹¹

Svi se oblici diskriminacije mogu svrstati u četiri osnovne vrste:¹²

I. Diskriminacija putem plaća javlja se ako žene, određene rase ili manjine za isti posao primaju niže plaće od većinskih radnika. Dakle,

odnosi se na transparentnu, ali vrlo realnu barijeru između srednjeg menadžmenta i njegova ekvivalenta i teže dohvatljivog prostora uspjeha na vrhu ljestvice – glavni odvjetnik, menadžer odvjetničkog ureda, dekan pravnog fakulteta, korporativni direktor“. Fuchs, C., Saute, R., Oglensz, B., Gever, M., *Glass ceiling and open doors: women's advancement in the legal profession: A report to the Committee on Women in the Profession*, The Association of the Bar od the City of New York, *Fordham Law Review*, br. 64, 1995, 306. Ne postoje konkretne formalne zapreke da žene dospiju na te položaje, no one u praksi na njih dopijevaju rijetko ili nikad. Od 103 intervjuirane odvjetnice u osam velikih newyorških odvjetničkih ureda, dvije su ušle na položaj visokog menadžmenta. Nije bilo spolne diskriminacije pri zapošljavanju kao ni razlike u plaćama u navedenih osam ureda. Zaposlenicima i zaposlenicama jednako je omogućen rad na pola radnog vremena i korištenje roditeljskih dopusta. Usprkos navedenim elementima spolne ravnopravnosti u velikim newyorškim odvjetničkim uredima, iapk se čini da se stakleni strop smjestio na ulasku u visoki menadžment. Epstein i dr., 1995, 310.

¹⁰ Usp. Dipboye, R. L., Colella, A., *Discrimination at Work*, New Jersey, 2005, str 2.

¹¹ Bogut, Z., *Diskriminacija na tržištu rada*, Ekonomska misao i praksa, vol.8., br. 1, 1999 (str. 33–53), str. 34.

¹² Prema McConnel, R.C., Brue, L.S., *Economics, Principles, Problems and Policies*, McGraw Inc., New York, 1996, str. 726.

razlika u plaći nije rezultat razlike u proizvodnosti, nego u obilježjima radnika. Diskriminacija u plaćama može biti vrlo suptilna i teško ju je otkriti.

- II. Diskriminacija prilikom zapošljavanja se javlja kada su zaposleni koncentrirani među manjinskim grupama. Tako su u SAD crnci većinom posljednji po primanjima, ali prvi po otpuštanju s posla.
- III. Diskriminacija ljudskog kapitala postoji ako se u obuku i obrazovanje određenih rasa ili manjina investira manje sredstava nego u obuku i obrazovanje većinske rase. Nažalost, riječ je o kružnom procesu. Mnogi crnci, u SAD primjerice, siromašni su, a s obzirom da su siromašni nemaju financijsku mogućnost investirati u vlastito obrazovanje.
- IV. Diskriminacija prema zanimanjima ili poslovima postoji ukoliko se ograničava ili zabranjuje pristup manjinskim grupama radnika na željenim ili bolje plaćenim poslovima, pa se oni tako usmjeravaju na lošije plaćena zanimanja.

Unutar prikrivenih diskriminacijskih mehanizama koji općenito perpetuiraju podzastupljenost žena uobičajeno je razlikovati primarnu i sekundarnu diskriminaciju.¹³

1. *Primarna diskriminacija.* Diskriminacija je primarna u slučajevima u kojima je žena diskriminirana zbog predrasuda ili uvjerenja, npr. onih da ženama nije mjesto u javnim djelatnostima, da muškarci moraju zarađivati više od žena ili da žena ne smije biti nadređena muškarcu. Slijedom toga, tvrdi se da su žene manje sposobne i prilagođene djelovati u javnoj ili poslovnoj sferi, manje kompetitivne, previše iracionalne i sl. Ovaj tip diskriminacije karakterizira cijeli skup patrijarhalno-stereotipnih situacija koje imaju za posljedicu podjelu na muške i ženske poslove, fakultete, radna mjesta, oblike ponašanja i sl. Ukratko, primarna diskriminacija vezana je uz uvjerenja o opravdanosti razlikovanja između društvenih uloga muškaraca i žena te rezultira privilegiranim tretmanom muškaraca prilikom zapošljavanja, napredovanja ili dodjeljivanja odgovornijih društvenih pozicija
2. *Sekundarna diskriminacija.* Postoji i sekundarni oblik prikrivene diskriminacije. Riječ je o diskriminacijskim praksama koje se ne

¹³ Prlić-Samardžija, S., Avelini Holjevac, I., Turk, M., *Žene u znanosti – stakleni strop*, Društvena istraživanja, br. 18, 2009 (str. 1049–1073), str. 1055.

temelje na (pred)uvjerenjima o prirodi žena i muškaraca, nego na ekonomskim ili pragmatičkim razlozima. Paradigmatični slučaj ovakva tipa diskriminacije jest situacija u kojoj se, rukovodeći se razlozima profita i efikasnosti, preferira muškarca pred ženom zato što se smatra da žena neće biti u stanju obavljati posao jednako efikasno kao muškarac zbog prevladavajuće podjele društvenih uloga. Primjerice, zbog tradicionalne vezanosti žene uz kućanske obveze, a prije svega njezine dominantne uloge u odgoju djece, žene češće formiraju prioritete tako da žrtvuju karijeru obiteljskim obvezama: češće zbog obiteljskih razloga izbivaju s posla i manje su spremne žrtvovati svoje slobodno radno vrijeme poslovnim obvezama. Drugo, smatra se da bi se, zbog činjenice da u upravljačkoj strukturi prevladavaju muškarci, žene teže snalazile, pa se po inerciji efikasnoga poslovanja preferiraju muškarci. Treće, procjenjuje se da bi žena na rukovodećoj poziciji mogla izazvati otpor zbog promjene, potencijalno drugačijega pristupa poslovanju i upravljanju, pa se ne želi riskirati otklonom od uobičajenoga poslovanja. Može se primijetiti kako se u ovim opravdanjima ili „isprikama“ za diskriminaciju žena ne radi o uvjerenjima o ženskoj neprimjerenosti u javnoj domeni i rukovodećim pozicijama nego se prihvaćaju postojeće datosti i raspodjela društvenih uloga koje su, međutim, takve da diskriminiraju žene. U kontekstu tradicionalne podjele poslova i spolnih uloga, u kojoj je briga za djecu, obitelj i kućanstvo obveza žena, ovakva će inercija i primjena spolno neutralnih ekonomskih ili menadžerskih razloga generirati povlašten položaj muškaraca. Sekundarna diskriminacija je, jednako kao i primarna, nepravedna jer pridonosi i perpetuira postojeću nepravdu prema ženama, dodatno ih kažnjavajući zbog postojeće društvene pozicije u kojoj su ionako već zakinute.

Uvjerenje o inferiornosti i nepoželjnosti žena u javnoj domeni ima vrlo dugu povijest i teorijski razrađeniji oblik u stavovima istaknutih mislilaca poput Platona, Aristotela, J. J. Rousseaua, G. W. F. Hegela i drugih.

Stav o potrebi odvajanja muških i ženskih uloga utemeljen je na uvjerenju da postoje dvije ljudske prirode – muška i ženska (esencijalizam) te da je ženska priroda takva da ženu u javnim poslovima čini nedjelotvornom i subverzivnom. Smatralo se kako je privatna domena ženin prirodni kontekst te kako ženska priroda onemogućuje ženi da funkcioniра prema racionalnim, objektivnim ili univerzalnim pravilima, imajući na umu opće ciljeve, što ih

onda čini nepoželjnima u javnoj domeni. Ne samo da se smatralo da su muška i ženska priroda različite nego i da postoje dvije etike – muška i ženska. Moralne vrijednosti koje čine ženu kreposnom razlikuju se od onih koje muškarca čine kreposnim. Blagost, razumijevanje, požrtvovnost, sentimentalnost, urednost, povučenost i sl. vrline su žena, dok su istodobno mane muškaraca. Muške vrline poput neovisnosti, racionalnosti, kompetitivnosti, neemotivnosti nisu primjenjive na ženu, ni u smislu u kojem žena nikada ne može dostići sposobnosti muškarca ni u smislu da je racionalna i kompetitivna žena manje poželjna i društveno cijenjena.¹⁴ Primjerice, prema Hegelu, žene mogu biti dobro obrazovane, ali one nisu stvorene za višu znanost kao što je filozofija, kao ni za stvaralačke izraze koji podrazumijevaju sveobuhvatnost. One mogu biti pronicljive, mogu imati razvijenu intuiciju i osjećanja, ali ne mogu dostići ideal, što svodi radijus njihovog djelovanja na obiteljski domen.¹⁵

2.2. Glass ceiling efekt

Izraz stakleni strop prva je upotrijebila Gay Bryant, tadašnja urednica časopisa *Working Woman*, riječima: „Žene su stigle do određene točke – zovem je stakleni strop. Na vrhu su srednjeg menadžmenta i stale su i zapele, nema dovoljno mjesta za sve te žene na vrhu. Neke ostaju na poslu zbog sebe, a druge odlaze i podižu obitelj.“¹⁶ No izraz je postao popularan nakon što je objavljen u listu *The Wall Street Journal* autora Hymnowitz and Schellhardt 1986. Od tada pa do današnjeg vremena nije se puno toga promijenilo u korist žena. Nadalje, izraz stakleni strop upotrijebila je i komisija (GCC, 1991) koja je proučavala korporacije u SAD, a željela je istražiti zašto razina uključenosti zaposlenih žena u SAD nije bila razmjerna njihovoj zastupljenosti u višem menadžmentu.¹⁷

Koncept glass ceiling odnosi se na umjetne prepreke za napredak žena i manjina. To je nevidljiva, ali neraskidiva barijera koja ne dopušta ženama uspon na više stepenice korporativne ljestvice, bez obzira na njihove kvalifikacije ili

¹⁴ Ibid, str. 1056.

¹⁵ Ovo je samo dio Hegelovih razmišljanja o razlikama između muškaraca i žena, koje istoimeni autor uspoređuje sa životinjama i biljkama, a koje iznosi Lynne Germain Montgomery u svom djelu *Hegel – gender realtions, civil society and the state*.

¹⁶ Baretto, M., Ryan, M. K., Schmitt, M. T., *The Glass Ceiling in the 21.st Century*, Washington, 2009, str. 5.

¹⁷ Nedović, M., Ivanković, D., Mišćević, D., *Stakleni strop – položaj žena u sustavu znanosti*, *Obrazovanje za poduzetništvo*, vol. 5, Br. 1, 2015 (str. 91–98), str. 93.

postignuća.¹⁸ Radi se dakle o obliku diskriminacije na radnom mjestu koji se koristi u situacijama u kojoj se kvalificiranim i sposobnim ženama onemogućava napredovanje u tvrtki, u kojoj muškarci stoga dominiraju na visokim položajima.

Riječ *ceiling* (eng. strop) u izrazu implicira da postoji određena granica u hijerarhijskom napredovanju iznad koje je osobi (u ovom slučaju ženi) onemogućeno uspinjanje, neovisno o kvalificiranosti. To ograničenje u napredovanju nevidljivo je običnom promatraču, a često ga ni sama žena ne primjećuje sve dok se u njega ne zabije, i to je razlog zašto se o njemu govori kao o *glass* (eng. staklenom)¹⁹.

U literaturi se koristi i izraz „labirint“ koji također predstavlja napor koji žene moraju uložiti kako bi došle do najviših pozicija. Istraživanja pokazuju kako žene napreduju sporije od muškaraca, unatoč tome što su obrazovanije i što vrlo često imaju i bolje poslovne rezultate, te da je podjela radnih mjesta i dalje značajno podložna rodnoj segregaciji. Zanimljivo je kako čak i u obrazovanju, koje slovi kao „žensko“ zanimanje, najveći broj žena je zastupljen u osnovnim školama, oko 81%. Već u srednjim školama broj žena nešto je manji, 66,1%, a u ustanovama visokog obrazovanja postotak se još više smanjuje te žene zauzimaju tek oko 10% najviše pozicioniranih radnih mjesta, iako već godinama više studentica nego studenata završava visoko obrazovanje i više je doktorica znanosti u odnosu na muškarce. Primjerice, u 2020. godini u Hrvatskoj, od ukupno 615 doktora znanosti, 57,6% činile su žene²⁰, dok je u Bosni i Hercegovini taj postotak nešto niži, te su od 153 doktora znanosti u 2020. godini 41% činile žene.

3. RAZBIJANJE STAKLENOG STROPA

U svijetu su provođena brojna istraživanja o usporedbi uspješnosti muškaraca i žena kao vođa, te su uglavnom zaključila da su žene jednako uspješne kao vođe, a u nekim djelatnostima čak i uspješnije od muškaraca. Jedno od istraživanja objavljeno u *Harvard Business Review* 2012. ukazuje na to da su žene čak uspješnije kao vođe od muških kolega.²¹

¹⁸ Cotter, D., Hermsen, J. M., Ovadia, S., Vanneman, R., *The Glass Ceiling Effect*, 2001 (str. 655–682), str. 656.

¹⁹ Jergovski, A., *Stakleni strop. Granice u napredovanju žena na radnom mjestu*. Obnovljeni život, 2010, str. 405.

²⁰ Burušić-Barčan, I., Burušić, J., *Stakleni strop – zastarjeli pojam ili realnost?*, ETeR–ekonomija, turizam, telekomunikacije i računarstvo, vol. 3, br. 3, 2021 (str. 1–7), str. 4.

²¹ Klepić, Z., Šunjić, L., Klepić, I., *Utjecaj stanja i aktivnosti u organizacijama na prepreke*,

Razlog zbog kojeg žene sporije napreduju u poslovnoj karijeri od muškaraca zapravo nisu majčinstvo i manja ambicioznost, već nespремnost korporacija da kreiraju pozitivnu klimu i stav u odnosu na rodnu raznolikost, pokazalo je istraživanje konsultantske firme The Boston Consulting Group.²² Kada je riječ o karijeri, ambicijama i poslovnom uspjehu, imamo upornu teoriju da su žene manje ambiciozne od muškaraca. S godinama i majčinstvom, ta priča se nastavlja – žene, u poražavajuće velikom broju slučajeva smanjuju svoje poslovne ciljeve. Propuštaju vodeće pozicije u kompanijama, ne zato jer ih ne mogu izvršavati ili jer nemaju mogućnost, nego zbog toga što ih, u stvari, i ne žele. Međutim, spomenuto istraživanje, koje je uključivalo čak 200 tisuća osoba iz 189 zemalja, pokazuje da ovo jednostavno nije točno. Problem je slojevitiji i može se lakše riješiti nego što većina direktora misli.

Ambicije žena variraju, ali variraju zbog kompanija, a ne zbog njihovog obiteljskog statusa. Kada kompanije kreiraju pozitivnu kulturu i stav u odnosu na rodnu raznolikost, sve žene, uključujući i majke, teže napredovanju. Naime, ambicija nije nepromjenjiva osobina nego se njeguje ili narušava svakodnevnim interakcijama, razgovorima i prilikama s kojima se žene susreću tokom vremena. To što žene žele ili već imaju djecu ne utječe na njihovu želju da zauzimaju vodeće pozicije, a u tvrtkama u kojima i muškarci i žene osjećaju da poslodavac cijeni različitost, ne postoji razlika u nivou ambicioznosti među spolovima. Drugim riječima, žene teže liderskim ulogama u tvrtkama koje imaju pozitivno radno okruženje i koje cijene raznolikost.

Postavlja se pitanje kako razbiti stakleni strop. Za adekvatan odgovor na ovo pitanje potrebno je odgovoriti na sljedeća pitanja koja se nameću:

- Zašto žene sporije i samim tim manje napreduju?
- Zašto je, uz jednako kvalifikacije, manje žena na najvišim rukovodećim pozicijama?
- Da li žena gubi poželjne osobne karakteristike (supruga, brižne majke/odgojiteljice)?

Odgovorima na ova pitanja pokušat ćemo rasvijetliti brojne dileme kada su u pitanju žene i stakleni strop.

zasupljenost i uspješnost žena kao top menadžera, South Eastern European Journal of Communication 1, br. 1, 2019 (str. 163–174).

²² Dostupno na: <https://www.bcg.com/publications/2017/people-organization-leadership-change-dispelling-the-myths-of-the-gender-ambition-gap>

4. ZAŠTO POSTOJI STAKLENI STROP

4.1. Odnos kvalifikacija i zarada radnika u Bosni i Hercegovini

Prema procjeni državne Agencija za statistiku, u Bosni i Hercegovini, kao i u Federaciji Bosne i Hercegovine, na tržištu rada već dugi niz godina ima manje žena nego muškaraca i, prema izvještajima, ta stopa je jedna od najnižih u regiji. Kad je riječ o promatranom razdoblju, u Federaciji BiH 2010. godine bilo je ukupno 438.949 zaposlenih osoba, od toga 266.731 žena (39,2%). Podaci o broju zaposlenih žena i muškaraca u svim županijama FBiH, također, pokazuju da žene manje sudjeluju na tržištu rada u odnosu na muškarce, u rasponima od 35,0% (Tuzlanski kanton) do 43,9% (Kanton Sarajevo). Prateći trendove, možemo vidjeti i to da se stopa ukupne zaposlenosti nije znatno promijenila u promatranom razdoblju i da je sudjelovanje žena, uglavnom, ostalo na oko 40%.²³

Zabrinjavajuće je da je čak 15,6% više aktivnih mladih muškaraca nego žena, dok je prosječna razlika u zemljama EU 5,8%. Žene preovladavaju i među najniže plaćenim radnicima/ama na tržištu rada, više žena radi nepuno radno vrijeme, a također ih je više i u neplaćenom pomažućem radu.²⁴

Vrlo važan pokazatelj položaja žena i muškaraca na tržištu rada predstavlja nivo plaćenosti za obavljanje istoga posla. Ovi pokazatelji na nivou razvijenih zemalja iskazuju se vrijednostima tzv. jaza u zaradama muškaraca i žena, pri čemu se ta vrijednost izračunava kao udio prosječnog mjesečnog bruto prihoda zaposlene žene u prosječnom mjesečnom bruto prihodu zaposlenog muškarca. U službenim statistikama tržišta rada u BiH „rodni jaz“ se također ne spominje, niti se ovaj indikator izračunava, iako je njegovo postojanje u praksi potvrdilo prvo istraživanje o razlikama u plaćama žena i muškaraca u BiH, pod naslovom “Gender gap in BiH incomes“, koje je 2007. godine uz podršku UNDP-a sprovedla Agencija za ravnopravnost spolova BiH. Ovim istraživanjem je utvrđeno postojanje rodne razlike u zaradama muškaraca i žena u svim platnim razredima, izuzev u najvišem (preko 2.500 KM) i najnižem (200 KM) platnom razredu.²⁵

²³ Ako sve dostupne podatke za BiH usporedimo sa prosjekom EU, vidimo da je nezaposlenost u BiH u odnosu na zemlje EU izuzetno visoka, te da ima tendenciju rasta, a pri tome veći postotak nezaposlenih otpada na žene. U BiH ima gotovo tri puta više nezaposlenih žena i muškaraca nego u zemljama EU.

²⁴ Gender centar BiH.

²⁵ Bašić, S., Miković, M., *Rodne (ne)jednakosti na tržištu rada u BiH*, Udruženje žene ženama, Sarajevo, 2012, str. 38.

Većina zaposlenih žena u BiH zarađuje između 200 i 400 KM mjesečno, dok muškarci zarađuju između 300 i 500 KM. Razlika u plaćama među spolovima najveća je u neindustrijskom sektoru, a najmanja među službenicima.²⁶

Plata.ba je servis za online istraživanje plaća u sklopu kojeg ispitanici sami unose visine plaća, zbog čega istraživanje uzima u obzir stvarne iznose plaća na našem tržištu rada. Na osnovu najnovijih podataka spomenutog istraživanja, najveća plaća žena zaposlenih u sektoru ekonomije, bankarstva, iznosi 1.256 KM, dok je najveća plaća muškaraca 1.483 KM, a kada je pak u pitanju viši menadžment, žene imaju plaću 2.040 u prosjeku, a muškarci 2.368 KM. Dakle, generalno u Bosni i Hercegovini muškarci zarađuju 15,7% više od žena na istim pozicijama.

Prema podacima Eurostata iz 2019. godine možemo vidjeti da je prosječna razlika u plaćama u Hrvatskoj 11,5%, dok je na razini cijele Europske unije razlika u plaćama između muškaraca i žena 14,1%. Najveća razlika zabilježena je u Estoniji, 21,7%, a najmanja u Luksemburgu, 1,3%. Najveća razlika u plaćama između muškaraca i žena je na menadžerskim pozicijama – žene su plaćene oko 23% manje u odnosu na muške kolege koji obavljaju isti posao. Ako se govori o ukupnim zaradama u Europskoj uniji, razlika između muškaraca i žena je 37%. Rezultat je to činjenice da su najviše pozicije koje su najbolje plaćene rezervirane najčešće za muškarce – na razini predsjednika uprave žena je tek 6,9%.²⁷ Sve izloženo dovodi do toga da žene postaju socijalno osjetljiva skupina jer manje plaće vode do manjih mirovina što žene trajno stavlja u nepovoljniji položaj, narušava im životni standard i dovodi do rizika da u starijoj životnoj dobi žive na rubu siromaštva.

Nameće se pitanje zašto takve razlike uopće postoje, jesu li one neutemeljene ili se ovdje zapravo i ne radi o obliku diskriminacije, nego je razlika u plaćama rezultat slobodnog izbora zanimanja? Postojanje izloženih, neopravdanih razlika u plaći nam daje pozitivan odgovor na prvo pitanje, ali s druge strane postoje česti argumenti da žene češće biraju slabije plaćene poslove zbog kojih lakše mogu uskladiti obiteljske i profesionalne obveze.

Podaci pokazuju da je samo 9% žena barem nekad unajmilo plaćenu pomoć u kući zbog kućanskih i ostalih obiteljskih obaveza. Kao što je i očekivano, žene iz domaćinstava sa boljim imovinskim stanjem su značajno češće unajmljivale ovakvu vrstu pomoći. Svaka druga žena (52,8%) je barem jednom u životu

²⁶ Strategija zapošljavanja u BiH 2010–2014, str. 15.

²⁷ Dostupno na: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics

zbog kućanskih poslova i ostalih porodičnih obaveza morala znatno smanjiti vrijeme spavanja na duže vremensko razdoblje. Na gubitak sna značajno ne utiče broj djece, ni stupanj i smjer podjele poslova u okviru domaćinstva, ali, iznenađujuće, žene iz porodica sa boljim imovinskim statusom su značajno češće morale smanjiti vrijeme spavanja na duže vremensko razdoblje. Moguće je zato što generalno imaju više poslovnih obaveza, zbog čega im je teže uskladiti poslovne i privatne obaveze, te ih onda moraju obavljati i u vrijeme predviđeno za spavanje.²⁸

Izloženi problem nejednakih plaća povezan je sa efektom staklenog stropa, jer upravo zbog njegovog postojanja dolazi do tih razlika, posebno kada se uzme u obzir da one nisu rezultat lošijeg obrazovanja. Neutemeljeno i neopravdano uskraćivanje napredovanja žena da bi na isto mjesto došao muškarac samo produbljuje ionako sramotnu razliku plaćenosti žena i muškaraca.

4.2. Stereotipi, predrasude i žene na rukovodećim pozicijama u BiH

Nedostatak literature u oblasti spola u organizaciji i menadžmentu zajednička je karakteristika svih tranzicijskih zemalja. Razlozi su za to različiti, uključivši tendenciju da se (ne)jednakost spolova nije tretirala kao relevantna u komunističkim društvima. Bosna i Hercegovina jedna je od tranzicijskih zemalja suočena s gotovo istim problemima i izazovima zajedničkim za cijelu tranzicijsku regiju. Pozicija naše zemlje specifična je i dodatno komplicirana zbog ratnog iskustva kroz koje je prošla i zbog veoma komplicirane političke i ukupne institucionalne strukture ustanovljene u poslijeratnom razdoblju. Mnoga pitanja iz različitih znanstvenih oblasti još uvijek „čekaju“ da budu prepoznata kao bitna i da budu na odgovarajući način tretirana u znanstvenim krugovima u ovoj zemlji.²⁹ Prema posljednjim izvještajima International Labor Organization (ILO), iako žene predstavljaju čak više od 40% ukupne svjetske radne snage, njihov udio u menadžerskim pozicijama u mnogim zemljama vrlo rijetko prelazi 20%. Neki strani autori govore o pragu od 5% žena na najvišim menadžerskim pozicijama, ali je taj prag nedostižan čak i za najrazvijenije države kao što su UK, Kanada ili pak zemlje Europske unije. Upravo ovo sporo kretanje žena na najviše hijerarhijske razine u tvrtkama često se pripisuje efektu „glass ceiling“.

²⁸ Utjecaj rodne podjele porodičnih i kućanskih poslova na profesionalni život zaposlenih žena u Bosni i Hercegovini, Agencija za ravnopravnost spolova Bosne i Hercegovine Ministarstva za ljudska prava i izbjeglice Bosne i Hercegovine, 2020, str. 30.

²⁹ Penava, S., Šehić, S., *Žene u menadžmentu bosanskohercegovačkih kompanija*, Ekonomski pregled, vol. 58, br. 5-6, 2007, str. 306.

Sukladno podacima Gender akcionog plana Bosne i Hercegovine za period od 2018. do 2022.³⁰ na većini rukovodećih pozicija u državnoj službi u ministarstvima BiH su muškarci sa čak 78,5%, pri čemu u tri ministarstva uopće nema žena – rukovodećih državnih službenika, a u dva ministarstva svega 20% rukovodećih državnih službenika su žene. Ovi podaci su vrlo zabrinjavajući imajući u vidu da u državnoj službi na nivou institucija BiH radi više žena (oko 55%). U institucijama FBiH i RS spolna struktura pokazuje veći broj žena – državnih službenika (53% u FBiH i 57,8% u RS), ali je njihova zastupljenost manja na rukovodećim pozicijama, što govori podatak da je postotak zastupljenosti muškaraca na rukovodećim mjestima u državnoj službi u oba entiteta oko 59%.

Podatak koji je jako važno istaknuti je sudjelovanje žena u pravosudnoj vlasti, koje dostiže čak 64% na nekim nivoima vlasti (članovi Visokog sudskog i tužiteljskog vijeća BiH i pretežno na lokalnom nivou), a manji postotak odnosi se na žene na rukovodećim pozicijama u pravosuđu (40% za sudove, te 16,6% za tužiteljstvo). Međutim, postoji nesrazmjer između broja žena koje rade u sudstvu i broja žena koje se nalaze na visokim funkcijama u pravosudnim organima ili sudovima više nadležnosti. Na mjestima moći i odlučivanja žene se i dalje suočavaju sa fenomenom staklenog stropa.

Realizirane su različite zakonske i političke mjere s ciljem povećanja sudjelovanja kao i uticaja žena u javnom i političkom životu. Međutim, žene su, sa izuzetkom pravosuđa, i dalje manje zastupljene u javnom životu i donošenju odluka, i primjetan je trend tradicionalnog shvaćanja rodnih uloga u javnom i privatnom životu. Zakonom o izmjenama i dopunama Izbornog zakona BiH³¹ i njegovim usklađivanjem sa Zakonom o ravnopravnosti spolova u BiH kvota za manje zastupljen spol za liste kandidata i kandidatkinja povećana je na 40%, što je doprinijelo zastupljenosti žena na kandidatskim listama, ali nije polučilo željene rezultate u izbornim rezultatima kandidatkinja koje su u predstavničkim tijelima još uvijek izuzetno podzastupljene.

U okviru ograničenog opsega izvora koji istražuju problematiku žena u menadžmentu u Bosni i Hercegovini jedno istraživanje se posebno istaknulo (Penava, Šehić), autori su proveli empirijsko istraživanje o ženama u menadžmentu bosanskohercegovačkih tvrtki, te su istraživali o temama kao što je udio žena u radnoj snazi, relevantnost problematike spola u bosanskohercegovačkom društvu, uloga žene u bosanskohercegovačkom društvu, te o karakteristikama uspješnog

³⁰ Gender akcioni plan Bosne i Hercegovine za period od 2018. do 2022. https://arsbih.gov.ba/wp-content/uploads/2018/11/GAP-BiH-2018-2022_B.pdf

³¹ „Službeni glasnik BiH“, broj 18/13.

menadžera – temi koja posebno važna za proučavanje razloga postojanja staklenog stropa. Naime, od sugovornika se tražilo da definiraju prototip uspješnog menadžera u smislu osobnih karakteristika i vještina koje smatraju najvažnijima, te su kompetentnost, osobni integritet, komunikativnost i energija spomenuti kao najvažnije osobine uspješnog menadžera. Nijedan od intervjuiranih menadžera ne vidi nikakvu razliku između muškaraca i žena u tim karakteristikama. Ipak, drugačiji su nalazi dobiveni kada su sugovornici zamoljeni da usporede dva spola prema osobnim osobinama koje se, za uspješnost menadžera, spominju u klasičnoj literaturi menadžmenta, a to su ambicija i samopouzdanje. Naime, većina intervjuiranih menadžera vidi žene kao manje ambiciozne od muškaraca i to pripisuju razlikama u životnim prioritetima. Nedostatak samopouzdanja kod žene spomenule su upravo ženske sugovornice kao nešto što bi moglo utjecati na njihove šanse za vodeće menadžerske pozicije. *A priori* pretpostavka kojom se ušlo u razgovor bila je percepcija efikasnog menadžera kao nekoga tko je „kao muškarac“ i to razmišljanje vodi tome da oni koji odlučuju o menadžerskim pozicijama preferiraju muške kandidate. Naime, upravo ovakvi dokazi postojanja fenomena „think manager – think male“ pronađeni su širom svijeta.

5. UZROCI PODZASTUPLJENOSTI ŽENA NA RUKOVODEĆIM POZICIJAMA

Kada se govori o razlozima zašto se žene u tako malom broju nalaze na vrhovima hijerarhijskih ljestvica u tvrtkama, to se najčešće objašnjava različitim stereotipima, neopravdanim i pogrešnim generalizacijama o odnosima, prioritetima ili mogućnostima muškaraca u odnosu na žene. Ovo su neki pokušaji da se pojasni takvo postupanje i manjak žena na čelnim položajima u tvrtkama:³²

- I. Ženama se uvijek teško uključiti u muške grupe koje se formiraju unutar tvrtki i koje su još uvijek veoma važne prilikom otvaranja mogućnosti i stjecanja poznanstava koja mogu dovesti do napredovanja. Time se žena isključuje iz neformalnih mreža unutar tvrtke, što na kraju dovodi do mogućeg manjka unutarnjih informacija koje se u takvim grupama šire i koje mogu olakšati napredovanje i poslovanje.
- II. O ženama još uvijek postoje mišljenja da nemaju kvalitete koje su potrebne da bi se bilo vođa i da na tom putu nisu dovoljno ambiciozne. Predrasuda je to koja sprečava poslodavce da im povjere tu ulogu, iako

³² Jergovski, A., *Stakleni strop. Granice u napredovanju žena na radnom mjestu*. Obnovljeni život, 2010, str. 408.

često ne postoji nikakav vanjski pokazatelj koji bi na to upućivao.

- III. Kao još jedan razlog za manjak žena na visokim položajima navodi se i nedostatak uzora. Na tim pozicijama broj žena je premalen, pa one nemaju pomoć osobe koja bi ih mogla uvesti u taj posao ili im pokazati kako ga raditi. Što više žena u budućnosti bude dobivalo povjerenje za mjesto u vođstvu tvrtke, to će ih se više odlučivati na konkuriranje za više položaje.
- IV. Postoje i različiti stereotipi o ženama koji vladaju u poslovnom svijetu, a uključuju umanjivanje njihovih sposobnosti i zasluga.³³ Tako se, kada muškarac inzistira na detaljnim podacima, za njega obično govori da je analitičan, dok žena cjepidlači. Jednako tako, u muškaraca se cijeni temeljitost, a u žene je svaka temeljitost označena kao sporost; neobavljanje posla kod muškaraca znači prezaposlenost, a kod žene nesposobnost. To su kalupi u koje su žene stavljene i izvan isključivo poslovnog svijeta. Ovakva i slična omalovažavanja zadržala su se još od davnih patrijarhalnih vremena kada je žena imala podređenu ulogu u odnosu na muškarca. Ovakvi stereotipi su, nažalost, još uvijek dio naše stvarnosti, i žene se s njima suočavaju na radnom mjestu, gdje se nerijetko moraju dodatno iskazivati kako bi im se zasluge vrednovale jednako zaslugama muških kolega.
- V. Možda je jedan od najvećih, zapravo najistaknutijih razloga postojanja već uvriježenog i konzervativnom tradicijom opterećenog mišljenja o ženama i njihovim karijerama, odnosno prioritetima. Takva razmišljanja isključuju ženske poslovne ambicije i karijeru jer se pretpostavlja da žena ne može uskladiti poslovne i obiteljske obveze. Žena se stavlja u situaciju da je primorana birati između karijere i obitelji, a i ako uspije uskladiti ta dva aspekta svog života, još uvijek joj za napredovanje treba više vremena nego muškarcu. Ta je zadržka i prolongiranje uspjeha posljedica oklijevanja koje poslodavci pokazuju prilikom unapređivanja žena, izazvanog nepovjerenjem ili pak strahom od promjene prioriteta i utjecaja obitelji na posao. Upravo ovakvim odnosom dodatno se potiče sekularizacija društva jer se osobe prisiljavaju na izbor između dvije opcije, od kojih je jedna osnovna društvena i vjerska jedinica – obitelj.

Usprkos možda i opravdanom strahu poslodavca da će posao patiti zbog

³³ Vidi Pettigrew, T. F., *Prejudice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1982, str. 1–30.

obiteljskih obveza, žena i dalje ne bi trebalo da bude žrtvom društvene uloge koja se od nje očekuje. Naime, za razliku od drugih oblika diskriminacije koji mogu biti prisutni na radnim mjestima, diskriminacija koja pogađa žene duboko je ukorijenjena u samu svijest ljudi, pa zbog toga žene koju su jednako kvalificirane za neko radno mjesto nerijetko ostanu bez željenog položaja ako za to isto mjesto konkurira muškarac. Uskraćivanje željene i zaslužene pozicije zbog fizičkih odrednica na koje osoba ne može utjecati se ne bi smjelo odobriti ni od kojeg etičkog savjeta i zabrana takvih postupaka bi trebalo da bude sadržana u kodeksima svih poslovnih subjekata.

6. ZAKLJUČAK

Najznačajnija karakteristika povijesne emancipacije žena bio je njihov masovni ulazak na tržište rada. Nakon dugog perioda gotovo pune zaposlenosti žena u Bosni i Hercegovini, danas se ponovo javljaju problemi manjeg sudjelovanja žena na tržištu rada, kao i dužeg čekanja na prvi posao, ili dugotrajnih prekida u radnom stažu zbog porođiljnog odsustva ili njege bolesnih ili starijih članova obitelji. Ovo su sve problemi koji i dalje više pogađaju žene. Sudjelovanje žena na tržištu rada i jednake mogućnosti za njihovo zapošljavanje najčešći su pokazatelji emancipacije žena. Osim toga, bez sudjelovanja žena u radnoj snazi jedne zemlje nema stvarnog ekonomskog napretka i rasta, ekonomska emancipacija žena smatra se preduvjetom za ravnopravnost spolova jedne zemlje

Bosna i Hercegovina je tradicionalno društvo, društvo u kojem se žene svaki dan bore za bolji položaj. Ustaljeni stereotipi o ulozi žene u društvu, niže plaće i duža razdoblja nezaposlenosti samo su neki od problema s kojima se suočavaju žene u Bosni i Hercegovini. Proces uvođenja rodne ravnopravnosti u sve oblasti društvenog života u Bosni i Hercegovini zahtijeva, prije svega, djelovanje u smislu promjene svijesti i povećanja znanja o uzrocima i posljedicama diskriminacije na osnovu spola. Stoga je ovo vrlo dugotrajan proces koji zavisi od brojnih društvenih okolnosti i utjecaja na globalnom, regionalnom i lokalnom nivou, te naravno zahtijeva korjenito restrukturiranje i reformu institucionalnih politika.

Primjeri neravnopravnosti spolova najuočljiviji su kada je u pitanju sudjelovanje žena u javnom i političkom životu, zatim njihov položaj na tržištu rada koji je karakterističan po višestrukoj opterećenosti žena u domenu tržišne ekonomije, te povećano nasilje nad ženama, uključujući i nasilje u porodici. Evidentno je postojanje elemenata „staklenog stropa“ kada su u pitanju žene i

muškarci na tržištu rada u Bosni i Hercegovini.

Ravnopravnost spolova znači da su muškarci i žene jednako zastupljeni u svim područjima javnog života, imaju jednak status, jednake mogućnosti za ostvarivanje prava, te jednaku korist od ostvarenih rezultata. U posljednjih deset godina u Bosni i Hercegovini su uloženi veliki naponi na razvijanju domaćeg pravnog, institucionalnog i političkog okvira za primjenu načela ravnopravnosti spolova. Institucionalni mehanizmi za ravnopravnost spolova uspostavljeni su u sistemu zakonodavne i izvršne vlasti na svim nivoima kao dio ukupnog nastojanja poboljšanja stanja ravnopravnosti spolova, no akti sami po sebi neće promijeniti situaciju o položaju žena ako se dosljedno ne provode u stvarnosti, stoga su potrebni dodatni naponi da se sve zamišljeno i napisano provede u praksi.

Kontinuiranim radom, te samosvjesnosti o vlastitim vrijednostima, moguće je razbiti nevidljive barijere koje sprečavaju put ka napredovanju. Mukotrpan rad i dug put ostaju ženama i njihovoj volji da mijenjaju situaciju sebi u korist. Žene moraju uzeti stvar u svoje ruke, osvijestiti svoju neravnopravnu poziciju, te se aktivno i odlučno suprotstaviti diskriminiranju.

7. LITERATURA

1. Baretto, M., Ryan, M. K., Schmitt, M. T., *The Glass Ceiling in the 21.st Century*, Washington, 2009.
2. Bašić, S., Miković, M., *Rodne (ne)jednakosti na tržištu rada u BiH*, Udruženje žene ženama, Sarajevo, 2012.
3. Bilić, A., *Diskriminacija u europskom radnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 44, 2007.
4. Bogut, Z., *Diskriminacija na tržištu rada*, Ekonomska misao i praksa, vol. 8, br. 1, 1999.
5. Burušić-Barčan, I., Burušić, J., *Stakleni strop – zastarjeli pojam ili realnost?*, ETeR – ekonomija, turizam, telekomunikacije i računarstvo, vol. 3, br. 3, 2021.
6. Cotter, D., Hermsen, J. M., Ovadia, S., Vanneman, R., *The Glass Ceiling Effect*, 2001.
7. Dipboye, R. L., Colella, A., *Discrimination at Work*, New Jersey, 2005.
8. Gasmı, G., *Strateško-pravni okviri EU o ravnopravnosti polova – Značaj za Srbiju*, Strani pravni život, no. 1, 2015.
9. Gender akcioni plan Bosne i Hercegovine za period od 2018. do 2022.
10. Herman, V., Vinković, M., *Ravnopravnost spolova – Ogledi o izabranim pitanjima Europskog i hrvatskog radnog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2003.
11. Jergovski, A., *Stakleni strop. Granice u napredovanju žena na radnom mjestu*. Obnovljeni život, 2010.
12. Klešić, Z., Šunjić, L., Klepić, I., *Utjecaj stanja i aktivnosti u organizacijama na prepreke*,

- zasupljenost i uspješnost žena kao top menadžera*, South Eastern European Journal of Communication 1, br. 1, 2019.
13. McConnel, R.C., Brue, L.S., *Economics, Principles, Problems and Policies*, McGraw Inc., New York, 1996.
 14. Nedović, M., Ivanković, D., Mišćević, D., *Stakleni strop – položaj žena u sustavu znanosti*, Obrazovanje za poduzetništvo, vol. 5, Br. 1, 2015.
 15. Penava, S., Šehić, S., *Žene u menadžmentu bosanskohercegovačkih kompanija*, Ekonomski pregled, vol. 58, br. 5–6, 2007.
 16. Pettigrew, T. F., *Prejudice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1982.
 17. Prljčić-Samardžija, S., Avelini Holjevac, I., Turk, M., *Žene u znanosti – stakleni strop*, Društvena istraživanja, br. 18, 2009 (str. 1049–1073).

Ivo Rozić, PhD, Full professor
Ana Džida, LL.M.

„GLASS CEILING“ IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: *The phrase „glass ceiling“ means processes and activities preventing the advancement of women to higher hierarchical levels in the organization. The attitude „men are more capable of performing managerial and leadership jobs“ is common to most societies in the world. However, social development also changes the position of women, because they are continuously educated and increasingly want to participate in management jobs. The issue of gender equality, women's rights and their place in the working environment is becoming more relevant for the entire social life. The aim of this paper is to point out the unfavorable position of women on the labor market in Bosnia and Herzegovina, from the underpayment of women at all levels, to the delayed access to leading positions. The lack of literature on this topic is an indication that this topic has not been sufficiently researched and is still not a priority of the modern society. There is little research interest from academic circles, business people and even the media. However, it can be concluded that there are small shifts, but it is undeniable that women today have a hard time breaking through the glass ceiling – the impenetrable barriers that stand in the way of their progress at work.*

Key words: *glass ceiling; women; discrimination; companies; advancement.*

РЕФЛЕКСИЈЕ ЗАКОНА О ИЗМЈЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О РАДУ НА СИСТЕМ ПЛАТА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ, СА ОСВРТОМ НА УРЕЂЕНОСТ ПЛАТА У ЈАВНОМ СЕКТОРУ

Др Рајко Кличковић,¹
Милан Ђурановић²

Апстракт: Циљ овог рада је да анализира и укаже на рефлексije Закона о измјенама и допунама Закона о раду на систем плата у Републици Српској у цијелини и да учини осврт на уређеност плата у јавном сектору. Током анализе имали смо у виду чињеницу да Устав Републике Српске гарантује право на зараду (плату) у складу са законом и колективним уговором и да се само тим актима могу уређивати плате у Републици Српској. Један од тих закона је Закон о раду као општи пропис из области рада којим се, поред осталог, уређују и плате и чије су се двије измјене и допуне углавном односиле на дио закона којим се уређују плате.

Тренутно, у Републици Српској плате су уређене Законом о раду, колективним уговорима (за неке области) и законима за запослене у републичкој управи и другим сегментима јавне управе, што намеће потребу анализе система плата и одговора да ли је ријеч о флексибилном или ригидном начину уређивања плата у Републици Српској.

Због великог броја закона којима се уређују плате и непостојања Општег колективног уговора и скоро свих гранских уговора у реалном сектору с пуним правом се поставља питање да ли су плате у Републици Српској уређене у складу са Уставом.

Приликом доношења Закона о раду, који као општи пропис уређује

¹ Ванредни професор Факултета правних наука Универзитета за пословне студије Бања Лука, rajkoklickovic@hotmail.com

² Директор Центра за пружање бесплатне правне помоћи Републике Српске, m.djuranovic@mpr-centar.org

плате, било је иницијатива да се упрости начин уређивања плата и да се одређивање плата врши на флексибилан начин и то у већини области колективним уговорима, а само у републичкој управи законом. У том правцу се није ишло већ су 2018. и 2021. године измијењене одредбе у Закону о раду у циљу преласка на модел бруто обрачуна плата у Републици Српској, што је захтијевало и измјене закона о платама, јер се другачије одређују и дефинишу појам плате и бруто плате.

Кључне ријечи: уређивање плата, систем плата, одређивање плата, бруто плата, бруто обрачун плата.

1. УВОД

У Републици Српској област рада и запошљавања нормативно је у потпуности заокружена и подразумијева и прописе којима се регулишу плате запослених. Право на плату је основно и неотуђиво право радника из радног односа које се остварује за извршени рад, у складу са законима и колективним уговорима.

Право на плату у Републици Српској гарантовано је Уставом Републике Српске, чланом 39 став 5 прописано је “свако по основу рада има право на зараду, у складу са законом и колективним уговором”.

Питање плата (зарада) и осталих примања радника представља једно од главних питања из области рада и запошљавања, због којег се углавном води социјални дијалог и врши колективно преговарање у Републици Српској.

Када се анализира систем плата у Републици Српској, уочљиве су одређене аномалије које се огледају у различитом начину уређивања плата у законима, колективним уговорима и другим прописима којима се регулишу плате, зависно од подручја гране и дјелатности о којој је ријеч. У овом раду ћемо указати на те аномалије и разлике које тренутно карактеришу систем плата у Републици Српској, то јест учинити осврт на уређеност плата у јавном сектору.

Доношењем новог Закона о раду³ покушало се квалитетније уредити питање плата за обављени рад и вријеме проведено на раду. За разлику од претходних законских рјешења прецизније су дефинисани појам плате, бруто плата, основна плата и елементи за утврђивање плата, те питање увећања плата по основу радног стажа у висини 0,3% за сваку годину радног стажа.

³ Службени гласник Републике Српске, број 1/16.

Иако је овај закон упућивао на колективне уговоре, без којих нема потпуне примјене самог закона, до данас није дошло до закључивања Општег колективног уговора, ни посебних колективних уговора у подручјима и дјелатностима у привреди. То је стварало велике проблеме у примјени и остваривању права на плате и друга примања радника јер су послодавци жељели да сва питања у вези са платама уређују општим акти-ма⁴, а синдикати су захтијевали закључивање колективних уговора којима би се уредила сва питања везана за плате, накнаде, увећања плата и друга примања радника.

Кроз двије измјене Закона о раду Влада Републике Српске је покушала повећати плате радницима преласком на обрачун плата по бруто моделу. Измјенама Закона о раду из 2018. године другачије је дефинисана плата, тако да више није постојао институт нето плате, него плата прије опорезивања. Те измјене Закона о раду припремало је Министарство финансија, а не министарство надлежно за област рада, због чега та законска рјешења нису била довољно јасна и било је проблема у њиховој практичној примјени, јер су се односиле и на друге одредбе Закона о раду које је требало мијењати. Такође, Министарство финансија је тада, заједно са другим надлежним министарствима, припремило нове законе о платама с циљем да се ослобађањем од пореза на плате до 500,00 КМ повећају плате запослених у Републици Српској. Министарство финансија је предложило, што је усвојено у свим законима, да у коефицијенту као једном од елемената за утврђивање односно обрачуна основне плате буде садржан порез на доходак, тако да је и код обрачуна плата било проблема у пракси, јер се прешло на модел бруто обрачуна плата, али не у потпуности, јер су недостајали доприноси.

Тек крајем 2021. године Влада Републике Српске је утврдила нову, али потпунију методологију за обрачун плата, која је заједно са измјенама Закона о порезу на доходак и Закона о доприносима у коначници довела до повећања нето плата радника. С обзиром на то да је према овим рјешењима основица за обрачун пореза на доходак бруто плата, то представља разлику у односу на ранија законска рјешењима којима је било прописано да је основица за обрачун пореза на доходак плата прије опорезивања, па након измјена Закона о раду бруто плата укључује порез на доходак и доприносе који се исплаћују.

⁴ Велики број послодаваца нема акте којима уређују плате већ им је главно мјерило код одређивања плата најнижа плата у Републици Српској.

Закон о измјенама и допунама Закона о раду био је дио сета мјера за повећање плата запослених у Републици Српској, будући да се предложеним измјенама других закона Република Српска одриче дијела доприноса, чиме су се плате запослених увећале за одређени износ.

Измјене Закона о раду нису у очекиваној мјери утицале на уређивање система плата у Републици Српској јер други прописи нису водили рачуна о томе да је Закон о раду општи пропис који регулише право на плату, дефинише појам плате, прописује елементе и начин одређивања плата, увећања плата и друга питања која су ти прописи игнорисали па су се јавиле одређене аномалије у систему плата које се могу благо назвати дискриминацијом међу радницима, када је ријеч о остваривању права на плату у Републици Српској, које ћемо даље приказати у раду кроз обраду појединих питања.

УРЕЂИВАЊЕ ПЛАТА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

2. ПРОПИСИ КОЈИМА СЕ РЕГУЛИШУ ПЛАТЕ

У Републици Српској постоји низ прописа којима се уређују плате и остала примања запослених лица. Ту могућност дала је одредба члана 39 став 5 Устава Републике Српске, којом је прописано да „свако по основу рада има право на зараду, у складу са законом и колективним уговором“. Због тога, поред Закона о раду, имамо девет закона којима се уређују плате и три одлуке државних органа.

Плате запослених у приватном сектору, привредним друштвима, банкама, задругама, удружењима и установама, односно код сваког правног и физичког лица које раднику на основу уговора о раду даје запослење, уређују се Законом о раду и колективним уговорима⁵ осим у случају неких јавних служби које се финансирају из Буџета Републике Српске (школе, установе културе итд.), гдје се плате регулишу искључиво законима.

Плате запослених у републичким органима, републичким управама и републичким управним организацијама и организацијама јавних служби које се финансирају из Буџета Републике од јануара 2008. године уређују се законима. Народна скупштина Републике Српске је крајем 2007. године донијела посебне законе којима је уредила питање плата у наведеним подручјима.

⁵ Ступањем на снагу Закона о измјенама и допунама Закона о раду („Службени гласник Републике Српске број: 119/21), право на плату се остварује искључиво у складу са законима и колективним уговорима.

Ови закони често су мијењани и допуњавани искључиво због смањења плата у тим секторима, па умјесто да се мијења цијена рада, која је јединствена, измјенама и допунама закона о платама смањивани су коефицијенти као један од елемената за одређивање, односно обрачун основне плате. Посљедње измјене тих закона извршене су скупа са сетом финансијских прописа у којима су такође мијењани коефицијенти због тога што су увећани за порезе и доприносе. Ти закони су ступили на снагу 01.01.2021. године⁶.

Поред наведених прописа, плате и остала примања у Републици Српској уређују се и одлуком Владе, за министре односно чланове Владе Републике Српске, одлукама предсједника Републике Српске и предсједника Народне скупштине за њихове службе.

Када анализирамо прописе којима се у Републици Српској уређују плате, долазимо до закључка да се за већину запослених плате уређују законима, а за мањи дио колективним уговорима. Видљиво је да се законима, поред запослених у републичким органима, републичким управама и републичким управним организацијама и организацијама јавних служби у области здравства, правосуђа и просвјете такође уређују законима, чиме се умањује значај колективних уговора код одређивања плата.

Друштвено-економско уређење Републике Српске темељи се на тржишној привреди па би и начин одређивања плата код нас требало да буде сличан као у осталим земљама тржишне привреде, које поред заједничких принципа и обиљежја имају доста различитих приступа уређивању плата. Разлике у системима плаћања радника тичу се прије свега висине у којој се одређује гарантована зарада и значај који се придаје одређеном нивоу колективних уговора о раду при уређивању зарада. Отуда и подјела на ригидне и флексибилне платне системе.⁷

Имаући у виду да ригидан платни систем оставља мање слободе послодавцу код одређивања плате раднику путем колективног и индивидуалног уговора о раду него флексибилан платни систем по питању одређивања најниже плате и нивоима колективног преговарања о платама, одговорно можемо рећи да је у Републици Српској присутан ригидни платни систем, односно ригидан начин уређивања плата запослених, што треба да се промијени с обзиром на посљедње измјене Закона о раду.

⁶ Преглед свих закона о платама садржан је у попису коришћених прописа.

⁷ Бранко А, Лубарда, Лексикон индустријских односа, НИП „Радничка штампа“, Београд, 1997, стр. 150.

3. ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ПЛАТУ, ПОЈАМ И ДЕФИНИЦИЈА ПЛАТЕ

Плата је право које се стиче радом, примјеном принципа за исти рад једнака плата код истог послодавца. Плата за обављени рад и вријеме проведено на раду одговара појму плате. Међутим, дио плате је и увећање плате прописане законом и колективним уговором и уговором о раду, као и друга примања по основу радног односа. С пуним правом се поставља питање да ли се друга примања могу сматрати платом.

У овом дијелу рада бавићемо се тим питањем.

Према Закону о раду, укључујући посљедње измјене тог закона,⁸ радник остварује право на бруто плату у складу са колективним уговором, што значи да закон питање права на плату сада уређује конкретно а не уопштено (широко) као што је било прије измјена и допуна Закона о раду. Међутим, колективним уговорима и правилником о раду, гдје нема услова за закључивање уговора, те уговором о раду регулишу се мјерила и други критеријуми за вредновање рада.

Када је дефиниција плате у питању, Закон о раду не даје јасну и прецизну дефиницију плате већ прописује од чега се она састоји. Посљедњим измјенама промијењен је члан 121 Закона и њиме је прецизније дефинисано од чега се састоји бруто плата и дата је дефиниција бруто плате. Бруто плата састоји се од основне плате и увећања плате прописаних овим законом, колективним уговором и уговором о раду, пореза на доходак и доприноса. Законом, колективним уговором или уговором о раду може се одредити другачији начин одређивања плате, који не може бити неповољнији за радника од начина обрачуна плате како је прописао овај закон. Бруто плата умањена за порез на доходак и доприносе је нето плата радника.

Законско рјешење које даје могућност другачијег уређења плате веома је значајно из практичних разлога јер има послодаваца који на другачији начин уређују плате (на примјер умјесто цијене рада као једног од елемената имају цијену сата) али и такав обрачун мора имати елементе које прописује закон и правилник о писменом садржју обрачуна плате.

Преласком на систем бруто плата, раднику се плата обрачунава и исказује у бруто износу па зато поред износа који се исплаћује раднику

⁸ Наведена измјена настала је из потребе усклађивања ове одредба са чланом 39 став 5 Устава Републике Српске, према којој свако по основу рада има право на зарду, у складу са законом и колективним уговором.

(нето плата) садржи износе који се издвајају по основу пореза и доприноса.⁹ Посебни прописи којима су уређени доприноси и порези су Закон о доприносима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 1143/17, 112/19, 498/21 и 119/21) и Закон о порезу на доходак Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 60/15, 51/16, 66/18, 105/19, 123/20, 49/21 и 119/21).

У јавном сектору, у којем је плата прописана и уређена са горе наведеним законима о платама, плата се састојала од основне плате, увећања плате и накнада прописаних законом, а тако утврђена плата представља плату прије опорезивања порезом на доходак, док је бруто плата представљала плату увећану за доприносе. У свим наведеним елементима који чине плату био је садржан порез. Након измјена и допуна свих закона о платама крајем 2021. године дошло је до битних измјена у саставу, односно структури плате, на начин да више не постоји плата прије опорезивања, већ је прописано да плата која се састоји од основне плате, увећања плата и накнада прописаних законом представља бруто плату, а у коефицијенту као елементу који чини такву структуру плате садржани су порез на доходак и доприноси. У посебним законима о платама, дефинисано је да је основна плата радника производ цијене рада као израза вриједности за најједноставнији рад и коефицијента утврђеног према платној групи и подгрупи, без додатних елемената који би нам помогли у идентификацији ових накнада.

Законом о раду јасно су прописани елементи од којих се састоји основна плата радника, посебним законима о платама су такође одређени ови елементи, па је нејасно зашто је законодавац и на који логичан начин одредио да су у износ основне плате уграђени порез на доходак, доприноси те накнаде појединих трошкова, знајући при томе да трошкови морају бити потврђени или доказани неком од вјеродостојних докумената којима ће се потврдити да су они стварно настали те њихова висина. Овакав начин нормирања у великој мјери доводи до правне несигурности и до својеврсне дискриминације у погледу остваривања елементарних права радника на плату и накнаде трошкова које су радници имали у процесу рада, а који падају на терет послодавца.

⁹ Правилник о садржају писменог обрачуна плате („Службени гласник Републике Српске“, број 18/22).

4. НАЧИН ОДРЕЂИВАЊА ПЛАТЕ

Кад говоримо о начину одређивања плате морамо имати у виду чињеницу да се под појмом плате подразумева плата која се састоји од основне плате и увећања плате прописаних овим законом, колективним уговором и уговором о раду, пореза на доходак и доприноса, па ћемо углавном приказати начин одређивања основне плате. Основна плата одређује се на основу услова потребних за рад на пословима за које је радник закључио уговор о раду утврђених колективним уговором, општим актом и времена provedеног на раду.

Услови за рад утврђују се правилником о организацији и систематизацији послова, а тичу се послова за које је радник закључио уговор о раду. Ти услови су степен стручне спреме, радна способност, радно искуство и други посебни услови за рад на пословима који су раднику повјерени. Вријеме provedено на раду утврђује се на основу распореда радног времена у смислу одредаба о пуном и непуну радном времену. Пуно радно вријеме омогућава пуну плату и са њим је изједначено скраћено радно вријеме. Непуно радно вријеме омогућава сразмјерну плату. С тим у вези основна плата се одређује према часовима извршеног, а не планираног, тачније према часовима provedеним на раду који се евидентирају свакодневно. Основна плата представља основицу за утврђивање увећања плате.

Елементи за одређивање основне плате су коефицијенти сложености посла у којима је сада садржан порез на доходак и доприноси¹⁰ и цијена рада, уколико законом и колективним уговором није другачије уређено. Коефицијенти сложености посла утврђени су гранским колективним уговорима, или посебним прописима¹¹ за јавни сектор и углавном зависе од степена стручне спреме, радне способности, радног искуства, сложености послова и других посебних услова за рад на пословима који су раднику повјерени. Цијену рада као елемент за обрачун плата одређују заједнички субјекти који су закључили колективне уговоре за области подручја и границе¹². Уколико цијену рада за подручје, област или грану не утврде субјекти

¹⁰ Члан 2 Закона о измјенама и допунама Закона о раду („Службени гласник Републике Српске“, број 119/21).

¹¹ У свих девет закона о платама у коефицијентима утврђеним према платним групама и подгрупама садржан је порез на доходак и доприноси.

¹² Цијену рада као елемент за обрачун плата у секторима у којима су плате уређене законима заједнички утврђују Влада Републике Српске и ререзентативни синдикат који дјелује у тој области.

који су закључили колективне уговоре, цијену рада одлуком утврђује Влада Републике Српске на приједлог Економско-социјалног савјета Републике Српске, а на основу захтјева заинтересоване стране то јест једне од учесница колективног уговора. Овакво рјешење у Закону о раду постављено је из практичних разлога јер је због односа међу субјектима колективног преговарања неизвјесно било када ће се и да ли ће се закључити колективни уговори.

Ситуација да Влада одређује цијену рада може се десити у пракси, а то се и десило. То значи да, када се деси да Економско-социјални савјет због непостигнутог консензуса не достави приједлог одлуке о висини цијене рада у року од 15 дана од дана пријема захтјева заинтересоване стране, одлуку о цијени рада тада доноси Влада Републике Српске у наредном року од 15 дана. Ово рјешење је потребно да се обезбиједи исплата плата у подручју, области или грани за коју није утврђена плата од стране субјеката колективног уговора. Ово представља обавезу за Владу јер је она као орган извршне власти дужна да обезбиједи функционисање система¹³.

Закон о раду допушта да се основна плата обрачуна у већем износу од основне плате утврђене на основу елемената из колективног уговора. Ово је могућност коју даје принцип повољности према којем се општим актима у односу на Закон о раду и уговором о раду у односу на колективни уговор дају већа права, а што подразумијева и већу основну плату углавном кроз цијену рада.

Свих девет закона о платама прописују да је основна плата запослених у свим секторима на које се односе закони „производ цијене рада као израз вриједности за најједноставнији рад и коефицијента утврђеног према платној групи и платној подгрупи“.

У свим тим законима прописано је да се основна плата увећава у одређеном проценту за сваку годину стажа осигурања, а не за сваку годину радног стажа као што је прописано Законом о раду, те да су наканде за топли оброк и регрес урачунате у износ основне плате и да се не могу посебно исказивати. Овако обрачуната основна плата не може бити нижа од најниже плате у Републици Српској. Због самог назива теме и ограниченог простора нећемо се бавити детаљније одређивањем плата које су уређене законима о платама.

Када је ријеч о одређивању плате, морамо имати у виду и плату приправника. Закон о раду је прописао доњу границу плате приправника, која

¹³ Члан 123 став 3 и 4 Закона о раду.

се одређује у износу не мањем од 80% од бруто плате за послове за које је закључен уговор о раду. С обзиром на то да закон одређује доњу границу плате приправника (најмање 80%), посебним законом, колективним уговором, општим актом и уговором о раду може се одредити и већа плата за рад приправника¹⁴.

Поред права на плату, приправник има право и на накнаду трошкова и друга примања, у складу са овим законом, општим актом и уговором о раду. Стога, осим могућег умањења плате од 20%, разлике између приправника и других радника, у погледу права из радног односа, не постоје. Према томе, колико ће износити плата приправника зависи од тога колико су колективним уговором, или актом послодавца вредновани послови које приправник обавља.

Начин одређивања и обрачуна плата након преласка на бруто плате додатно је уређен подзаконским прописима које је донио министар финансија, а тичу се обрачуна пореза на доходак, с обзиром на право на одбитак радника, као пореског обвезника.¹⁵

Право на одбитак уређено је Законом о порезу на доходак, према којем радник односно порески обвезник на лична примања има право на основни лични одбитак од пореске основице у висини 12.000 КМ годишње¹⁶ односно 1.000,00 КМ мјесечно тако што „исплатиоци мјесечне плате (личног примања) умањују пореску основицу у износу 1/12 одбитка из члана 10 овог закона приликом обрачуна мјесечне аконтације пореза на доходак и износ средстава оствареног одбитка уплаћују пореском обвезнику уз уплату личног примања“.¹⁷

У овом дијелу видљиве су велике разлике у начину одређивања плата, што директно доводи до дискриминације и различитог положаја радника и када је ријеч о остваривању права на плату

5. УВЕЋАЊЕ ОСНОВНЕ ПЛАТЕ

Закон о раду, као системски закон, прописао је право на увећање плате по више основа. Један од најзначајних основа за увећања плате је увећање

¹⁴ Члан 7 Закона о измјенама и допунама Закона о раду („Службени гласник Републике Српске“, број 119/21)

¹⁵ Правилник о поступку, начину обрачуна и остваривања права на ослобађање и права на одбитак од пореске основице пореза на доходак („Службени гласник Републике Српске“, бр. 68/18, 6/20 и 17/22).

¹⁶ Члан 10 став 3 тачка 1 Закона о порезу на доходак.

¹⁷ Члан 58 став 2 Закона о порезу на доходак.

плате по основу радног стажа. Увећање плате по овом основу износи 0,3% за сваку годину радног стажа, уколико другим законом, или колективним уговором није другачије уређено. То значи да се другим посебним законима може утврдити и већи износ увећања плате, а такође и колективним уговорима, поштујући принцип повољности. Ранијим законским рјешењем увећање плате износило је 0,5% за сваку радног стажа и било је уређено Општим колективним уговором и чинило је саставни дио основне плате. Досад је у пракси било случајева да је проценат увећања плате у неким дјелатностима и гранама био већи од процента који је био утврђен Општим колективним уговором. Основни разлог да се проценат увећања плате, као и неких других права у минимуму утврди Законом о раду, јесте чињеница да није закључен Општи колективни уговор, односно да су социјални дијалог и колективно преговарање у Републици Српској значајно нарушени у посљедње вријеме.

Како је већ наведено, посебним законима о платама у јавном сектору дефинисано је да је основна плата радника производ цијене рада као израза вриједности за најједноставнији рад и коефицијента утврђеног према платној групи и подгрупи, уз увећање плате по основу стажа осигурања које је утврђено законима и износи 0,3% за сваку годину стажа осигурања од навршених 25 година стажа осигурања, те 0,5% за сваку наредну годину након навршених 25 година стажа осигурања.

Када је ријеч о увећању плате, последњим измјенама Закона о раду уведена је новина да се плата, између осталог, увећава по основу радног учинка¹⁸, а дефинисано је шта се сматра радним учинком.

Поред увећања плате по основу радног стажа, плата радника се у складу са колективним уговором, општим актом и уговором о раду увећава по основу отежаних услова рада, прековременог рада, рада ноћу, рада празником и другим данима којима се по закону не ради. Из ове одредбе произлази чињеница да ће се висина увећања плате по овим основама утврђивати колективним уговорима, општим актима, од којих најчешће правилником о раду. Имајући у виду досадашњу праксу утврђивања висине увећања плате радника, сматрамо да се висина увећања мора утврдити колективним уговорима за подручје, област или грану и да се не може препустити да то увећање различито утврђују послодавци. Међутим, послодавци могу задржати висину увећања плата утврђену колективним уговором подручја,

¹⁸ Члан 6 Закона о измјенама и допунама Закона о раду („Службени гласник Републике Српске“, број 119/21)

области и гране којој припадају, или према принципу повољности утврдити већи износ увећања.

Закон о раду није прописао све случајеве увећања плате, али је предвидио могућност да се колективним уговором, општим актом и уговором о раду могу утврдити и други случајеви у којима радник има право на увећање плате. Ти случајеви увећања могли би бити увећања плате по основу: обављања високо сложених, најсложенијих и изузетно значајних послова; обављања послова под посебно отежаним условима рада; посебних резултата у раду, итд. Мишљења смо да би они могли бити само наведени у колективним уговорима подручја, области или дјелатности, а да се висина увећања утврди актима послодавца и уговором о раду, осим за обављање послова под посебно отежаним условима рада за које би и висина увећања требало да се утврди колективним уговорима и буде једнака за подручје, област или грану.

Основицу за обрачун увећања плате чини плата утврђена у складу са законом, колективним уговором, општим актом и уговором о раду.

Плате запослених у републичким органима¹⁹, републичким управама и републичким управним организацијама и организацијама јавних служби које се финансирају из буџета Републике увећавају се у складу са посебним прописима о платама, али је потребно нагласити да се плате не могу увећавати по основу прековременог рада. Запослени у овим институцијама за сваки сат рада који по налогу руководиоца раде дуже од пуног радног времена имају право на један сат компензирајућег радног времена. Вријеме проведено у прековременом раду прерачунава се тромјесечно у слободне дане и сате, које су запослени дужни искористити најкасније у року од шест мјесеци.

6. РОКОВИ И НАЧИН ИСПЛАТЕ ПЛАТА

Према одредби члана 126 став 1 Закона о раду, плата се исплаћује у роковима утврђеним општим актом и уговором о раду, најмање једанпут мјесечно, а најкасније до краја текућег мјесеца за претходни мјесец. То значи да је послодавац дужан обрачунати и исплатити плату у складу са општим актом и уговором о раду у периодима не дужим од 30 дана. Колективним уговором, општим актима и уговором о раду могу се утврдити и краћи рокови исплате плате, поштујући принцип повољности.

¹⁹ Члан 17 Закона о платама запослених у органима управе Републике Српске.

Плате се исплаћују само у новцу, на текући рачун радника, осим ако законом није другачије одређено. Оваква одредба је новина и до сада није била садржана у законима и општим актима, а уведена је из практичних разлога како би се спријечили другачији начини исплате плата као што су исплата на руке, у коверти, итд. Исплатом на текући рачун радника плата неће бити „скривена“ и на цијели износ који се уплати на текући рачун биће обрачунати доприноси, што није био случај са платама које су се исплаћивале на другачији начин. Када је ријеч о валути у којој се исплаћује плата, законодавац има у виду валуту која се користи у платном промету у Републици Српској, а то је конвертибилна марака. Међутим, плата кућног помоћног особља може бити дијелом исплаћена односно обезбијеђена и у натури (становање и исхрана, или само становање, или исхрана) под условима утврђеним чланом 46 став 2–5 Закона о раду.

Изузетно, раднику који је упућен на рад у иностранство, послодавац може по посебним прописима дио плате исплаћивати у домицилној валути. Тај дио зараде служи раднику за задовољавање животних потреба у земљи у коју је упућен.

Послодавац је дужан да раднику уручи писмени обрачун плате, приликом сваке исплате. Раније рјешење је обавезивало само послодавца који на дан доспјелости не исплати плату и накнаду плате да до краја мјесеца у којем је доспјела исплата плата или накнада плата, уручи раднику писмени обрачун плате, или накнаде коју је био дужан исплатити. Садашње рјешење је квалитетније, јер обавезује послодавца и у једном и другом случају.

Плате запослених у државним органима, јавној управи, организацијама јавних служби које се финансирају из буџета Републике исплаћују се у текућем мјесецу за претходни мјесец у складу са терминским мјесечним планом потрошње буџета Републике Српске.

Како је утврђено чланом 126 став 4 Закона о раду, обрачун плате има снагу извршне исправе. Ово представља новину у односу на досадашња рјешења и праксу и представља гаранцију да ће радник лакше наплатити своју плату у случају да је послодавац на вријеме није исплатио. Ова одредба није супротна посебним прописима о извршењу.

Посљедњим измјенама Закона о раду нормиран је правни основ за доношење правилника о садржају писменог обрачуна плате²⁰ и утврђено је да се плата исплаћује у складу са роком дефинисаним Законом. Овом измјеном

²⁰ Члан 8 Закона о измјенама и допунама Закона о раду („Службени гласник Републике Српске“, број 119/21).

створене су могућности за контролу обрачуна плате од стране инспекције, јер су прописани елементи које мора да садржи писмени обрачун плате код сваког послодавца. Такође је обезбијеђен и одговарајући садржај обрачуна плате као извршне исправе. Послодавци су дужни уручити писмени обрачун плате, у противном чине прекршај за који је прописана санкција.

Правилник о садржају писменог обрачуна плате примјењује се на запослене чије се плате уређују посебним законима, а зависе од радног мјеста, платне групе и платне подгрупе. Плате се исплаћују у текућем мјесецу за претходни мјесец у складу са терминским мјесечним планом потрошње буџета Републике Српске, а средства за бруто плате обезбјеђују се у буџету. Суштина плате листе јесте да радник на основу исте, као извршне исправе, може одмах покренути извршни поступак пред надлежним судом ради наплате доспјеле, а неисплаћене плате. Дакле, на овај начин олакшана је наплата доспјелих плата, будући да радници не морају подносити тужбу и иницирати парнични поступак, како би исходовали пресуду која ће им касније евентуално послужити као извршна исправа приликом принудне наплате плате од послодавца.

7. НАЈНИЖА ПЛАТА

Плата која се одреди и утврди на начин како је прописано законом, општим актом и уговором о раду представља плату радника под условом да је радио пуно радно вријеме и да је остварио права на одређена увећања. Тако одређена плата не смије бити мања од најниже плате која је у Републици Српској по први пут уведена као заштитна категорија Општим колективним уговором из 2006. године.

Према одредби члана 127 став 1 Закона о раду, најнижу плату у Републици утврђује Влада Републике Српске на приједлог Економско-социјалног савјета у посљедњем кварталу текуће за наредну годину.

Садашње рјешење је новина из разлога што у вријеме доношења новог Закона о раду није било извијесно да ће након ступања на снагу овог закона социјални партнери приступити процесу колективног преговарања, а преовладао је став да питање најниже плате треба да буде уређено законом, односно прописано који орган и у којем поступку је надлежан да утврди најнижу плату у Републици Српској.

У случају да Економско-социјални савјет не утврди приједлог, одлуку о најнижој плати доноси Влада Републике Српске, имајући у виду кретање плата, раст производње и животног стандарда у Републици.

Најнижа плата у Републици Српској има за циљ да осигура егзистенцијално-социјални минимум најслабије плаћених радника. Најнижа плата се исплаћује само за пуно радно вријеме и просјечно остварене резултате радника у складу са актима послодавца.²¹ Најнижа плата представља један од начина заштите плате радника само у њеној висини, а не и у редовности исплате. Најнижа плата се исплаћује раднику само када је износ плате радника, обрачунате у складу са законом, општим актом или уговором о раду, испод износа најниже плате.

Према нашем мишљењу, недостатак ове одредбе о најнижој плати је у чињеници што законодавац није ограничио вријеме до којег послодавац може исплаћивати најнижу плату, нити посебно утврдио ситуације у којима послодавац има право да исплаћује најниже плате. У пракси овај вид злоупотреба (пријава радника на најнижу плати и исплата најниже плате на рачун радника) изузетно је раширена појава.²²

Посљедњим измјенама Закона о раду у циљу спречавања злоупотреба најниже плате и код овог института је дошло до измјена на начин да је прецизирано да се најнижа плата која се исплаћује раднику увећава по основу радног стажа²³.

Такође, законима о платама утврђено је да основна плата не може бити нижа од утврђене најниже плате у Републици Српској. То значи да постоји разлика по питању увећања плате по основу радног стажа, односно стажа осигурања, у контексту најниже плате. Док Закон о раду прописује да се основна плата, која се у пракси често исплаћује у висини најниже плате, увећава по основу радног стажа, законима о платама се дефинише да плата обрачуната по закону, заједно са прописаним увећањима, не може износити мање од најниже плате, што даље имплицира да се у пракси може десити да запосленима у јавном сектору може бити исплаћена плата у висини најниже плате, а која у себи садржи и увећања по основу стажа осигурања

²¹ Члан 128 став 1 Закона о раду.

²² У пракси се дешава да велики број послодаваца дуже вријеме исплаћује најнижу плату, а неки и константно правдајући то финсијским тешкоћама и великим пореским обавезама, због чега је у Јединствени систем евиденције, контроле и наплате при Пореској управи Републике Српске на износ најниже плате пријављено око 125.000 осигураника.

²³ Члан 9 Закона о измјенама и допунама Закона о раду („Службени гласник Републике Српске“, број 119/21).

8. НАКНАДА ПЛАТЕ

За разлику од плате која се оставарује радом, накнада плате се остварује без рада, у случајевима који су одређени законом, или општим актом и уговором о раду. У овој одредби гарантовано је право на накнаду плате за вријеме одсуствовања са рада.

Случајеви и услови за остваривање права на накнаду плате уређују се Законом о раду, посебним законима, колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду.

Колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду ближе се уређује висина накнада, начин исплате и друга питања у вези са остваривањем права радника на накнаду плате. Када је у питању висина накнаде плате, закон забрањује исплату накнаде мању од 50% просјечне плате коју је радник остварио у одређеном претходном периоду, или од плате коју би остварио да је био на раду. Исплата накнаде која би била мања од 50% била би незаконита и довела би у питање егзистенцију радника и његове породице.

Према одредби члана 131 став 1 Закона о раду прописано је да накнада плате за вријеме коришћења годишњег одмора, празника по закону, привремене спријечености за рад због повреде на раду или професионалне болести, као и за вријеме прекида рада због пропуста послодавца да предузме одговарајуће мјере заштите на раду, износи у висини од 100% просјечне плате коју је радник остварио у одговарајућем претходном периоду, или од плате коју би остварио да је био на раду. Накнада плате за случајеве утврђене овом одредбом мора се исплаћивати у утврђеној висини.

Право на накнаду плате за вријеме привремене спријечености за рад због болести и повреда, трајање права на накнаду, као и висина и начин остваривања права уређују се прописима о здравственом осигурању. Углавном се та накнада креће у распону од 70% до 90% од плате радника оставрене у последња три мјесеца (члан 131 став 2).

Накнаду плате за вријеме одмора и одсуствовања с рада прописаних законом, колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду исплаћује послодавац на свој терет, а само у неким случајевима накнада се исплаћује на терет Фонда за здравствено осигурање.

Такође, важно је напоменути да је чланом 112 Закона о раду прописано право на накнаду плате за вријеме коришћења породилског одсуства и то у висини просјечне плате остварене у току посљедњих 12 мјесеци прије отпочињања продилског одсуства, накнада се мјесечно усклађује са рас-

том просјечних плата у Републици, а уколико жена није остварила плату за свих посљедњих 12 мјесеци, накнада плате износи у висини плате коју би остварила да је била на раду. Накнада плате се остварује на терет јавног фонда за дјечију заштиту, с тим да само за први мјесец породилског одсуства накнаду плаћа послодавац, док накнаду за све остале мјесеце сноси Фонд за дјечију заштиту. Веома битна новина у овом погледу огледа се у чињеници да је измјенама и допунама Закона о дјечијој заштити (“Службени гласник Републике Српске” бр. 114/17, 122/18 и 107/19) које су вршене 2018. године корисницима права на рефундацију накнаде плате утврђено право на рефундацију 80% бруто плате, након извршене исплате накнаде плате, да би измјенама и допунама Закона о дјечијој заштити, које су вршене 2019. године, право на рефундацију утврђено у износу од 100% бруто плате. Дакле, на овај начин су утврђене олакшице за послодавце, а истовремено је учињен и значајан помак у заштити породиља и њиховог радноправног статуса, будући да послодавци не сnose трошкове накнаде плате на име коришћења породилског одсуства (осим накнаде за први мјесец одсуства), односно остварују право на рефундацију у износу од 100% бруто плате, након извршене исплате.

Накнада плате се исплаћује и у случајевима одсуства који се утврђују општим актима у висини која се такође утврђује тим актима. Посебним колективним уговорима закљученим у јавном сектору утврђени су случајеви када је послодавац дужан раднику исплатити накнаду нето плате у висини од 100% у току једне календарске године и то у случајевима: а) приликом склапања брака – три радна дана; б) приликом смрти члана породице – три радна дана; в) у случају теже болести члана породице – два радна дана; г) приликом рођења дјетета – један радни дан; д) добровољног давања крви – два радна дана приликом сваког давања; ђ) ради задовољења вјерских и традицијских потреба – један радни дан; ж) у случају образовања и усавршавања на захтјев послодавца у складу са образовним програмом; и з) синдикалног образовања и усавршавања на курсевима и семинарима за вријеме док исти трају, али не дуже од пет радних дана у току календарске године.

У реалном сектору, углавном се за исте случајеве плаћа накнада у висини 100%, иако нису закључени нови посебни колективни уговори.

Међутим, постоје и случајеви уплате само доприноса за вријеме плаћеног одсуства када радници остваре накнаду код других органа. То се углавном ради када радник присуствује сједници Народне скупштине Републике Српске, или локалних скупштина и њихових тијела и органа синди-

ката, као посланик, одборник, или изабрани представник радника има право само на уплату доприноса, уколико је остварио накнаду код тих органа.

Посљедњим измјенама Закона о раду у свим одредбама које се односе на плате, наканде и друга примања радника у складу са одредбама Устава другачије се позиционирају колективни уговори као акти којима се морају уредити нека питања која се тичу права радника на плате, посебно када је ријеч о начину обрачуна плате и елементима за њено одређивање.

Запослени у јавном сектору, у складу са законима о платама, имају право на накнаду плате у пуном износу за вријеме коришћења: годишњег одмора, плаћеног одсуства, републичких празника, привремене спријечености за рад због повреде на раду или професионалне болести, као и за вријеме прекида рада због пропуста послодавца да предузме одговарајуће мјере заштите на раду, утврђеног законом којим се уређују радни односи и посебним колективним уговорима. Дакле, Законом су утврђени случајеви у којима запослени у јавном сектору остварују право на накнаду пуне плате због одсуства са рада, с тим да се у одређеним ситуацијама супсидијарно примјењују општи прописи о раду и колективни уговори.

9. ДРУГА ПРИМАЊА РАДНИКА

Када говоримо о праву на плату, морамо имати у виду и право радника на друга примања која исплаћује послодавац и која се регулишу законима, колективним уговором и уговором о раду. Одредбом члана 132 Закона о раду прописано је која су то друга примања по основу рада која послодавац исплаћује раднику. Норма је императивног карактера и послодавац је дужан обезбиједити исплату тих примања на начин како се то уреди колективним уговором.

Према наведеној одредби, послодавац је на име других примања дужан раднику исплатити: дневницу за службено путовање у Републици Српској, у Федерацији БиХ и у иностранству²⁴; накнаду трошкова превоза код доласка на посао и повратка с посла, уколико превоз није организован од стране послодавца; накнаду за повећане трошкове боравка за вријеме рада на терену; трошкове једног топлог obroка за вријеме једног радног дана, као и у случају обављања прековременог рада дужег од три часа дневно, уколико код послодавца није организована исхрана радника; отпремнину

²⁴ Одлука о висини накнаде трошкова за службена путовања у земљи и иностранству за запослене у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“, број 57/21).

приликом одласка радника у пензију; накнаду трошкова за коришћење сопственог аутомобила код обављања службеног посла, по налогу послодавца; и друга примања утврђена општим актом и уговором о раду.

То значи да имамо друга примања која су утврђена Законом о раду, и поред њих примања за која је законодавац дао могућност да се утврде колективним уговором, општим актом и уговором о раду (став 1 тачка 7 члана 132).

Ставом 2 истог члана прописано је да се висина и начин остваривања примања из става 1 овог члана уређују колективним уговором. Законодавац није допустио да висину и начин остављања примања из став 1 тачка 1 до 6 овог члана утврђује својим актом послодавац, већ је то искључиво резервисао за колективне уговоре.

Ова примања могу представљати значајне износе, чак у појединим случајевима више него што износи и сама основна плата.

Према одредби члана 133, утврђено је да раднику и његовој породици, у складу са општим актом и уговором о раду, припада помоћ у случају: смрти радника; смрти члана породице; тешке инвалидности и дуготрајне болести радника; другим случајевима. Овом одредбом није утврђена висина ових помоћи већ је то препуштено колективним уговорима, општим актима и уговорима о раду. Према садашњем рјешењу, садржаном у Одлуци Владе Републике Српске о утврђивању увећања плате, висине примања по основу рада и висине помоћи раднику²⁵ која се примјењује до закључивања Општег колективног уговора којим ће се уредити сва ова питања, послодавци су дужни да раднику или његовој породици пружају помоћ у виду новчаних исплата у случају: а) смрти радника – до три просјечне плате у Републици Српској; б) смрти члана уже породице – до двије просјечне плате у Републици Српској и в) тешке инвалидности и дуготрајне болести радника – до једне просјечне плате у Републици Српској.

Колективним уговорима за подручје, област или грану, односно колективним уговором код послодавца не могу да се пропишу одредбе којима се раднику даје мањи обим права од оног утврђеног овом одлуком, у складу са Законом²⁶.

Имајући у виду функционисање процеса колективног преговарања у вријеме доношења Закона о раду законодавац је предвидио одредбу чла-

²⁵ Службени гласник Републике Српске, број 53/16, 12/22 и 39/22.

²⁶ Члан V Одлуке о утврђивању увећања плате, висине примања по основу рада и висине помоћи раднику.

на 134 Закона о раду како би рјешео тај застој и обезбиједио функционисање система у области рада, јер репрезентативни социјални партнери нису били, а ни данас нису спремни да закључе Општи колективни уговор.

Одредбом члана 135 Закона о раду дата је могућност да се раднику исплати јубиларна награда за остварени стаж код послодавца у складу са колективним уговором. То значи да учесници у процесу колективног преговарања могу договорити ову исплату као обавезну, или као могућност, што зависи од финансијског стања, али и спремности самог послодавца да исплаћује јубиларну награду радницима за остварени радни стаж. Морамо примијетити да је у овој одредби изостала могућност исплате средстава за обезбјеђење зимнице и огрева које су у сада важећим колективним уговорима такође предвиђене као могућност. Према сада важећим гранским колективним уговорима, исплата јубиларне награде је обавеза и предвиђена је за остварени стаж код послодавца: за 20 година радног стажа у висини једне просјечне плате послодавца и за 30 година радног стажа у висини двије просјечне плате послодавца. У неким гранским колективним уговорима предвиђена је могућност исплате јубиларне награде и за 10 година радног стажа оствареног код послодавца.

Што се тиче подручја јавног сектора у којем је плата уређена законима, утврђени су случајеви у којима радници имају право на накнаде. У та права спадају право на отпремнину приликом одласка у пензију, новчана помоћ у случају смрти радника, или члана уже породице, право на јубиларну награду и сл. Тим законима је предвиђено да се висина накнаде одређује посебним колективним уговором који су углавном закључени. Овдје је важно напоменути једну битну разлику која се односи на друга примања радника, у смислу нормативне уређености, а ради се о праву на топли оброк и праву на регрес. Док закон о раду топли оброк и регрес третира као посебна примања, која се раднику исплаћују мимо остварене плате, посебни закони о платама прописују да су накнаде за топли оброк и регрес урачунате у износ основне плате, утврђене законом, и не могу се посебно исказивати.

10. ЗАКЉУЧАК

Рефлексије Закона о измјенама и допунама Закона о платама на систем плата у Републици Српској посматрали смо у контексту посљедњих измјена Закона о раду, Закона о порезу на доходак, Закона о доприносима и свих закона о платама ради обрачуна плата по бруто моделу и повећања плата запослених у Републици Српској чинећи на тај начин осврт на уређе-

ност плата у јавном сектору. Дошли смо до закључка да је веома тешко одредити који је систем уређивања плата присутан, имајући у виду да се друштвено-економско уређење Републике темељи на тржишној привреди, а да у земљама тржишне привреде поред заједничких принципа и обиљежја има доста различитих приступа уређивању плата.

Због великог броја закона којима се уређују плате и разлика када је ријеч о уређености плата у јавном сектору као и непостојања Општег колективног уговора и скоро свих гранских уговора у реалном сектору, с пуним правом се поставља питање да ли су плате у Републици Српској уређене у складу са Уставом и да ли је ријеч о флексибилном, или ригидном систему одређивања плата и да ли системски пропис о раду има било каквог утицаја на систем плата и права радника у тој области.

Имајући у виду да су у Републици Српској крајем године створене нормативне претпоставке да се у потпуности пређе на систем бруто плата, па се поред девет закона о платама доносе и подзаконски акти којима се додатно уређује начин обрачуна плата, доприноса и пореза, као и начин обрачуна и остваривања права на ослобађање и права на одбитак од пореске основице пореза на доходак, може се закључити да је у Републици Српској присутан ригидан систем уређивања плата.

Разлози за овакав закључак налазе се у чињеници да посљедње измјене Закона о раду и ако прописују да се одређена питања везано за плате и накнаде уређују искључиво колективним уговорима нису довеле до оживљавања тог процеса, да у складу Законом о раду Влада Републике Српске одређује најнижу плату, да је због незакључивања Општег колективног уговора, Влада одлуком утврдила увећања плате, висину примања по основу рада и висину помоћи раднику, те да је Влада предложила, а Народна скупштина донијела девет закона о платама у јавном сектору који су унијели доста нејасноћа у начин одређивања и обрачуна плата и потребу измјене свих правних основа заснивања радног односа (уговори, одлуке итд.), иако су Устав и Закон о раду створили темеље за флексибилни систем плата у Републици Српској.

На флексибилан начин треба да се, у складу са Законом о раду, посебно након посљедњих измјена, уређују плате у реалном сектору на основу колективних уговора. До сада није закључен нити један колективни уговор за подручје, област или дјелатност, осим појединачних колективних уговора у неким компанијама.

То значи да би у складу са тренутном позицијом колективних уговора у Закону о раду, посебно у одјељку који се односи на плате, више простора

требало дати колективним уговорима, без обзира на потпуни прелазак на систем бруто плата у Републици Српској, што је задатак сва три социјална партнера.

Када је ријеч о платама у јавном сектору, у том дијелу би требало постепено смањивати број закона о платама и плате регулисати колективним уговорима.

11. ЛИТЕРАТУРА

1. Ивошевић, Зоран, Радно право, Београд, 2009.
2. Јовановић, Предраг, Радно право, шесто измењено и допуњено издање, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2012.
3. Кличковић Рајко и Борислав Радић, Коментар Закона о раду Републике Српске, Центар за демократизацију друштва Бања Лука, 2016.
4. Лубарда, А. Бранко, Лексикон индустријских односа, НИП „Радничка штампа“, Београд, 1997.
5. Мирјанић, Жељко, *Радни односи: Индивидуални радни односи*, друго измијењено и допуњено издање, Бања Лука, 2004.
6. Шундерић, Боривоје, *Радни однос (Теорија, норма, пракса)*, Београд, 1990.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

7. Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 3/92),
8. Закон о раду („Службени гласник Републике Српске“, бр. 01/16 и 66/18 и 119/21)
9. Закон о платама запослених у органима управе Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 66/18, 105/19 и 119/21)
10. Закон о платама запослених у основним и средњим школама и ђачким домовима у Републици Српској („Службени гласник Републике Српске“, бр. 11/19, 105/19, 49/21 и 119/21),
11. Закон о платама запослених у области културе Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 11/19, 105/19, 49/21 и 119/21),
12. Закон о платама запослених у Министарству унутрашњих послова Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 66/18, 36/19, 105/19, 49/21 и 119/21),
13. Закон о платама запослених у институцијама правосуђа Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 66/18, 54/19, 105/19, 49/21 и 119/21),
14. Закон о платама и накнадама судија и јавних тужилаца у Републици Српској (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 66/18 и 119/21),
15. Закон о платама запослениху јавним службама Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 66/18, 105/19 и 119/21),

16. Закон о платама запослених лица у јавним установама у области здравства Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 49/21 и 119/21),
17. Закон о платама запослених у области високог образовања и студентског стандарда Републике Српске (“Службени гласник Републике Српске”, бр. 11/19, 105/19, 49/21 и 119/21),
18. Закон о порезу на доходак („Службени гласник Републике Српске“, бр. 60/15, 51/16, 66/18, 105/19, 123/20, 49/21 и 119/21).
19. Закон о доприносима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 1143/17, 112/19, 498/21 и 119/21)
20. Правилник о обрасцима уговора о раду („Службени гласник Републике Српске“, број 9/22)
21. Правилник о садржају писменог обрачуна плате („Службени гласник Републике Српске“, бр. 18/22 и 65/22)
22. Правилник о поступку, начину обрачуна и остваривања права на ослобађање и права на одбитак од пореске основице пореза на доходак („Службени гласник Републике Српске“, бр. 68/18, 6/20 и 17/22).

Abstract: *The aim of this work is to analyze and point out the reflections of the Law on Amendments to the Labor Law on the salary system in the Republic of Srpska as a whole and to provide an overview of the regulation of salaries in the public sector. During the analysis, we had in mind the fact that the right to earnings (salaries) is a constitutional right which can be further regulated only by law and collective agreements and realized in accordance with the same.*

Currently, the salaries in the Republic of Srpska are regulated by the labor law, collective agreements (for some sectors) and the laws for employees in the republic administration and other segments of public administration, which imposes the need to analyze the salary system and answer the question whether there is a flexible or rigid way of regulating salaries in the Republic of Srpska.

Due to the existence of numerous laws governing salaries and the absence of a general collective agreement and almost all sectoral agreements in the real sector, the rightfully raised question is whether salaries in the Republic of Srpska are regulated in accordance with the Constitution and whether it is a flexible or rigid system of salary regulation.

Before the adoption of the current labor law which is inter alia a lex generalis in terms of salary regulations, there were some initiatives for this law to simplify the method of salary determination in a more flexible manner, which would imply that in most sectors the salaries are regulated by collective

agreements, and only in the republic administration that are regulated by law. These initiatives were not implemented back then, but in 2018 and 2021, the provisions of the current labor law were amended in order to switch to the model of gross calculation of salaries in the Republic of Srpska, which also required changes to the law on salaries, considering that salaries and gross salaries are determined and defined differently.

Key words: *salary regulation, salary system, salary determination, gross salary, gross salary calculation.*

DRUGO STRUČNO MIŠLJENJE

Nedeljko Z. Milaković¹

Apstrakt: U ovom radu izvršen je pregled i analiza uloge i značaja prava pacijenta na drugo stručno mišljenje koje je sadržano u definisanju pojma drugog stručnog mišljenja, komparativnom pregledu pravnog regulisanja u Bosni i Hercegovini i državama u okruženju, potrebe za drugim stručnim mišljenjem i kako se ono može dobiti te zaključna razmatranja i preporuke.

Značaj ove teme ima važan uticaj na izgradnju partnerskog odnosa između pacijenta i doktora medicine ili doktora stomatologije i utvrđivanje još jednog prava pacijenta, a to je pravo na drugo stručno mišljenje. U stručnoj literaturi rijetki su radovi posvećeni ovoj temi. Ovaj rad će doprinijeti razmjeni iskustava, preciznijem pravnom regulisanju, potpunijem sagledavanju pravnog aspekta prava pacijenta na drugo stručno mišljenje kako bi se proširio obim prava pacijenta, podigao nivo kvaliteta zdravstvenih usluga te unaprijedio partnerski odnos između zdravstvenog radnika i pacijenta te zdravstveni sistem u cjelini, u skladu sa vlastitim iskustvom i praksom država u okruženju.

Ključne riječi: prava pacijenata, pravo pacijenta na informaciju i drugo stručno mišljenje.

1. UVOD

U savremenom svijetu, posebno u medicini, sve više se govori i primjenjuje partnerski odnos između pacijenta i doktora medicine odnosno doktora stomatologije u pogledu rješavanja pitanja i dilema zdravstvenog stanja pacijenta i njegovog samoodlučivanja u cilju što uspješnijeg dijagnostikovanja stanja i efikasnog liječenja. U tom smislu, pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje

¹ Doktor pravnih nauka, Banja Luka, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina, e-mail: nedeljko.milakovic@gmail.com

ima poseban značaj i ulogu, koja je analizirana u ovom radu.

Drugo stručno mišljenje („second opinion“) je uobičajena medicinska praksa u razvijenim državama i standard kvaliteta određenih zdravstvenih usluga. Na taj način može se doći do više informacija, brže i tačnije dijagnoze zdravstvenog stanja pacijenta, daje se sigurnost pacijentu i zdravstvenom radniku o ispravnosti dijagnostičkih postupaka i najboljem mogućem toku liječenja te olakšava donošenje odluke o navedenom. U medicini je napušten paternalistički koncept u kojem doktor medicine ili doktor stomatologije jedini ima presudnu ulogu u liječenju pacijenta. Tako pacijent od objekta prava postaje subjekt prava i ravnopravno učestvuje u donošenju odluke o medicinskom tretmanu. U savremenim uslovima pacijent ima sve aktivniju ulogu u postupku liječenja, zbog podizanja nivoa svijesti pacijenta, sve većeg broja dostupnih informacija, utvrđenih prava pacijenta i konkretno prava pacijenta na pristanak i samoodlučivanje za medicinski tretman.

Imajući u vidu medicinska dostignuća, pacijent postaje svjesniji važnosti informisanja o svom zdravstvenom stanju zbog postojanja različitih opcija liječenja koja se temelje na individualnom pristupu pacijentu, uzimajući u obzir konkretnog pojedinca, fizički, psihološki, socijalno i emocionalno².

U 2022. godini donesen je novi Zakon o zdravstvenoj zaštiti,³ u kojem je propisano pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje. Ostaje zadatak da se vidi da li je ovo pravo samo deklarativno propisano i kako će biti regulisano ostvarivanje ovog prava u zdravstvenom sistemu Republike Srpske.

2. DEFINICIJA POJMA

Prava pacijenata predstavljaju ljudska prava osoba koja imaju potrebu i koriste zdravstvene usluge, bez obzira na stanje svog zdravlja. Jedna od definicija prava pacijenata glasi: „Prava pacijenata predstavljaju pravila koja uređuju postupanje sa pacijentom i prema kojima se pacijent tretira kao ravnopravni partner u procesu pružanja zdravstvenih usluga“.⁴ U Zakonu o zdravstvenoj zaštiti Republike Srpske, pored utvrđenih prava pacijenata, samo je definisano ali nije propisano kako će se ostvarivati pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje. To je razlog zašto govorimo o ovoj temi kako bi razmjenom znanja i iskustava do-

² Žunić Ljubica, „Pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje“, Hrvatski časopis zdravstvenih znanosti 2021; 1:30–33.

³ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, „Službeni glasnik Republike Srpske“ broj: 57/22.

⁴ Rakić, Severin, Antonić Darijana, *Osnove zdravstvenog menadžmenta*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2015, str. 191.

prinijeli kvalitetnom regulisanju i ostvarivanju ovog prava pacijenata u zdravstvenom sistemu Republike Srpske.

Pacijent ima pravo na informaciju u vezi sa svojim zdravljem. Pacijent ima pravo da od nadležnog doktora koji ga liječi dobije informaciju koja mu je potrebna da bi donio odluku u vezi sa predloženim medicinskim tretmanom. Ova informacija obuhvata: dijagnozu i prognozu bolesti, kratak opis, cilj i korist od predloženog medicinskog tretmana, vrijeme trajanja i moguće posljedice preduzimanja, odnosno nepreduzimanja predloženog medicinskog tretmana; vrstu i vjerovatnoću mogućih rizika, bolne i druge sporedne ili trajne posljedice; druge metode liječenja; moguće promjene pacijentovog stanja poslije preduzimanja predloženog medicinskog tretmana, kao i moguće nužne promjene u načinu života pacijenta; dejstvo lijekova i moguće neželjene posljedice tog dejstva⁵. Uvijek se može postaviti pitanje da li je pacijent dobio sve ove informacije prije nego što je donio odluku o pristanku na medicinski tretman.

U medicini, kada se govori o drugom stručnom mišljenju, uvijek se to odnosi na mišljenje drugog ljekara o bolesti pacijenta. Pacijent ima pravo da provjeri tačnost dijagnoze i adekvatnost terapije. „Pravo na drugo stručno mišljenje omogućuje pacijentu da, kad nije zadovoljan dobijenim informacijama i preporučenim liječenjem od strane jednog liječnika, zatraži mišljenje drugog liječnika, specijalista, koji do tada nije sudjelovao u njegovom liječenju“⁶. Drugo ljekarsko mišljenje ne uključuje fizički pregled pacijenta nego obuhvata mišljenje ljekara na osnovu potpune zdravstvene dokumentacije (zdravstveni status pacijenta), koja sadrži komentar o dijagnozi bolesti, postupku liječenja i moguće preporuke. U tom smislu, „predmet razmatranja u postupku dobijanja drugog mišljenja može biti provjera ispravnosti postavljene dijagnoze, savjetovanje oko predloženog zahvata, kao i provjere dijagnostičkih, terapijskih i drugih postupaka“⁷. Drugo stručno mišljenje može da se formira na osnovu ponovljenog pregleda, dopunskih analiza ili na osnovu medicinske dokumentacije. U teškim i komplikovanim slučajevima, ordinirajući ljekar je dužan da, bez obzira na njegovo radno mjesto i stručnu osposobljenost, odlučuje konzilijarno. Drugo stručno mišljenje mogu zatražiti i sami ljekari u onim situacijama kada su oni pacijen-

⁵ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 57/22.

⁶ Matijević, Berislav, „Pravo na tjelesni integritet i obaveza pružanja zdravstvene usluge“, *Hrvatska pravna revija*, god. VIII, 2008, broj 9, str. 33.

⁷ Stojanović, Ivana, „Pravo pacijenta na drugo mišljenje“, *Pravni život*, 2012, str 482. Prema Ljubica Žunić, „Pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje“, *Hrvatski časopis zdravstvenih znanosti* 2021; 1:30–33.

ti⁸. Ljekari ne bi trebalo da budu prepreka pacijentu da u vezi sa svojom bolesti zatraže mišljenje drugog ljekara. Od ljekara se očekuje da pomogne pacijentu i olakša mu konsultaciju sa drugim ljekarom, a sve u cilju prava na informisanje pacijenta i slobodan pristanak na medicinski tretman. Drugo stručno mišljenje može se posmatrati i u funkciji potvrde ispravnosti dijagnostike i liječenja pacijenta koji mogu preispitati i pacijent i zdravstveni radnik. Pravo na drugo stručno mišljenje u Republici Srpskoj uvedeno je tek nedavno, donošenjem novog Zakona o zdravstvenoj zaštiti, a postoje određeni oblici njene neformalne primjene.

3. PRAVNI OKVIR

Pravo na drugo stručno mišljenje u zdravstvu je regulisano na sličan način u državama u okruženju.

U Republici Srpskoj pravo na drugo stručno mišljenje regulisano je donošenjem novog Zakona o zdravstvenoj zaštiti, dok ovo pravo nije regulisano u Federaciji Bosne i Hercegovine.

U Republici Srpskoj zakon deklarativno propisuje da „pacijent ima pravo da na lični zahtjev od doktora medicine odnosno doktora stomatologije koji nije direktno učestvovao u pružanju zdravstvene usluge, zatraži drugo stručno mišljenje o stanju svog zdravlja, odnosno o toku i prognozi svoga oboljenja, stanja ili povrede“. U zakonu nije propisan postupak za ostvarivanje prava na drugo stručno mišljenje, što može izazvati dileme i nedoumice u njegovoj primjeni. Treba precizno propisati: ko ima pravo na drugo stručno mišljenje, u kojim slučajevima i za koja zdravstvena stanja se može tražiti drugo stručno mišljenje, koje su ovlašćene zdravstvene ustanove i zdravstveni radnici i saradnici kompetentni za davanje drugog stručnog mišljenja, rokovi izvršenja, registracija nove zdravstvene usluge i slično. Ovo pravo je na izvjestan način sadržano u pravu pacijenta na pristanak i predloženi medicinski tretman, jer pacijent može zatražiti izmjenu doktora medicine odnosno doktora stomatologije kad nije zadovoljan dobijenim informacijama ili predloženim medicinskim tretmanom. U tom slučaju pacijent može zatražiti drugog doktora medicine odnosno doktora stomatologije koji nije učestvovao u dotadašnjem liječenju radi nastavka istog⁹. Prema postojećem zakonskom rješenju o zaštiti prava pacijenta, u skladu sa članom 50

⁸ Milaković, Z. Nedeljko, Doktorska disertacija *Prava i obaveze osiguranika u zdravstvenoj zaštiti*, Univerzitet u Banja Luci, Pravni fakultet u Banjoj Luci, 2017, str. 210–211.

⁹ Bodnaruk, Snježana, Jozo Čizmić, Boris Hrabač, Senad Huseinagić, *Komentari zdravstvenih zakona*, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, 2011, str. 349.

Zakona o zdravstvenoj zaštiti, „pacijent odnosno njegov zakonski zastupnik koji smatra da su narušena prava u ostvarivanju zdravstvene zaštite odnosno pacijent koji nije zadovoljan pruženom zdravstvenom uslugom ili postupkom zdravstvenog radnika ili zdravstvenog saradnika može podnijeti prigovor direktoru zdravstvene ustanove“. Direktor je dužan u roku od 30 dana od dana podnošenja prigovora da utvrdi bitne činjenice i okolnosti u vezi sa navodima iz prigovora na osnovu kojih donosi rješenje po prigovoru. Rješenje direktora zdravstvene ustanove je konačno, a protiv rješenja se može pokrenuti postupak pred nadležnim sudom.

U Zakonu o pravima pacijenta¹⁰ u Republici Srbiji, u članu 13 regulisano je da pacijent ima pravo da od doktora medicine, odnosno doktora stomatologije, koji nije direktno učestvovao u pružanju zdravstvene usluge, zatraži drugo stručno mišljenje o stanju svog zdravlja. Ovo pravo pacijent ostvaruje na lični zahtjev i podrazumijeva obavezu zdravstvene ustanove da na vidnom mjestu istakne i redovno ažurira spisak organizacionih jedinica i doktora medicine odnosno doktora stomatologije, koji pružaju zdravstvene usluge u toj organizacionoj jedinici.

U Zakonu o pravima pacijenata Crne Gore¹¹, u članu 25 i 26, na isti način kao u Republici Srbiji, regulisano je pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje.

U Zakonu o zaštiti prava pacijenata¹² Republike Hrvatske, u članu 10 propisano je da „pacijent ima uvijek pravo tražiti drugo stručno mišljenje o svom zdravstvenom stanju u skladu sa članom 8 ovog zakona. Ovo mišljenje pacijentu je, na usmeni ili pisani zahtjev, obavezan dati svaki zdravstveni radnik visoke stručne spreme i odgovarajuće specijalizacije, koji nije učestvovao u neposrednom pružanju određenog oblika zdravstvene usluge pacijentu“.

Pravni okvir za drugo stručno mišljenje dopunjuju etička načela. U Kodeksu medicinske etike i deontologije u Republici Srpskoj ne govori se konkretno o drugom stručnom mišljenju. Profesionalna etika obavezuje ljekara, a ako potrebe liječenja bolesnika prelaze ljekarove mogućnosti, znanje ili vještine, on će se pobrinuti da bolesnika preda na liječenje drugom ljekaru, koji takve uslove može ostvariti. Ako sam bolesnik isto zatraži, predaće ga na liječenje drugom ljekaru. Ukoliko ljekar procijeni da su mu u brizi za bolesnika potrebni stručni savjeti drugih ljekara, predložiće sazivanje ljekarskog konzilija¹³.

¹⁰ Zakon o pravima pacijenta u Republici Srbiji, „Službeni glasnik RS“ broj 45/13.

¹¹ Zakon o pravima pacijenata, „Službeni list Crne Gore“ broj 40/10.

¹² Zakon o zaštiti prava pacijenata Republike Hrvatske, „Narodne novine Republike Hrvatske“ br. 169/04 i 37/08.

¹³ *Kodeks medicinske etike i deontologije*, donesen na Skupštini Komore doktora medicine Republike Srpske održanoj 6. juna 2003. godine.

4. POTREBA ZA DRUGIM STRUČNIM MIŠLJENJEM

Prema studiji provedenoj u SAD, 41,3% pacijenata koji su bili učesnici u istraživanju traži drugo stručno mišljenje kako bi odlučili između različitih opcija u ponuđenim tretmanima liječenja, a 18% želi potvrditi prvo mišljenje kojim je preporučena operacija. Pacijenti imaju pitanja koja se tiču dijagnoze u 34,8% slučajeva, i to kada im se simptomi ne poboljšavaju (22,5%), kada nije utvrđena dijagnoza (6,3%) i kada imaju dodatna pitanja u vezi sa dijagnozom (6%). Nakon dobijenog drugog stručnog mišljenja, kod 15% pacijenata prva dijagnoza je promijenjena, promjene u tretmanu u drugom stručnom mišljenju dobilo je 37% učesnika, a promjene u dijagnozi i preporučenom tretmanu liječenja više od 10% pacijenata.¹⁴

Odnos ljekara i pacijenta zasniva se na povjerenju. Traženje drugog stručnog mišljenja nije znak nepovjerenja prema zdravstvenom radniku već način za dodatno informisanje pacijenta o svojoj bolesti. Međutim, kad se kod pacijenta javi nesigurnost, sumnja ili dilema, strah ili predrasuda, potrebno je, u interesu pacijenta i zdravstvenog radnika, razjasniti njegovu zdravstvenu situaciju i uputiti pacijenta na mogućnost dobijanja drugog stručnog mišljenja. Povećano interesovanje za drugo stručno mišljenje uzrokovano je novim naučnim saznanjima, tehnološkim razvojem. Složenost medicinske profesije, timski rad i veća odgovornost zdravstvenih radnika kod pružanja zdravstvenih usluga te adekvatna i potpuna informacija i maksimalna zaštita pacijenta osnova su za samoodlučivanje i pristanak pacijenta na medicinski tretman.

Drugo stručno mišljenje je opravdano u sljedećim situacijama: potvrda stava da je pacijent siguran da je dijagnoza i terapija ispravna; da se može što prije početi sa odgovarajućom terapijom; da je pacijent potpuno i kompetentno informisan o svom zdravstvenom stanju; da je pacijent preduzeo sve što je u njegovom interesu za poboljšanje zdravstvenog stanja ili izlječenje; da bi izbjegli pogrešnu dijagnostiku i liječenje; kad je predložena hitna operacija; kad terapija ne daje očekivane rezultate; ako pacijent uzima više lijekova u isto vrijeme i boluje od više bolesti, i drugo. Takođe, postoje situacije i zdravstveno stanje kada je izričito preporučljivo i potrebno potražiti drugo stručno mišljenje: ako je pacijent na terapiji, a simptomi ne prestaju; ako je preporučena dijagnostika i

¹⁴ Meyer AN, Singh H, Graber ML. Evaluation of outcomes from a national patient-initiated second-opinion program. *Am J Med.* 2015 Oct; 128 (10): 1138.e25-33. Doi: 10.1016/j.amjmed. 2015.04.020. Epub 2015 Apr 23. PMID: 25913850. Prema Ljubica Žunić, „Pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje“, *Hrvatski časopis zdravstvenih znanosti* 2021; 1:30–33.

terapija rizična, invazivna i može ostaviti trajne posljedice; ako je dijagnostikovana rijetka bolest; ako je preporučen operativni zahvat; ako je dijagnostikovana maligna bolest i slično¹⁵.

Svaki pacijent koji traži drugo stručno mišljenje očekuje precizne i adekvatne odgovore na pitanja: da li je dijagnoza ispravna; da li je propisana dijagnostika i liječenje pravilno i u skladu sa potrebama i očekivanjima pacijenta; postojanje dodatnih informacija o zdravstvenom stanju pacijenta te da li postoje druge mogućnosti dijagnostikovanja i liječenja koje su bolje i efikasnije od onih koje su propisane, i drugo.

Prema dosadašnjem iskustvu i analizama, drugo stručno mišljenje, najčešće, traže osobe i pacijenti mlađe i srednje životne dobi, sa višim stepenom obrazovanja, kao i oni koji dolaze iz urbane sredine. To se uglavnom povezuje sa dostupnošću informacija, služenjem internetom i drugim oblicima medijskih komunikacija. Ne treba izgubiti iz vida da internet, pored tačnih informacija, krije i mnogo pogrešnih informacija i savjeta koje pacijentu unose sumnju i nove dileme. Ove situacije jedino i pravilno može razriješiti kompetentan zdravstveni radnik odnosno zdravstvena ustanova.

Ne treba zanemariti još jednu važnu činjenicu za traženje drugog stručnog mišljenja. Ljudi svakodnevno griješe i u poslu čine stručne greške, a ni zdravstveni radnici nisu imuni na pogreške u obavljanju svoje djelatnosti te je drugo stručno mišljenje svojevrsna kontrola i potvrda ispravnosti rada u pružanju kvalitetnih zdravstvenih usluga. Takođe, neki zdravstveni radnici su više konzervativnog pristupa u tretmanu određenih zdravstvenih stanja, a drugi su agresivniji i hrabriji u korištenju novih saznanja i metoda liječenja. Zbog toga preporuke i mišljenja drugih zdravstvenih radnika mogu drastično varirati. Takav pristup tjera zdravstvene radnike da se kontinuirano stručno informišu i usavršavaju svoja znanja i vještine za dobrobit pacijenata koje liječe. U složenim situacijama obično se traži konzilijarno odlučivanje, koje u velikoj mjeri zamjenjuje traženje drugog stručnog mišljenja.

Zdravstvene ustanove imaju interes za uvođenje drugog stručnog mišljenja jer podižu nivo kvaliteta zdravstvenih usluga, unapređuju sistem edukacije zdravstvenih radnika, pružaju usluge drugog stručnog mišljenja, smanjuju mogućnost stručnih grešaka zdravstvenih radnika i odštetne zahtjeve pacijenata za isto, brže uspostavljanje dijagnoze zdravstvenog stanja pacijenata, efektivnije i efikasnije liječenje, kraći boravak u bolnici, brži oporavak, kraće odsustvo sa posla i zadovoljniji pacijent.

¹⁵ www.telegram.hr (pristupljeno 09.02.2022).

Fond zdravstvenog osiguranja obezbjeđuje finansijska sredstva za zdravstvenu zaštitu osiguranika i ima interes da uz pomoć prava pacijenta na drugo stručno mišljenje, za svoje osiguranike, obezbijedi dostupnu i kvalitetnu zdravstvenu uslugu uz smanjenje troškova dijagnostike i liječenja pacijenata, efikasnije liječenje, manju potrošnju lijekova, te smanjenje troškova naknade plate za vrijeme privremene nesposobnosti za rad i drugo.

5. KAKO SE DOBIJA DRUGO MIŠLJENJE?

Postoje različiti načini dobijanja drugog stručnog mišljenja, od kojih ćemo navesti dva najčešća. Pod drugim stručnim mišljenjem, praksa je pokazala, podrazumijeva se slanje postojećih nalaza odnosno medicinske dokumentacije putem imejla, na osnovu kojih će se dobiti povratna informacija i preporuke za dalji tok dijagnostikovanja i liječenja. Ovakva praksa je moguća i u određenim situacijama opravdana iako je stručni stav da ovako dobijene preporuke i mišljenja, bez kliničkog pregleda, nemaju onaj stepen pouzdanosti i kvaliteta zdravstvene usluge koji zadovoljava zdravstvene standarde.

U stručnim krugovima smatra se da se kvalitetno drugo stručno mišljenje, ako je to ikako moguće, može dobiti isključivo pregledom pacijenta, uvidom u postojeću medicinsku dokumentaciju i ličnim razgovorom sa pacijentom od koga se na ovaj način dobijaju lične informacije i suštinski osnov za donošenje odluke o daljem toku dijagnostikovanja i liječenja.

Dobijanje drugog stručnog mišljenja moguće je organizovati unutar zdravstvenog sistema države na osnovu prethodnog pravnog regulisanja. Drugo stručno mišljenje može se dobiti i putem određenih osiguravajućih organizacija kupovanjem (dopunskog) osiguranja¹⁶. U nekim razvijenim zemljama uobičajena je medicinska praksa da se u određenim slučajevima obavezno traži drugo stručno mišljenje i postoje posebne ordinacije za praksu drugog stručnog mišljenja. U vrijeme pandemije korona virusom značajne su i od velike pomoći pacijentima bile platforme za video-konsultacije koje omogućavaju pristup vrhunskim stručnjacima svih specijalnosti. U tom i drugim slučajevima, registrovani korisnici mogu dobiti na uvid listu svih doktora medicine koji su dostupni za video konsultacije ili mogu dobiti kalendar slobodnih termina radi zakazivanja video-konsultacije. Najčešće, drugo stručno mišljenje dobija se na lični zahtjev pacijenta.

Osim konzilijarnog odlučivanja, drugo stručno mišljenje ili stručni stav u određenim situacijama mogu dati stručna tijela zdravstvene ustanove u domu

¹⁶ www.triglav.ba (pristupljeno 04.03.2022). www.kliker.ba (pristupljeno 04.03.2022).

zdravlja, bolnici, specijalnoj bolnici, kliničkom centru, zavodu i institutu. Stručna tijela zdravstvene ustanove su: kolegijum i etički odbor. Zakon propisuje – Kolegijum je stručno tijelo koje razmatra suštinska pitanja u vezi sa primjenom doktrinarnih stavova iz djelatnosti zdravstvene ustanove. Etički odbor je stručno tijelo koje prati pružanje i sprovođenje zdravstvene zaštite na načelima profesionalne etike i deontologije. Njihov rad uređuje se opštim aktima zdravstvene ustanove¹⁷.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Drugo stručno mišljenje, kao jedno od prava pacijenata u ostvarivanju zdravstvene zaštite, važan je uslov i pretpostavka za potpuno informisanje pacijenta i pristanak pacijenta na medicinski tretman, otklanjanje dilema i grešaka koje se mogu javiti u obavljanju zdravstvene djelatnosti te za unapređenje partnerskog odnosa između zdravstvenog radnika i pacijenta. Iako se ovo pravo pacijenata primjenjuje u mnogim zemljama, u Republici Srpskoj pravo na drugo stručno mišljenje propisano je novim Zakonom o zdravstvenoj zaštiti i još ne postoje relevantna iskustva o njegovoj primjeni u praksi. Etički standardi zdravstvenih radnika u značajnoj mjeri dopunjuju ovaj nedostatak. Postoje neki oblici drugog stručnog mišljenja koji se ogledaju u konzilijarnom odlučivanju i radu stručnih tijela, kolegijuma i etičkog odbora zdravstvene ustanove, ali koji ne mogu zamijeniti u potpunosti pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje. Pacijentu treba dati pravo na drugo stručno mišljenje o svom zdravstvenom stanju, medicinskom nalazu, predloženoj dijagnostičkoj proceduri ili o terapiji. Ovo pravo proizlazi iz prava pacijenta na informacije u vezi sa svojim zdravljem osim u hitnim stanjima. Potrebno je pravno precizirati šta je predmet drugog stručnog mišljenja, ko ga traži i kako, ovlaštene zdravstvene ustanove ili zdravstveni radnici koji su kompetentni za davanje drugog stručnog mišljenja te postupak za ostvarivanje ovog prava. Preciznim regulisanjem ovog prava pacijenta treba izbjeći njegov deklarativan karakter i komercijalizaciju. Pravo na drugo stručno mišljenje je interes pacijenata, zdravstvenih radnika, zdravstvenih ustanova, fonda zdravstvenog osiguranja i društva u cjelini i predstavlja savremeni standard kvaliteta zdravstvene usluge.

¹⁷ Zakon o zdravstvenoj zaštiti, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 57/22.

7. LITERATURA

1. Bodnaruk, Snježana, Jozo Čizmić, Boris Hrabač, Senad Huseinagić, *Komentari zdravstvenih zakona, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo*, 2011, str. 349.
2. Žunić Ljubica, „Pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje“, *Hrvatski časopis zdravstvenih znanosti* 2021.
3. *Kodeks medicinske etike i deontologije*, donesen na Skupštini Komore doktora medicine Republike Srpske održanoj 6. juna 2003. godine
4. Matijević, Berislav, „Pravo na tjelesni integritet i obaveza pružanja zdravstvene usluge“, *Hrvatska pravna revija*, god. VIII, 2008, broj 9, str. 33.
5. Meyer AN, Singh H, Graber ML. Evaluation of outcomes from a national patient-initiated second-opinion program. *Am J Med.*2015 Oct; 128 (10): 1138.e25-33. Doi: 10.1016/j.amjmed. 2015.04.020. Epub 2015 Apr 23. PMID: 25913850. Prema: Ljubica Žunić, „Pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje“, *Hrvatski časopis zdravstvenih znanosti* 2021; 1:30–33.
6. Milaković, Z. Nedeljko, Doktorska disertacija *Prava i obaveze osiguranika u zdravstvenoj zaštiti*, Univerzitet u Banja Luci, Pravni fakultet u Banja Luci, 2017, str. 210–211.
7. Rakić Severin, Antonić Darijana, *Osnove zdravstvenog menadžmenta*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2015, str. 191.
8. Stojanović Ivana, „Pravo pacijenta na drugo mišljenje“, *Pravni život*, 2012, str. 482. Prema: Ljubica Žunić, „Pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje“, *Hrvatski časopis zdravstvenih znanosti* 2021; 1:30–33.

Pravni izvori

9. Zakon o pravima pacijenta u Republici Srbiji, „Službeni glasnik RS“ broj 45/13.
10. Zakon o pravima pacijenata, „Službeni list Crne Gore“ broj 40/10.
11. Zakon o zaštiti prava pacijenata Republike Hrvatske, „Narodne novine Republike Hrvatske“ br.169/04 i 37/08.
12. Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Republika Srpska, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 57/22.

Internet izvori

13. www.triglav.ba
14. www.kliker.ba
15. www.telegram.hr

SECOND EXPERT OPINION

Nedeljko Z. Milaković¹⁸

Abstract: *In this paper, an overview and analysis of the role and significance of the patient's right to a second expert opinion is performed, which is contained in the definition of the concept of a second expert opinion, a comparative review of legal regulations in Bosnia and Herzegovina and neighboring countries, and overview and analysis of the need for a second expert opinion and how it can be obtained, as well as concluding considerations and recommendations.*

The significance of this topic has an important impact on building a partnership between a patient and a doctor of medicine or a doctor of dentistry and determining another right of the patient, which is the right to a second expert opinion. In the specialised literature, there are few works dedicated to this topic. This paper will contribute to the exchange of experiences, more precise legal regulation, a more complete overview of the legal aspect of the patient's right to a second expert opinion in order to expand the scope of the patient's rights, raise the level of quality of health services and improve the partnership between the health worker and the patient and the health system as a whole, in accordance with personal experience and the practice of neighboring countries.

Keywords: *patient's rights, patient's right to information and other expert opinion.*

¹⁸ Doctor of Juridical Science, Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina, e-mail: nedeljko.milakovic@gmail.com

ГРАЂАНСКА КАТЕДРА

ПРОЦЕСНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДА У ПОСЕБНИМ ПОРОДИЧНИМ ПАРНИЧНИМ ПОСТУПЦИМА

Проф. др Гордана Станковић¹

Анстракт: Суд који у парници решава породичноправне спорове има различите процесне функције. Осим основног задатка да реши настали спор, суд је овлашћен да покрене поједине адхезионе породичне парничне поступке, да применом истражног начела прикупи потребан процесни материјал, да поступа и одлучује по службеној дужности у низу процесних ситуација, да буде посредник у решавању статусног брачног спора, да заштити интересе деце, да примењује посебна стручна знања не само из области права детета, да одлучује о трошковима поступка по слободној процени водећи рачуна о разлозима правичности.

Кључне речи: посебни породични парнични поступци, процесна начела, истражно начело, официјелно начело, адхезиони поступак.

1. УВОД

1. Општа правила парничног поступка, као стандардна правила поступања намењена за решавање класичних имовинскоправних спорова, не одговарају специфичној природи породичноправних ствари. Специфичност породичноправних односа који су из одређених правнополитичких разлога²

¹ Редовни професор Универзитета у Нишу, у пензији, Република Србија.

² Савремени развој националних породичних права све више карактерише процес његове трансформације који је, као нови феномен, у теорији породичног права назван контрактуализацијом породичних односа јер, уместо императивних правила која у посебно осетљивим друштвеним односима предвиђају права и дужности субјеката породичних односа, све више се шире законска правила која предвиђају доминацију индивидуалне воље појединаца и уговарање права и обавеза у породичним односима. О томе детаљно: З. Поњавић, Приватизација породице и породичног права, Службени

регулисани императивним нормама, међународни стандарди који се тичу људских права, корпус права детета и заштита права лица која су под посебном друштвеном заштитом, представљају разлоге због којих су одредбама Породичног закона³ уређени посебни породични парнични поступци за решавање различитих породичноправних спорова прилагођени потребама породичноправне заштите која се пружа по правилима цивилне процедуре.⁴

2. Посебни породични парнични поступци, иако су засновани на истим принципима, нису нормирани на идентичан начин јер су намењени за решавање различитих породичноправних спорова. Приликом њиховог регулисања примењени су различити методи нормативне технике те је посебна парнична процедура за поједине породичноправне ствари регулисана детаљније, док је за остале, зависно од њихове природе, уређена само фрагментарно. У складу с уобичајеним методом нормативне технике приликом регулисања грађанских судских поступака у свим посебним породичним парничним поступцима предвиђена су специфична и нужна одступања од опште парничне процедуре регулисане одредбама Закона о парничном поступку (2011)⁵ која се супсидијарно примењује у породичним посебним поступцима.⁶

Посебне парничне поступке за решавање породичноправних спорова карактеришу одређене специфичности које се односе на функционална процесна начела⁷ на којима су ови поступци засновани и начина на који су она конкретизована. Због тога су и поједини процесни институти у посебним породичним парничним поступцима уређени на начин који знатно одступа од начина на који су они нормирани у стандардном, општем парничном поступку.

Заједничке карактеристике породичноправних парничних поступака су: суђење у колегијалном саставу,⁸ специјализовани састав већа и у првом

гласник“, Београд, 2009.

³ Породични закон (ПЗ), Службени гласник РС, бр. 18/05, 72/11, 6/15.

⁴ Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, девето издање, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013, 77; Г. Станковић, Лексикон грађанског процесног права, Службени гласник, Београд, 2018, 270; Г. Станковић, В. Боранијашевић, Грађанско процесно право, Ниш, 2020, 47.

⁵ Закон о парничном поступку (ЗПП), Службени гласник РС, бр. 72 /11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20.

⁶ Одредба члана 202 ПЗ (2005).

⁷ Одредбама ПЗ (2005) посебно су операционализовани начело официјелности, истражно начело, начело искључења јавности и начело ефикасности.

⁸ Веће мора да буде специјализовано за решавање породичноправних спорова. Судије

и у другом степену,⁹ одступања од начела диспозиције,¹⁰ фаворизовање начела официјелности, доминација истражног начела у односу на расправно начело, начело ефикасности и хитности поступка,¹¹ начело судског упозоравања странака,¹² заштита приватности,¹³ искључење јавности по самом закону¹⁴ и тајност података из списка. Поједине парничне поступке у одређеним брачним парницама¹⁵ карактерише интерполирање поступка по-

треба да имају посебна знања из области права детета, а судије поротници могу да буду само стручна лица која имају искуство у раду са децом и младима.

- ⁹ И одредбама ПЗ (2005) и одредбама ЗПП (2011) предвиђен је специјализовани састав већа.
- ¹⁰ Одступања од начела диспозиције манифестују се у ограничењу права странака у погледу покретања појединих породичних поступака јер је активна процесна легитимација законом призната само одређеном кругу лица или одређеним органима, у прописивању преклузивних рокова за покретање поступка, у недопуштености одређених диспозитивних парничних радњи и ограничења располагања предметом парнице, у ограничењу диспонирања процесним материјалом, у неvezаности суда за захтеве странака.
- ¹¹ Начело хитности операционализовано је у одредби члана 204 ПЗ (2005), којом је предвиђено да је поступак посебно хитан кад је странка дете или родитељ који врши родитељско право, да се тужба не доставља туженом на обавезан писани одговор на тужбу да би се скратило трајање поступка, кроз лимитиран број рочишта за расправљање (предвиђено је да се поступак одвија на највише два рочишта, с тим да се прво рочиште заказује у року од 15 дана од пријема иницијалног поднеска у суд), да су предвиђени рокови у којима је суд дужан да закаже и одржи рочиште, да је инстанциони суд дужан да одлучи у року од 30 дана од пријема жалбе.
- ¹² Начело поучавања неуке странке не представља више основни процесни принцип у савременом процесном праву јер није у складу с принципима равноправности, једнакости и правичности. Уместо овог принципа, у савременом процесном праву важи принцип судског упозоравања странке. Видети: Г. Станковић, Грађанско процесно право, Парнично процесно право, 251; Г. Станковић, Лексикон грађанског процесног права, 191; Г. Станковић, В. Боранијашевић, Грађанско процесно право, 47.
- ¹³ Заштита приватности у поступку значи да предузете парничне радње, чињенични наводи или изведени докази не могу да буду предмет сазнања за друге појединце или јавност.
- ¹⁴ Јавност је искључена по самом закону, а због заштите права на приватност, сви подаци из судских списка представљају службену тајну.
- ¹⁵ Брачне парнице су оне парнице у којима се од суда тражи да постојећи брачни статус промени разводом или поништењем брака или у којима се тражи да се утврди да постоји или да не постоји брачни однос. Немају карактер брачне парнице оне парнице у којима се решавају имовинскоправни спорови супружника и зато се ове парнице не могу спајати са парницама о брачним споровима. Изузетак је предвиђен у парницама за развод брака покренутом предлогом за развод брака на основу споразума супружника уколико је суд донео одлуку о разводу брака. У овим парницама, иако о томе није

средовања у пендентни поступак.¹⁶

Специфичност породичноправних парничних поступака утицала је и на специфичне функције суда у овим правним стварима које су последица деликатног задатка који има суд у овим парницама. Суд у току поступка мора да води рачуна о осетљивим односима и приликама у породичним односима и да настоји да одлуке које доноси буду законите и правичне и да изазивају што мање тензија у поремећеним породичним односима, што постиже њиховим ваљаним образложењем. Осим основног задатка да реши настали породичноправни спор у парници и да се стара о ефикасности поступка и његовом окончању у разумном року, суд има и задатак да покрене поједине адхезионе парничне поступке ради заштите права детета и жртава породичног насиља у конкретним ситуацијама, да прикупи потребан процесни материјал, да буде посредник у решавању статусног спора, да заштити интересе деце, да се стара да одлуке које се односе на децу буду у њиховом најбољем интересу, да одлучује о трошковима поступка водећи рачуна о разлозима правичности, да примењује посебна стручна знања не само из области права детета.

2. ОФИЦИЈЕЛНА ОВЛАШЋЕЊА СУДА

За посебне парничне породичне поступке, осим одређених одступања од начела диспозиције, које је битна одлика цивилне процедуре,¹⁷ карактеристично је да суд има низ официјелних овлашћења од којих се поједина разликују од оних која он има у општем парничном поступку.

Основно официјелно овлашћење парничног суда у појединим породичним парничним поступцима представља могућност да суд по службеној дужности покрене адхезиони парнични поступак у коме се решава поједини породичноправни спор или пружа породичноправна заштита уз

одлучивао, суд је дужан да донесе одлуку о деоби заједничке имовине супружника у складу с постигнутим споразумом супружника јер је одредбом члана 225 став 2 ПЗ (2005) изричито предвиђено да је суд дужан да споразум супружника о деоби заједничке имовине унесе у изрек пресуде.

¹⁶ Поступак посредовања се интерполира у пендентни поступак само кад су у питању бракоразводне парнице које су покренуте тужбом и парнице за поништење брака које је покренуо један од супружника.

¹⁷ И у посебним парничним породичним поступцима начело диспозиције манифестује се у погледу покретања парничног поступка, одређивања предмета парнице, располагања предметом парнице, располагања процесним материјалом и располагања током поступка.

поступак који је покренула активно процесно легитимисана странка да би или одлучио о заштити права и интереса детета или да би одредио меру заштите од насиља у породици. Официјелно овлашћење суда да покрене адхезионе парничне поступке није у колизији с принципом диспозиције који важи у погледу покретања посебних породичних парничних поступака које је покренула активно легитимисана странка јер уколико странке нису захтевале пружање правне заштите који се тичу заштите права и интереса малолетне деце или захтев за заштиту од евидентног породичног насиља, он покрене адхезиони поступак. Официјелно овлашћење суда да покрене адхезионе поступке и доноси одлуке представља израз настојања законодавца да се реше сви потенцијални спорови настали у породично-правном односу о коме је парница у току и да се у потпуности заштите права и интереси детета или жртве породичног насиља.

Овлашћење суда на официјелно покретање адхезионог поступка предвиђено је законом у статусним патернитетским и матернитетским парницама те суд може, кад оцени да постоји таква правозаштитна потреба, да покрене адхезиони поступак за вршење родитељског права и да одлучи и о вршењу родитељског права, без обзира на то што странке нису истакле такав захтев у току парнице. Исто тако, суд може да покрене адхезиони поступак и да у њему одлучи о потпуном или делимичном лишењу родитељског права.¹⁸

У току бракоразводне парнице суд може да покрене по службеној дужности адхезиони поступак у коме одлучује о вршењу родитељског права. Кад суд донесе пресуду о разводу брака, он је дужан да по службеној дужности одлучи и о начину вршења родитељског права и издржавању заједничке малолетне деце и њихове пунолетне деце над којом је продужено родитељско право. Уколико је одлучио о разводу брака и уз ову одлуку донео и одлуку о вршењу родитељског права и малолетно дете поверио на старање и самостално вршење родитељског права једном од родитеља, суд је дужан да по службеној дужности нареди и да се дете одмах преда родитељу¹⁹ који треба да самостално врши родитељско право.²⁰

У бракоразводној парници покренутој предлогом за развод брака на основу споразума супружника суд је по службеној дужности дужан да у

¹⁸ Одредба члана 260 став 2 ПЗ (2005).

¹⁹ Одредба члана 273 став 1 ПЗ (2005).

²⁰ Уколико је првостепени суд пропустио да о томе одлучи, може се накнадно донети допунска пресуда на предлог странке или по налогу другостепеног суда који је решавао у поступку по жалби.

диспозитив пресуде којом се брак разводи унесе одлуку о деоби заједничке имовине супружника засновану на њиховом споразуму иако о томе није одлучивао.

Посебан парнични поступак за заштиту права детета редовно се покреће тужбом коју подижу активно легитимисане странке и води као самосталан поступак. Суд је овлашћен да по службеној дужности покрене адхезиони поступак за заштиту права детета који се води у некој другој породичноправној ствари уз брачне, матернитетске, патернитетске парнице или уз парнице о вршењу родитељског права, парнице за лишење родитељског права или уз парнице за заштиту од насиља у породици.

Суд може по службеној дужности да покрене поступак ради потпуног или делимичног лишења родитељског права ако утврди да постоји потреба за пружањем правне заштите таквог типа и ако су за то испуњени законски услови. Адхезиони поступак за лишење родитељског права суд може да покрене као придружени уз неки од већ покренутих поступака у породичноправним стварима – уз парнице за заштиту права детета, за вршење родитељског права, за заштиту од насиља у породици, уз поступак у брачним парницама, уз поступак у матернитетским и патернитетским парницама.

Уз парнични поступак поводом вршења родитељског права суд може да покрене адхезионе поступке да би одлучио о поверавању заједничког детета једном од родитеља, о начину одржавања личних односа детета и родитеља коме оно није поверено и о висини доприноса за издржавање малолетног детета уколико се странке нису споразумеле о висини доприноса за издржавање заједничке малолетне деце или кад суд оцени да њихов споразум није у интересу деце.

У парници за заштиту права детета, у парници за вршење родитељског права, у парници за лишење родитељског права, у брачним, патернитетским и матернитетским парницама, као и у парницама за престанак усвојења, суд може да одреди по службеној дужности у циљу заштите интереса детета једну или више мера заштите од насиља у породици.

Официјелни адхезиони поступак је једностраначки поступак који се води према једном или према оба родитеља и то представља одступање од општег парничног поступка који је заснован на двостраначкој шеми. У адхезионим поступцима које је суд покренуо он не испитује чињенице и околности које се непосредно односе на захтев за пресуду странака и не одлучује о захтеву који је странка истакла. У адхезионом поступку покренутом *ex offio* суд одређује предмет одлучивања, прикупља неопходан процесни материјал у складу са својим истражним овлашћењима и доноси одлуку.

У појединим породичним парничним поступцима приликом одлучивања суд није везан за тужбени захтев с обзиром на то да је дужан да по службеној дужности одлучује о најбољем интересу детета или у интересу жртве породичног насиља. Невезаност суда за тужбени захтев као предмет парнице у појединим посебним парничним породичним поступцима представља израз одступања од начела диспозиције које у општем парничном поступку искључује могућност да суд одлучује *extra* или *ultra petitum*.

Приликом одлучивања о поверавању детета једном од родитеља ради самосталног вршења родитељског права и заједничком животу родитеља и детета суд одлучује *ex offio* и тада није везан захтевима странака. У овој ситуацији дете се појављује као објект, а не субјект поступка јер у овим парницама дете нема активну процесну легитимацију. Иако је дете лице о чијем се праву на живот са родитељима одлучује у поступку и које има правни интерес, њему није призната процесна легитимација. Околност да дете није процесно легитимисано и да нема признато својство иницијатора поступка, има и друге процесне импликације, без обзира на то што је суд дужан да сазна мишљење детета о начину вршења родитељског права.²¹ Суд није дужан да дете информише о предузетим парничним радњама достављањем писмена, а с друге стране, дете нема ни легитимацију за изјављивање правних лекова.

Суд по службеној дужности одлучује о висини доприноса за издржавање малолетног детета према околностима конкретног случаја и том приликом није везан за тужбени захтев.²² Ово официјелно овлашћење суда у алиментационим парницама приликом одлучивања о дужности законског издржавања малолетног детета без обзира на то да ли је тужбу подигао прималац издржавања или је то учинио орган старатељства, предвиђено је као одступање од начела диспозиције. Исто тако, суд је овлашћен да по службеној дужности одређује меру заштите од породичног насиља према конкретним околностима у парници за заштиту од насиља у породици²³ тако да и у овим парницама он није везан за тужбени захтев тужиоца као што је то случај у парницама поводом имовинских односа.

Парнични суд у појединим посебним породичним парничним поступцима има посебна официјелна овлашћења која се састоје у томе што

²¹ Сазнавање мишљења детета у овој ситуацији практично представља вид изјашњавања и саслушавања притајене странке о релевантним чињеницама које су од значаја за одлучивање.

²² Одредба члана 281 ПЗ (2005).

²³ Одредба члана 287 ПЗ (2005).

има задатак да спречи недозвољене диспозиције странака захтевом за пресуду јер је изричито предвиђено да суд не може да донесе пресуду због пропуштања, пресуду на основу признања или пресуду на основу одрицања, нити парничари могу да закључе судско поравнање.²⁴ С обзиром на то да ЗПП (2011) предвиђа могућност доношења пресуде због изостанка у посебним парничним поступцима у којима се тужба не доставља туженом на обавезан одговор на тужбу, а њено доношење одредбама ПЗ (2005) није изричито искључено, парнични суд има овлашћење да спречи и доношење ове пресуде уколико закључи да би њено доношење представљало недозвољену диспозицију захтевом за пресуду.

У појединим посебним породичним парничним поступцима парнични суд има официјелна овлашћења која се састоје у томе што има задатак да спречи абузивно понашање странака. Суд по службеној дужности има задатак да спречи располагање процесним материјалном којим странке фактички располажу захтевима којима по закону не могу располагати.²⁵ То се догађа у ситуацији кад странка признаје чињеничне наводе на којима њен парнични противник заснива свој захтев за пресуду или не оспорава неку правно релевантну чињеницу. Без обзира на то што је таква парнична радња дозвољена и коректна, према одредбама процесног закона може се догодити да странка на тај начин злоупотребљава своја процесна овлашћења јер на тај начин утиче на формирање чињеничне подлоге судске одлуке и индиректно и на судску одлуку.

И у породичном парничном поступку странке могу да располажу током поступка тако што тужилац може да повуче тужбу без пристанка туженог пре његовог упуштања у расправљање, а касније уз његов пристанак с тим што у бракоразводној парници тужилац тужбу може да повуче до закључења главне расправе, а уз пристанак туженог све до правноснажности пресуде, док се предлог за развод брака на основу споразума супружника једнострано или обостраном изјавом о повлачењу може повући до правноснажности одлуке. Међутим, у парничном поступку за лишење ро-

²⁴ ПЗ (2005) донет је непосредно после доношења ЗПП (2004) који је елиминисао могућност доношења пресуде због изостанка у општем парничном поступку, с тим што је њено доношење било могуће само у тзв. маличном поступку у коме није био предвиђен обавезан одговор на тужбу из разлога ефикасности. Видети: Г. Станковић, Предговор, Закон о парничном поступку, ИП Јустинијан, Београд, 2004, стр. 24.

²⁵ Детаљно: Г. Станковић, „Начело диспозиције и недозвољене радње располагања у парничном поступку“, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/06, Интермекс, Београд, 211.

дитељског права изјава о повлачењу тужбе без обзира на пристанак туженог на повлачење не може да произведе дејство и да доведе до обустављања парничног поступка с обзиром на то да суд, с једне стране, има задатак да врши контролу страначких диспозиција, а с друге, јер је дужан да штити интерес детета и уколико процени да то није у интересу детета, неће донети решење којим ће констатовати да је тужба повучена и наставиће поступак.

Официјелна овлашћења која има суд у поступцима у парницама поводом породичних односа омогућавају му да одлучи о спајању парница у којима се поступа по различитим правилима поступка тако да ово његово овлашћење представља одступање од правила опште парничне процедуре. Суд је овлашћен да по службеној дужности споји бракоразводне парнице са парницама о лишењу родитељског права или парнице о лишењу родитељског права са парницама о вршењу родитељског права или заштити од насиља у породици иако су за те парничне поступке предвиђена различита правила поступања.²⁶

У парницама које се воде због насиља у породици суд има посебно официјелно овлашћење јер може да одлучи да евентуално изјављена жалба на пресуду нема суспензивно дејство.²⁷ На тај начин омогућено је да и неправноснажна пресуда представља извршну исправу која се може принудним путем извршити.

У парницама које се воде поводом породичноправних спорова суд одлучује и о захтеву за накнаду парничних трошкова који представља акцесорни захтев. Приликом одлучивања о акцесорном захтеву за накнаду парничних трошкова суд није везан за захтев за накнаду трошкова поступка који су странке формулисале у својим предлозима као у општем парничном поступку у коме одлучује по принципу ризика и по принципу кривице.²⁸ У посебним породичним парничним поступцима суд није везан за акцесорни захтев јер је овлашћен да одлучује по правичности.²⁹

²⁶ Одредба члана 226 став 2 ПЗ (2005).

²⁷ Одредба члана 288 ПЗ (2005).

²⁸ Детаљно: Г. Станковић, В. Боранијашевић, *op.cit.*, 292,

²⁹ Одредба члана 207 ПЗ (2005) предвиђа да суд одлучује о трошковима поступка по слободној оцени водећи рачуна о разлозима правичности. Треба приметити да је у овој законској одредби употребљен погрешан технички термин. Слободна оцена је метод који се користи у доказном поступку за разлику од метода законске оцене доказа. Слободна оцена означава оцењивање доказа на основу уверења о веродостојности доказног средства и доказној вредности доказног разлога. Суд приликом одлучивања о трошковима поступка не изводи доказе јер се поводом акцесорног захтева за накнаду трошкова не расправља.

3. ИСТРАЖНА ОВЛАШЋЕЊА СУДА

Истражна овлашћења суда у посебним породичним парничним поступцима последица су чињенице да су породичноправни односи регулисани императивним нормама,³⁰ да суд има овлашћење да покрене адхезионе парничне поступке да би заштитио интересе малолетне деце и лица која су жртве породичног насиља, да је овлашћен да испитује да ли је постигнути споразум родитеља у интересу детета, али и да би, због ограничења начела диспозитивности у погледу располагања процесним материјалном, спречио недозвољене диспозитивности или абузивне парничне радње.

Истражно начело које као методско начело у погледу формирања чињеничног супстрата одлуке доминира у парницама поводом породичноправних спорова омогућава суду слободу у прикупљању, избору и формирању процесног материјала који чини подлогу за одлучивање у поступку који су покренуле странке или које је он покренуо по службеној дужности. Расправно начело које доминира у општем парничном поступку не омогућава правилно и потпуно утврђење оних правно релевантних чињеница које су битне за примену императивних породичноправних норми, посебно због личне природе права у питању и из тог разлога фаворизовано је истражно начело.

Истражна овлашћења суда у посебним породичним поступцима не искључују примену расправног начела по коме су странке дужне да пруже суду потребан чињенични и доказни материјал јер оне на томе заснивају свој захтев за пресуду. С обзиром на то да суд има задатак да потстиче странке да износе процесни материјал као и да може да информативно саслуша странку омогућава му да реализује своја истражна овлашћења у погледу формирања чињеничног супстрата одлуке.³¹

Истражна овлашћења суда у парницама које се воде поводом породичноправних спорова које су покренуле странке омогућавају да суд може да утврђује и чињенице које међу странкама нису спорне или које су признањем или неоспоравањем то постале или које ниједна од странака није изнела да би проверио истинитост изнетих правно релевантних чињеница или да би утврдио њихово постојање. У адхезионим поступцима суд самостално истражује правно релевантне чињенице да би могао да формира подлогу за одлучивање. Због тога веће парничног суда у току рочишта за главну распра-

³⁰ Одредба члана 7 ЗПП (2011).

³¹ Одредба члана 313 ЗПП (2011).

ву извиђа по службеној дужности, поред околности које су битне за решење насталог спора парничара и оне околности које су од значаја за одлучивање о начину одржавања личних односа родитеља коме дете није поверено, лишењу родитељског права, висини доприноса за издржавање заједничке малолетне деце ако се странке нису споразумеле о томе или кад њихов споразум није у интересу деце, заштити од насиља у породици.

Истражна овлашћења суда посебно долазе до изражаја приликом контроле споразума родитеља којима они регулишу међусобне односе који се тичу заједничке малолетне деце и права детета пре но што су покренули поступак пред судом или који настају у току поступка. ПЗ (2005) предвиђа споразум супружника о начину вршења родитељског права, споразум о заједничком вршењу родитељског права, споразум о начину одржавања личних односа родитеља и детета и споразум о висини доприноса за издржавање.³² Ови споразуми, који представљају израз настојања да се на пожељан и обострано прихватљив начин уреде односи родитеља и деце по престанку њиховог заједничког живота и избегне незадовољство које проистиче из судске одлуке, иако су израз диспозиције родитеља, подлежу судској контроли у циљу заштите најбољег интереса детета.

Суд је посебно дужан да користи истражна овлашћења приликом утврђивања најбољег интереса детета. На основу поднесака, расправе, извиђања и стања у судским списима суд не може често да непосредно утврди шта је у конкретном случају у најбољем интересу детета јер не познаје породичне, економске и емоционалне прилике родитеља и због тога често поверава тај задатак стручним помоћним органима³³ од којих тражи стручни налаз и мишљење. На основу њиховог стручног налаза, уколико је он потпун и по оцени суда компетентан, суд може на посредан начин да утврди битне чињенице и да формира закључак о одређеним правно релевантним чињеницама које представљају факторе за процену најбољег интереса детета, да одабере тумачење прилика које најделотворније служи интересима детета и да приликом одлучивања има у виду све ефекте одлуке коју доноси у погледу детета.

³² Споразуми који настају као институти у домену породичног права представљају израз процеса и тренда приватизације у домену породичног права који је захватио и ову област регулисану императивним нормама јер су они инструменти правне технике у којима доминира индивидуална воља уговорних страна и којима се омогућава да појединци добровољно уреде своје породичне односе.

³³ То могу да буду орган старатељства, породично саветовалиште или друге специјализоване установе.

4. ПОСРЕДНИЧКА ФУНКЦИЈА СУДА

Посредовање у породичним односима представља оригиналну процедуру у коју се странке укључују добровољно и на основу узајамног поверења у току поступка у брачним парницама.³⁴ Регулисано је као поступак мирења³⁵ и као поступак за покушај споразумног решења спора,³⁶ који законодавац назив нагодба.³⁷ Посредничка функција суда има за циљ елиминисање или смањење конфликта у интересу свих чланова породице, заштиту најбољег интереса детета, свођење негативних последица распада породице на најмању меру, стварање услова за трајно одржавање добрих и пожељних односа између чланова породице (родитеља и деце), смањење економских трошкова поступка и за породицу и за државу (избегавају се већи судски трошкови, ангажовање адвоката и повећани буџетски трошкови). Крајњи циљ је да се постигне споразум којим треба да се уреде значајна питања која се односе на ситуацију после престанка брака и брачне породичне заједнице ради задржавања добрих односа детета, родитеља и осталих чланова породице и омогући прилагођавање детета на одвојен живот родитеља.

5. ЗАШТИТНИЧКА ФУНКЦИЈА СУДА

У посебним парничним породичним поступцима суд има и заштитничку функцију која се манифестује, пре свега, у погледу заштите најбољег интереса детета. Најбољи интерес детета је правни стандард чију садржину одређује суд у сваком конкретном случају. У правној теорији и судској пракси сматра се да овај критеријум који суд треба да има у виду приликом одлучивања је оно што би само дете, кад би било способно за одлучивање, одлучило за себе или изабрало за себе.

³⁴ Поступак посредовања не спроводи се у току поступка за развод брака на основу споразума супружника јер ту нема спора о праву на развод.

³⁵ Поступак мирења има за циљ да санира поремећене односе супружника, елиминише њихов конфликт и да сачува брак у интересу заједничког живота деце и родитеља.

³⁶ Суд има задатак да у овом поступку припреми терен за комплетно решавање свих спорова који су последица развода брака мирним путем тако што ће се супружници споразумети о низу права и дужности и што ће се, поред елиминисања спорова, успоставити и побољшати сарадња између њих у интересу њихове заједничке малолетне деце.

³⁷ Именица нагодба која означава сагласност или слагање изведена је од глагола нагодити се који означава закључење уговора или постигнуту погодбу уговорних страна.

Без обзира на то да ли је дете странка у поступку, да ли је притајена странка или је објект у поступку, заштитничка функција суда испољава се у његовим овлашћењима и дужностима да информише дете, да омогући његову партиципацију у поступку³⁸ и да процени дететове способности за расуђивање у оним ситуацијама кад суд има задатак да пре но што одлучи сазна мишљење детета које се односи на сферу породичног живота да би одлучио у његовом најбољем интересу.

Заштитничку функцију суд остварује старањем о интересима детета тако што по службеној дужности поставља детету привременог законског заступника³⁹ уколико постоји колизија интереса детета и његовог законског заступника. Суд може да постави привременог законског заступника и кад то дете захтева за случај да орган старатељства није поставио колизионог старатеља.

У парницама из породичних односа заштитничка функција суда остварује се и кроз поступак посредовања у одређеним брачним парницама који се спроводи да би се сачувао брак родитеља и елиминисали њихови конфликти у интересу деце и њиховог живота у породичном окружењу.

Заштитничка функција коју суд има у породичним парничним поступцима испољава се и приликом реализације начела судског упозоравања странака из општег парничног поступка.⁴⁰ Ово начело има за циљ остваривање равноправности странака у поступку, правичност и праведност и правилно одвијање поступка у општем интересу и у интересу парничара. Суд је дужан да посебно упозори неуке странке на могућност предузимања парничне радње или на неко процесно овлашћење у одређеним законом предвиђеним ситуацијама да би спречио да пропусти странке у вршењу неког процесног овлашћења проузрокује штетне последице. Ово начело посебно је конкретизовано у брачним, патернитетским и матернитетским парницама.

У парницама за поништења ништавог брака који се захтева због дво-брачности начело судског упозоравања странке операционализовано је тако што је предвиђена дужност суда⁴¹ да наложи туженом да покрене пар-

³⁸ Партиципација детета у поступку манифестује се као право детета на информације (обавештавање) и право на слободу изражавања у погледу породичне ситуације.

³⁹ Одредба члана 265 ПЗ (2005).

⁴⁰ Детаљно: Г. Станковић, В. Боранијашевић, *op.cit.*, 218; Г. Станковић, Закон о парничном поступку, Објашњења, тумачења и стварни регистар, шеснаесто издање, Службени гласник, Београд, 2022, 24.

⁴¹ Одредба члана 213 став 3 ПЗ (2005).

ницу за поништење ранијег брака с обзиром на то да у овом поступку важе посебна правила о доказивању као израз легалне оцене доказа. У поступку за поништење ништавог брака који је склопљен за време трајања ранијег брака једног од супружника, тужилац је дужан да постојање ранијег брака докаже изводом из матичне књиге венчаних, а уколико тужилац не може да докаже постојање ранијег брака овом исправом, суд ће му наложити да у одређеном року покрене парницу ради утврђења да ранији брак постоји да би судском одлуком, као јавном исправом, могао да докаже његово постојање. Пропуст тужиоца да поступи по упозорењу и налогу суда за последицу има фикцију о повлачењу тужбе.⁴²

Начело судског упозоравања странке операционализовано је и у парници у којој тужени оспорава пуноважност ранијег брака који је уписан у матичну књигу венчаних. У овој парници суд је дужан да наложи туженом да у одређеном року покрене парницу за поништење ранијег брака. За случај да он то не учини, сматра се, по самом закону, да је одустао од свог захтева.

Заштитничка овлашћења суда у виду судског упозоравања странака изричито су предвиђена и у матернитетским и патернитетским парницама. Законом је изричито прописано да су странке у овим парницама нужни и јединствени супарничари. Ако тужбом нису обухваћена сва лица која морају бити странке у поступку, суд је дужан да упозори тужиоца да треба да преиначи тужбу у субјективном смислу тако што ће је проширити на лица које тужбом нису била обухваћена или да та лица позове да се придруже тужби као нови тужиоци. Уколико у року који је суд одредио тужилац не преиначи тужбу тиме што ће је проширити на нове тужене, односно не дође до накнадног заснивања активног супарничарства, сматра се, по самом закону, да је тужба повучена. Уколико, међутим, тужба буде враћена суду без измена, суд ће је одбацити.⁴³

Парнични суд је дужан да у циљу заштите права детета обавести јавног тужиоца или орган старатељства о разлозима за заштиту права детета у правним стварима које су у њиховој надлежности тако да и на тај начин реализује своју заштитничку функцију.⁴⁴

⁴² Ако је у току поступка за поништење ништавог брака због двобрачности до закључења главне расправе ранији брак престао, суд ће донети пресуду којом ће одбити тужбени захтев.

⁴³ Ово законско решење представља одступање од правила опште парничне процедуре које предвиђа одбијање тужбеног захтева због недостатка стварне легитимације.

⁴⁴ Одредба члана 263 став 3 ПЗ (2005).

6. ПРИМЕНА ПОСЕБНИХ ЗНАЊА И ВЕШТИНА

У парницама које се воде поводом породичноправних спорова, поред познавања породичног материјалног и процесног права суд мора да има и посебна знања из различитих правних и других области. Пре свега, судије морају да имају посебна знања која се односе на права детета. Исто тако, суд мора да познаје ратификоване конвенције о људским правима и правима детета које су део унутрашњег права као и судску праксу Европског суда за људска права јер је у одлукама овог суда примењена и протумачена Европска конвенција о заштити људских права и слобода које представљају преседане који имају статус императивних правних норми.

Судија који решава породичноправне спорове мора да има знања и вештине посредника уколико спроводи поступак посредовања који је интерполиран у поступак у брачним парницама уколико тај поступак не спроведе посебна стручна тела.

Судији су неопходна и допунска знања из неправничких области као што су знања из домена психологије у парницама у којима треба да сазна мишљење детета о појединим питањима⁴⁵ која су од значаја за примену правног стандарда најбољи интерес детета или кад се налази у ситуацији да треба да процени да ли је дете одређеног узраста способно за расуђивање. Исто тако, потребне су му и комуникационе вештине које треба да му помогну у контакту са странкама да би дошао до одређених сазнања која се тичу њиховог приватног живота.

7. ЗАКЉУЧАК

Поливалентне функције које суд има у посебним породичним парничним поступцима знатно се разликују од процесних функција које парнични суд има приликом решавања стандардних имовинскоправних спорова. Сложени задаци и овлашћења судије који решава породичноправне спорове захтевају не само изузетно познавање права, већ и одређена мултидисциплинарна знања. Због тога је неопходна квалитетна посебна обука и специјализација судија која треба да обезбеди не само законито, правилно и правично пружање правне заштите приликом решавања породичноправних спорова, већ и одређена специфична знања која треба да им омогуће да стекну способност да препознају породичне проблеме и да стекну вешти-

⁴⁵ Одредба члана 266 став 3 ПЗ (2005).

не комуникације са странкама, а посебно кад у поступку учествују деца у чијем најбољем интересу треба да одлучују. Квалитетна обука треба да омогући да се побољша квалитет судских одлука и очува ауторитет и поверење у судство и судске одлуке.

8. ЛИТЕРАТУРА

1. Поњавић, Зоран, Приватизација породице и породичног права, Службени гласник, Београд, 2009.
2. Станковић, Гордана, Предговор, Закон о парничном поступку, ИП Јустинијан, Београд, 2004.
3. Станковић, Гордана, „Начело диспозиције и недозвољене радње располагања у парничном поступку“, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/06, Интермекс, Београд.
4. Станковић, Гордана, Лексикон грађанског процесног права, Службени гласник, Београд, 2018.
5. Станковић, Гордана, Закон о парничном поступку, објашњења, тумачења и стварни регистар, шеснаесто издање, Службени гласник, Београд, 2022.
6. Станковић, Гордана, Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, девето издање, Универзитет Мегатренд, Београд, 2013.
7. Станковић, Гордана, Боранијашевић, Владимир, Грађанско процесно право, Ниш, 2020.
8. Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, бр. 72 /11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20.
9. Породични закон, Службени гласник РС, бр. 18/05, 72/11, 6/15.

PROCEDURAL FUNCTIONS OF THE COURT IN SPECIAL FAMILY CASES LITIGATION PROCEEDINGS

Abstract: The court that resolves family law disputes in litigation has different procedural functions. In addition to the basic task of resolving the dispute, the court is authorized to initiate individual adhesion family litigation proceedings, to collect the necessary procedural material by applying the investigative principle, to act and decide ex officio in a series of procedural situations, to be a mediator in the resolution of a status marital dispute, to protect the interests of children, to apply special professional knowledge not only in the field of children's rights, to decide on the costs of the procedure based on a free assessment, taking into account the reasons of fairness.

Keywords: special family civil proceedings, procedural principles, investigative principle, official principle, adhesion procedure

ПРЕКИД ПОСТУПКА РАСПРАВЉАЊА ЗАОСТАВИШТИНЕ

Проф. др Илија Бабић¹

***Апстракт:** Међу учесницима поступка расправљања заоставштине може настати спор. Због спора о чињеницама од којих зависи неко њихово право, суд доноси решење о прекиду оставинске расправе (нотар није надлежан да донесе ово решење), а учеснике упућује да у одређеном року покрену парницу или поступак пред надлежним органом управе (чл. 127 Закона о ванпарничном поступку – ЗВП). На исти начин ће суд поступити ако је спорна само примена права или је настао спор о чињеницама или су у истој правној ствари спорни право и чињенице (чл. 129 ЗВП). Прекид расправе траје док парнични суд или орган управе не донесу правноснажну одлуку. Ако су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи право на легат или спор „о другом праву из заоставштине“ (чл. 128 ЗВП), суд ће упутити учеснике да покрену парницу или поступак пред органом управе, али неће донети решење о прекиду поступка расправљања заоставштине. Правноснажна одлука оставинског суда или нотара не спречава учеснике да своја наследна и друга права остварују у парници (решење о наслеђивању има деклараторни карактер – својство наследника стиче се у моменту смрти оставиоца).*

Аутор у раду разграничава спор о чињеницама од спора о примени права те настоји да разреши домаћај права на издвајање предмета домаћинства из имовине оставиоца (није предмет заоставштине) различито одређен у чл. 2 став 3 и чл. 38 Закона о наслеђивању, а у вези са чл. 127 став 2 тач. б) ЗВП.

***Кључне речи:** спор о чињеницама, спор о примени права, прекид оставинске расправе, упућивање на парницу, издвајање предмета домаћинства.*

¹ Професор универзитета у пензији, prof.ilijababic@gmail.com

1. УОПШТЕ

Поступак за расправљање заоставштине (оставински поступак) изворно води и окончава суд по службеној дужности. Стварно надлежан за вођење поступка јесте основни суд, а функционално судија појединац. Месно је надлежан основни суд на чијем је подручју оставилац имао пребивалиште у време смрти. Ако оставилац у време смрти није имао пребивалиште, месно је надлежан основни суд на чијем подручју је оставилац имао боравиште, осим ако је законом другачије одређено (члан 97 Закона о ванпарничном поступку – ЗВП²).

Суд је дужан да по службеној дужности повери нотару спровођење оставинског поступка у року од осам дана од пријема смртвнице,³ а нотар је дужан да прихвати спровођење оставинског поступка (члан 145 став 3 ЗВП). Од ове императивне одредбе ЗВП прописан је изузетак само „када неки од наследника захтијева спровођење поступка искључиво пред судом“ (члан 94 став 3 ЗВП). Стварна, месна и функционална надлежност основног суда и поверена надлежност нотару за вођење оставинског поступка јесте њихова законска надлежност. Стога учесници оставинског поступка не могу уговорити ни стварну ни месну надлежност суда (члан 98 ЗВП). Ништав је такав, евентуални, пророгациони споразум.

Главни учесници оставинског поступка⁴ јесу суд и нотар, али у поступку учествују и други помоћни органи: матичар, орган старатељства, суд на чијем подручју се налазе предмети заоставштине, суд на чијем подручју је умро оставилац (ако то није суд на чијем подручју је имао своје пребивалиште). Поступак расправљања заоставштине (оставински поступак) обухвата припретни поступак, припремање оставинске расправе, оставинску расправу, доношење решења о наслеђивању и поступак по правним лековима.⁵ Као шири појам од оставинске расправе (централног дела поступка)

² „Службени гласник РС“, бр. 36/09 и 91/16.

³ Смртвницу саставља матичар (по речима ЗВП, „орган јединице локалне самоуправе надлежан за послове вођења матичних књига“) који врши упис чињенице смрти (члан 99 став 1 ЗВП). Према одредебама члана 92 ЗВП Републике Србије, матичар који је извршио упис смрти доставља суду извод из матичне књиге умрлих. Кад прими тај извод оставински суд решењем поверава јавном бележнику састављање смртвнице.

⁴ У правној науци се истиче да се може бранити израз „странка“ и у ванпарничним једностраначким поступцима – Старовић, Б., Учесници (странке) у ванпарничном поступку, Правни живот, број 1/90, стр. 30.

⁵ Ђурђевић, Б. Д., Институције наследног права, Службени гласник РС, Београд 2012, стр. 279.

обухвата и радње других помоћних органа и учесника (другог, а не оставинског суда, састављање смртовнице од стране матичара – „орган јединице локалне самоуправе надлежан за послове матичних књига“ – члан 99 став 1 ЗВП, одређивање привременог старатеља од стране органа старатељства и друго). У тексту важећег ЗВП, међутим, разликовање оставинског поступка од оставинске расправе (поступка расправљања заоставштине) није доследно спроведено. У оставинском поступку својство споредног учесника имају и наследници, легатари (сублегатари), извршиоци тестаментa (чл. 118–122 Закона о наслеђивању – ЗН⁶), старалац заоставштине (члан 152 ЗН), старалац одвојене заоставштине (члан 164 став 3 ЗН), али и повериоци оставиоचेви (члан 164 ст. 1 и 2 ЗН).

Члан 15 ЗВП прописује да у ванпарничним поступцима (укључујући и поступак расправљања заоставштине) „одлучује судија појединац или нотар, као повереник суда“. Ужа овлашћења од суда има нотар. Тако, против решења које је донео нотар, учесник може поднети приговор. У том случају нотар је дужан да оставински спис достави суду на даље постпање. На исти начин поступа нотар и ако су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи неко њихово право. Одлучујући о приговору против решења које је донео нотар, суд може решење о наслеђивању одржати на снази или га у целости или делимично укинути (када ће сам одлучити о тој ствари) – чл. 151а и 152 ЗВП.

У пракси и правној науци није усаглашен став у којим случајевима се прекида оставинска расправа као ни домашај права на издвајање предмета домаћинства из имовине оставиоца (не улази у предмет заоставштине). Ради разјашњења ових питања нужно је првенствено синтетичко излагање ових института.

2. ПОЈАМ СПОРА О ЧИЊЕНИЦАМА И ПРАВУ

У току оставинске расправе доношење решења о наслеђивању може зависити од решења другог питања које чини самосталну правну целину, а о том питању још није донео одлуку суд или други надлежни орган (парнични или кривични суд или орган управе). Члан 20 ЗВП одређује да у ванпарничном поступку уопште суд може сам решити претходно питање, ако законом није другачије одређено. Таква одлука поступајућег суда „има правно дејство смо у ванпарничном поступку у коме је то питање ријеше-

⁶ „Службени гласник РС“, бр. 1/09, 55/09 – исправка, 91/16).

но“. Међутим, ако су међу учесницима „спорне чињенице важне за рјешавање претходног питања, суд ће их упутити да у одређеном року покрену парницу или поступак пред надлежним органом управе ради рјешења спорног права, односно правног односа“ (члан ст. 1 и 2.21 ЗВП). Следом тога, оставински суд није овлашћен да сам решава претходно питање у случајевима прописаним чл. 127–129 ЗВП.⁷

Суд (нотар) је дужан да у оставинском поступку утврди ко су наследници умрлог, која имовина чини његову заоставштину и која права из ње имају наследници, легатарии и друга лица (в. члан 91 ЗВП). Претходно утврђује да ли су испуњене основне претпоставке за наступање сукцесије: да ли је и када наступила смрт оставиоца, да ли постоји заоставштина и какав је њен састав те да ли постоје наследници који могу (имају право) и хоће да наследе. Ако ове чињенице нису спорне, суд ће на основу њих те материјалноправних и процесних одредаба „извести свој закључак о наследноправним учинцима оставитељевој смрти“.⁸ Међу учесницима оставинског поступка, међутим, неке од ових чињеница од којих зависи неко њихово право, могу бити спорне. У ванпарничном поступку се, по правилу, не разрешава спор о чињеницама него у парничном поступку или у управном поступку. Учесници у поступку могу се спорити и о примени права. Да би суд донео закључак (одлуку) служи се силогизмом – мисаоним испитивањем каква правна последица следи кад се одговарајућа правна норма примени на конкретно чињенично стање. Суд мора претходно утврдити наведене релевантне чињенице – чињенично стање за одређени случај (*praemissa minor*) које се, затим, подводе под одговарајућу правну норму (*praemissa maior*).⁹

Ако су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи неко њихово наследно право, по правилу, постоји спор о материјалним чињеницама (*praemissa minor*), а то је најчешћи разлог за прекид поступка расправљања заоставштине. Поступак расправљања заоставштине ће се прекинути ако су спорне чињенице од којих зависи „неко њихово право“ (члан 127 став 1 ЗВП) – право на наслеђе или какво друго право из заоставштине. Оставински суд може упутити учесника (у случајевима предвиђеним ЗВП) на парницу стварно и месно надлежном суду. Решењем оставинског суда не може

⁷ В. Стаменковић, Д., Прекид ванпарничног поступка и упућивање на парницу, Правни живот, бр. 1/90, стр. 67.

⁸ Gavella, N., Belaj, V., *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2008, str. 482.

⁹ Познић, Б., Грађанско процесно право, Савремена администрација, Београд 1970, стр. 52 и 53; Ђурђевић, Б. Д., исто, стр. 307.

се „стављати у надлежност парничном суду да суди у стварима за које није законом предвиђена његова надлежност“¹⁰.

Кад је међу учесницима спорно која се правна норма примењује на конкретно чињенично стање односно како би је требало тумачити (*praemissa maior*) постоји спор о примени права. У том случају оставински суд неће учеснике упућивати на парницу и прекидати поступак (ако је парница покренута) него ће о примени права одлучити по правилу *iura novit curia* (суд познаје законе).¹¹

3. СПОР О ЧИЊЕНИЦАМА И УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЦУ

3.1. Уопште

Ако су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи неко њихово право, оставински суд ће решењем прекинути расправљање заоставштине и учеснике упутити да покрену парницу пред судом или поступак пред органом управе, да би се ово (прејудицијелно) питање разрешило. Суд ће прекинути расправљање заоставштине у случајевима прописаним чланом 127 став 2 ЗВП. Из употребе речи „нарочито“ проистиче да су наведени, примера ради, најзначајнији случајеви због којих суд прекида поступак, а не њихов коначан број.

Оставинску расправу суд неће прекинути кад су спорне чињенице:

¹⁰ Одлука Врховног суда Југославије, Рев. 297/73, Тодоровић, В., Кулић, Р., Наследно право и ванпарнични поступак у пракси, Службени гласник, Београд 2004, стр. 533, 534).

¹¹ Тако је, у одлуци Врховног суда Србије Рев. 3804/97 од 27. августа 1997. заузет став:
„Из стања у списима произлази да заоставштину оставиље чини један стан, да је законски наследник оставиље њена кћерка и да у току поступка за расправљање заоставштине оставиљин брат није поставио захтев за наслеђе или какво друго право из заоставштине, него је само истакао да на стану има право сусвојине по основу заједничког стицања са оставиљом, са којом је живео у заједници.

Из овог произлази да захтев оставиљиног брата не извире из наследног права него из других имовинскоправних односа, те да он нема својство странке у овом оставинском поступку – члан 174 истог закона.

Стога је суд правилно применио материјално право кад није прекинуо расправљање заоставштине и сачекао исход парнице коју је покренуо оставиљин брат. Ово стога што решење о наслеђивању везује само странке у погледу одлуке о праву на наслеђе а оставиљин брат може у парници истицати захтев који се заснива на праву својине независно од наслеђа.“

које закон претпоставља;¹² које су општепознате – „Не треба доказивати чињенице које су општепознате“ (члан 125 ст. 3 и 4 ЗПП); које су потврђене јавним исправама (члан 132 став 1 ЗПП).¹³

Суд по службеној дужности спровођење оставинског поступка поверава нотарима који имају службено седиште на подручју тог суда (члан 145 ЗВП). Ако су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи неко њихово право, нотар је дужан да оставински спис достави на даље поступање суду који му је поверио спровођење оставинског поступка (чл. 151а и 154 ЗВП). Решење о прекиду поступка и упућивању на парницу донеће оставински суд.

3.2. Основ наслеђивања

Оставински суд ће прекинути расправљање заоставштине ако су спорне чињенице од којих зависи право на наслеђе, а нарочито пуноважност или садржина тестаментна или однос наследника и оставиоца на основу кога се по закону наслеђује. У овом случају спорне су чињенице од којих зависи сам основ позивања на наслеђе¹⁴ – на основу тестаментна и закона (члан 5 ЗН). Чињенично питање јесте и да ли је тестамент непуноважан због неспособности тестатора да га сачини, мана воље или недостатка законом прописане форме (чл. 64–67 и чл. 99 ЗН). На парницу ће се упутити заинтересовано лице које истиче да је тестамент уништен случајем или радњом неког другог лица, изгубљен, сакривен или затурен после смрти завештаоца или пре његове смрти, али без његовог знања, ради доказивања чињеница за његову пуноважност у складу са чланом 100 ЗН.

Кад је очевидно да исправа нема својства тестаментна (писмо упућено потенцијалном наследнику којим се не распоређује заоставштина), иако то тврде неки или сви учесници поступка, суд неће прекидати оставинску расправу јер не постоји спор о чињеницама него о примени права. Учесник може и у том случају да покрене парнични поступак да би утврдио да ли наведена исправа има обележја тестаментна. Ако је између наследника спорно да ли се оставилац потписао на тестаменту, то није спор о чиње-

¹² Тако се претпоставља савесност – види, на пример, члан 312 став 5 Закона о стварим правима „Службени гласник РС“, бр. 124/08, 3/09 – исправка, 59/09, 95/11, 60/15 и 18/16 – одлука Уставног суда Републике Српске.

¹³ Gavella, N., Belaj V., *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2008, str. 484.

¹⁴ Крећ, М., Павић, Ђ., *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Narodne novine, Zagreb 1964, str. 714.

ницама него о примени права. Тада суд или нотар коме је поверено вођење поступка неће прекинути оставинску расправу с обзиром на то јер је ово спор о примени права. Постоји спор о чињеницама ако је спорно да ли је оставилац тестамент сачинио под принудом те ће се оставинска расправа прекинути.¹⁵ Оставински суд или нотар (коме је поверено вођење оставинске расправе) прекинуће оставинску расправу ако неки од учесника истиче да је тестватор у време сачињавања (или опозива) тестаментa био неспособан за расуђивање.

Једна од претпоставки за наслеђивање јесте и постојање наследника који су способни (и желе) да наследе. Најтежи случај недостојности настаје ако наследник умишљајно лиши или покуша да лиши оставиоца живота (члан 149 став 1 тачка а) ЗН. Постојање овог разлога недостојности суд утврђује по службеној дужности (члан 150 став 3 ЗН). Оставински суд није овлашћен да реши ово претходно питање. О постојању кривичног дела и кривичне одговорности одлучује кривични суд. Поступање оставинског суда у овој правној ситуацији ЗВП није регулисао те се на овај однос сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку – ЗПП¹⁶ (члан 2 став 2 ЗВП). Суд ће одредити прекид оставинске расправе сходно одредбама члана 379 став 2 ЗПП, који ће трајати док се не донесе правноснажна одлука у кривичном поступку да ли је наследник учинио кривично дело лишења живота или покушаја лишења живота оставиоца (члан 381 ств 2 ЗПП). Оставински суд је у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца везан правноснажном пресудом кривичног суда којим се оптужени оглашава кривим¹⁷ (сходна примена члана 12 став 3 ЗПП). Он није везан другом врстом одлуке јавног тужиоца односно кривичног суда (нпр. због одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, ослобађајућом пресудом, због застарелости кривичног гоњења и др.).¹⁸

¹⁵ Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., Коментар Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник, Београд 2015, стр. 515.

¹⁶ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 – одлука УС, 45/09 – одлука УС, 49/09 и 61/13.

¹⁷ „Правноснажна пресуда донета у кривичном поступку, којом је утврђено кривично дело и кривична одговорност учиниоца умишљајног лишења живота оставиоца, веже оставински суд, приликом одлучивања о недостојности за наслеђивање“ (одлука Округног суда у Суботици, Гж. 786/90 од 20. јуна 1990, Судска пракса, број 7/91, стр. 30).

¹⁸ Разлог недостојности за наслеђивање мора бити поуздано утврђен.

Ако је истрага прекинута због одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, кривични списи нису довољни да сумња, макар и била основана, прерасте у тврдњу да је

Чињенице на основу којих се наслеђује на основу закона јесу и однос наследника и оставиоца (као што је природно и грађанско сродство те брачна веза). Прекинуће се оставинска расправа ако неко лице сматра да је ванбрачно дете оставиоца (ванбрачно сродство је изједначено са брачним у погледу наслеђивања – члан 4 став. 1 ЗН) и упутиће се на парницу против оставиочевих наследника, а ако их нема, против Републике Српске, којој је предата заоставштина. Поступак се прекида ако неко лице тврди да је усвојеник оставиоца из потпуног или непотпуног усвојења, а о томе нема доказа у списима предмета. Такође, прекинуће се поступак ако наследници оставиоца истакну да је усвојилац поднео захтев за раскид непотпуног усвојења. Прекид поступка траје све док орган старатељства о томе не донесе правноснажно решење.

Супружник је наследник у првом наследном реду, а ако иза умрлог нису остали потомци он наслеђује у другом наследном реду (чл. 9 и 11 ЗН). Ако брак супружника и оставиоца престане пре његове смрти, престаје и законско наследно право преживелог супружника. Брак престаје пре смрти једног од супружника поништењем и разводом брака. Смрћу физичког лица отвара се његово наслеђе. Наследници су она лица која су то својство имала у време смрти оставиоца, а заоставштину чине сва наслеђивању подобна права која је оставилац имао у тренутку смрти. Било би неправично да преживели супружник по закону наследи ако је оставилац за време живота поднео тужбу за развод брака или поништење брака из разлога за које је надживели супружник знао (несавестан је) или је брак трајно фактички престао његовом кривицом или на основу споразума са оставиоцем. За овакве правне ситуације члан 24 ЗН прописао је изузетке.

Супружник губи наследно браво (иако је то право био стекао у време смрти оставиоца): ако је оставилац поднео тужбу за развод брака, а после смрти оставиоцеве се утврди да је тужба била основана; ако његов брак са оставиоцем буде поништен¹⁹ после смрти оставиоцеве, из узрока за чије

настао разлог недостојности за наслеђивање (одлука Врховног суда Србије, Рев. 4052 од 24. октобра 1995 – види и пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2870/05 од 14 новембра 2006, Бабић, И., Коментар Закона о наслеђивању, Службени гласник РС, Београд 2021, стр. 67 и 68–79).

¹⁹ Члан 24 став 2 тачка б) прописује да супружник „нема право на наслеђе“ ако његов брак са оставиоцем „буде оглашен за непостојећи или буде поништен“. Категорија непостојећих правних послова постала је беспредметна ступањем на снагу 1. октобра 1978. Закона о облигационим односима који у непуноважне уврштава ништаве и рушљиве уговоре (чл. 103–117). Одредбе ЗОО које се односе на уговоре сходно се примењују

је постојање надживели супружник знао у време закључења брака и ако је његова заједница живота са оставиоцем била трајно престала његовом кривицом или у споразуму с оставиоцем. У случају да је поднесена тужба оставиоца за поништење брака међу наследницима често је спорно да ли је преживели супружник био савестан. Преживели супружник губи наследно право ако брак буде поништен само ако је несавестан (знао је за узроке ништавости у време закључења брака). Ову чињеницу суд који поништава брак, по правилу, не наводи у изреци пресуде. Наследници (најчешће ако преживели супружник није њихов родитељ) могу истицати да је преживели брачни друг несавестан (знао је за узроке ништавости). У овом случају настаје спор о чињеницама од којих зависи право на наслеђе те ће суд наследника који истиче несавесност упутити на парницу. Његово право сматра се мање вероватним јер се савесност сваког човека претпоставља. Расправљање заоставштине ће се такође прекинути ако је спорно да ли је заједница живота преживелог супружника са оставиоцем била трајно престала његовом кривицом или у споразуму с оставиоцем. Остарилац, чији је брак престао за време његовог живота разводом или поништењем²⁰, може бившег супружника одредити за тестаментарног наследника.

3.3. Издвајање предмета домаћинства и различита решења ЗН о овом институту

Суд ће прекинути расправљање заоставштине и упутити учеснике да покрену поступак пред судом ако су спорне чињенице од којих зависи основаност захтева надживелог супружника и потомака оставиоцевих, који су живели са оставиоцем у истом домаћинству, да им се из заоставштине издвоје предмети домаћинства који служе за задовољавање свакодневних потреба (члан 127 став 2 тачка б) ЗВП). Ова процесноправна одредба није се ослонила на материјалноправу – члан 2 став 3 ЗН, него на члан 38 ЗН. Стога се мора историјски, телеолошки и систематски тумачити. Процесна одредба не може мењати одредбу материјалног права – служи остварењу материјалне одредбе. Питање је да ли се у овом случају примењују одредбе члана 2 став 3 или члан 38 ЗН. Према одредбама члана 2 став 3 ЗН,

и на остале правне послове (члан 25 став 3). О ништавим и непостојећим уговорима видети, на пример: Бабић, И., Неважећи правни послови, Архив за правне и друштвене науке, број 4/2001.

²⁰ Брак престаје разводом или поништењем кад пресуда суда о поништењу односно разводу брака постане правноснажна (члан 44 став 3 Породичног закона).

предмети домаћинства који не чине заоставштину јесу само они који су „мање вриједности (покућство, намјештај, постелјина и слично“, „служе свакодневним потребама оставиоцевих потомака, његовог супружника и родитеља, а ова лица их стичу у заједничку својину „ако су са оставиоцем живјели у истом домаћинству“. Члан 38 став 1 ЗН прописује да надживелом „супружнику и потомцима оставиоцевим који су живјели са оставиоцем у истом домаћинству припадају предмети домаћинства који служе за задовољавање њихових свакодневних потреба“. Они не припадају супружнику и потомцима „ако су ови предмети знатније вриједности“. Овај израз се разликује од оног наведеног у члану 2 став 3 ЗН да су то предмети „мање вриједности“. Реч је о истом институту. У оба члана, примера ради, наведе се исти предмета домаћинства – „покућство, намјештај, постелјина и слично“. Институт издвајање предмета домаћинства наведен у члану 38 став 1 ЗН, скоро дословно је преузет из члана 36 став 1 Закона о наслеђивању²¹ раније СР БиХ, који је у свој текст преузео члан 38 савезног Закона о наслеђивању.²² У члану 223 став 2 тачка 2 савезног Закона о наслеђивању поновљена је формулација из члана 38 став 1 тог закона да ће суд прекинути оставинску расправу ако су спорне чињенице од којих зависи „оправданост захтева преживелог брачног друга и потомака оставиоцевих, који су живели са оставиоцем у истом домаћинству, да им се из заоставштине издвоје предмети домаћинства који служе за задовољавање свакодневних потреба“. Ови закони право на издвајање предмета домаћинства предвиђају за супружника и потомке оставиоца.

Члан 2 ЗН дословно је преузет из члана 1 Закона о наслеђивању Републике Србије²³ због чега се и појавила несагласност између члана 2 став 3 ЗН и члана 38 став 1 ЗН у вези са чл. 127 став 2 тачка б) и 169 ЗВП.²⁴ Члан 2 став 3 ЗН уврштен је у опште одредбе, а члан 38 став 1 јесте посебна одредба која искључује примену општих по правилу „*Lex specialis derogat legi generali*“. Из историјата института „издвајања предмета домаћинства“ проистиче да су родитељи оставиоца грешком наведени у члану 2 став 3 ЗН

²¹ „Службени лист СР БиХ“, број 7/80 и 15/80 – исправка.

²² „Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/55 и 19/65.

²³ „Службени гласник РС“, бр. 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15

²⁴ Због накнадног уношења члана 1 у ЗН Србије овај члан је у нескладу са чланом 119 став 2 Закона о ванпарничном поступку Србије („Службени гласник СРС“, бр. 25/82 и 48/88 и „Службени гласник РС“, бр. 46/95 – други закон, 18/05 – други закон, 85/12, 45/13 – други закон, 55/14, 6/15, 106/15 – други закон и 14/22) који изоставља родитеље оставиоца наведене у члану 1 став 3 ЗН Србије.

као лица која на њима стичу заједничку својину. Они нису били наведени у савезном Закону о наслеђивању, а ни републичким законима о наслеђивању (бивше СФРЈ) који су га скоро у целости преузели пре више од пола века, када су на селу родитељи често живели са својом децом, што је данас све ређа појава.

Предмети домаћинства мање вредности нису предмет заоставштине, за разлику од предмета домаћинства веће вредности које чине предмет заоставштине. Оставиочеви потомци и његов супружник, на основу члана 38 став 2 ЗН, по сили закона стичу заједничку својину на овим предметима (стварима). Члан 127 став 2 тачка б) ЗВП оправдано је изоставио и родитеље оставиоца као титуларе заједничке својине. Издвајање ових предмета из заоставштине суд ће учинити по службеној дужности.²⁵ Издвајање предмета домаћинства је облигационо право ових наследника с обзиром на то да на тим стварима стичу законски прелегат.

Законски наследник који није потомак а ни супружник који је живео са оставиоцем у истом домаћинству може захтевати да му се оставе предмети домаћинства који служе за задовољавање свакодневних потреба само на његов захтев. У том случају ће се вредност ових предмета урачунати у део тог законског наследника (члан 169 ЗН).

Суд ће донети решење о прекиду расправљања заоставштине ако су између наследника спорне чињенице да ли су предмети домаћинства, с обзиром на целокупну вредност заоставштине, веће или мање вредности или кад је спорно да ли је неки потомак живео у са оставиоцем у истом домаћинству.

3.4. Величина наследног дела и урачунавање

Суд ће прекинути поступак расправљања заоставштине ако су између наследника спорне чињенице од којих зависи величина наследног дела, а нарочито урачунавање у наследни део. Тако ће се на парницу упутити: деца оставиоца, која наслеђују са његовим супружником, ако истичу да немају нужних средстава за живот и да имају право да наследе део или целу заоставштину коју би по закону требало да наследи супружник оставиоца (члан 23 ЗН); супружник оставиоца ради повећања наследног дела или наслеђивања целе заоставштине (члан 25 ЗН); родитељи оставиоца ради повећања наследног дела или наслеђивања целе заоставштине (члан 26

²⁵ Крећ, М., Павић, Ђ., *n. d.*, str. 525.

ЗН); санаследници који захтевају урачунавање поклона и легата законским наследницима (чл. 51–63 ЗН).

3.5. Основаност искључења из нужног дела и недостојност за наслеђивање

За време оставинске расправе могу бити спорне „чињенице од којих зависи основаност искључења нужних наследника или основаност разлога за недостојност“ (члан 127 став 2 тачка г) ЗВП). Закон о наслеђивању уређује искључење нужних наследника (чл. 47–49) и лишење нужног дела у корист потомака (члан 50 ЗН) презимајући решења из чл. 47–50 савезног Закона о наслеђивању из 1955. године. У правној науци основано је оцењено да је у обе правне ситуације реч о искључењу наследника из наслеђа: у првом случају о искључењу у ужем („правом“) смислу (*exhereditio ob iusta causa*), а у другом у ширем смислу – „искључење у облику лишења нужног дела у корист потомака (*exhereditio bona mente*)“²⁶. Стога одредбе члана 127 став 2 тачка г) ЗВП имају у виду обе врсте искључења, при чему искључење у ужем смислу представља за наследника грађанску санкцију, док лишење, осим санкције за наследника, има за његове одређене потомке и заштитни карактер. Оба вида искључења из нужног законског наследног дела настаје због кривице искљученог наследника.²⁷ Искључење или лишење из наслеђа нужних наследника може бити потпуно или делимично и увек настаје на основу воље оставиоца изражене у тестаменту „на несумљив начин“, о чему суд не води рачуна по службеној дужности.²⁸ Стога из наслеђа нису

²⁶ Крећ, М., Рајић, Ђ., *n. d.*, стр. 134; исто и Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., *n. d.*, стр. 522.

²⁷ „Нужни наследник може бити искључен из наслеђа ако се повредом неке законске или моралне обавезе теже огрешио о оставиоца. Није довољно да радње наследника имају спољна обележја повреде обавезе, већ је неопходно да за такво понашање постоји наследникова кривица (пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2488/15 од 3. фебруара 2016, Стојановић, Н. и други, Збирка сенденци из грађанског права и грађанског процесног права, књига друга, Службени гласник, Београд 2019).

²⁸ „Нужног наследника може искључити из наслеђа само оставилац, и то у облику потребном за завештање које је извршено на несумњив начин, то не може да уради нико уместо оставиоца и када су неспорни докази о постојању разлога за искључење“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1287/06 од 3. октобра 2006; „Суд не може искључити наследника из наслеђа чак ни кад су неспорни докази о постојању тог права, јер је искључиво право оставиоца да то учини само путем завештања као јасан и несумљив израз воље“ (Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж. 642/16, од 31. марта 2016) – Ба-

искључени они наследници који нису наведени у тестаменту (имају право на нужни законски део), што је потврдила и судска пракса.²⁹ Супротно томе, недостојност за наслеђивање, као најтежа грађанска санкција за наследника, настаје по сили закона, по правилу, без воље оставиоца. Постојање недостојности суд утврђује по службеној дужности, осим у случају тежег огрешења о обавезу издржавања и неуказивања нужне помоћи (члан 149 тачка г) ЗН), док је у случају спора о основаности искључења дужност доказивања да је искључење основано на ономе ко се на искључење позива (члан 48 став 3 ЗН). На подношење тужбе активно је легитимисан и наследник који се на искључење не позива али тврди да има наследно право.³⁰ У случају да је завешталац искључио наследника из наслеђа (у ужем смислу) основ за искључење мора постојати у време сачињавања тестаamenta. Ако основ није постојао у то време, таква одредба тестаamenta је ништава, што је основано оцењено у судској пракси.³¹ Оставински суд ће на парницу упутити наследника који тврди да није постојао основ за искључење у време сачињавања тестаamenta. За разлику од основа за искључења наследника који морају постојати у време сачињавања тестаamenta, код лишења наследника из наслеђа основ за лишење може престати у време смрти завештаоца. Тада престају и законски разлози за лишење. Суд или нотар ће лишеног наследника, који се позива на чињеницу да су престали разлози за лишење, упутити на парницу да се ове чињенице утврде.

Најчешће настаје спор о чињеницама: да ли се наследник увредљиво или грубо односио према оставиоцу; да ли је искључени наследник учинио кривично дело према завештаоцу или другим лицима из члана 47 став 1 ЗН; да ли се одао нераду и непоштеном животу; да ли је постојао основ

бић, И., Коментар Закона о наслеђивању, Службени гласник, Београд 2021, стр. 245 и страна 251)

²⁹ „Нужни наследници нису искључени из наследства тиме што су изостављени из тестаamenta, јер тестаментална одредба о искључењу мора бити изричита“ (одлука Врховног суда БиХ, Рев. 5/89 од 17. августа 1989, Билтен судске праксе ВС БиХ, број 3/89).

³⁰ „Иако оправданост искључења из наследства мора доказати онај који се на искључење позива, ипак је онај који тврди да има наслеђено право активно легитимисан на тужбу, а то тим више ако је рјешењем оставинског суда упућен на парницу“ (Решење Врховног суда Словеније, Гж.299/60 од 9. јуна 1960, наведено код: Крећ, М., Pavić, Ђ., *n. d.*, str. 143).

³¹ „Изјава тестатора о искључењу нужног наследника нема правног дејства у случају када у време састављања тестаamenta није постојао ниједан од законских разлога за њихово искључење из наслеђа“ (Одлука Врховног суда Србије, Рев. 212/86, Билтен Округног суда у Београду, бр. 27–28, стр. 75).

за искључење наследника у време сачињавања тестаментa (члан 48 став 2 ЗН); да ли је презадужен или расипник те да ли су пунолетни потомци лишеног наследника неспособни за привређивање. Ако је кривични суд донео правноснажну пресуду којом је искључени наследник оглашен кривим, оставински суд (нотар) је везан том одлуком и неће прекидати оставинску расправу (члан 12 став 3 ЗПП).

У једном делу правне науке истиче се да „ако поступак не би био започет, или покренут, грађански суд ће бити надлежан за оцјену да ли постоје сви потребни елементи кривичног дјела које може бити разлогом искључења“.³² У том смислу је и став да ће оставински суд прекинути поступак и „упутити заинтересовано лице да докаже да је кривично дело учињено у прекорачењу нужне одбране“ у парничном поступку.³³ Парнични суд, међутим, није надлежан да утврђује извршење (неизвршење) кривичног дела, независно од тога да ли је кривични поступак покренуо или је могао да га покрене јавни тужилац, приватни тужилац или оштећени као тужилац.³⁴ У овим случајевима оставински суд ће прекинути поступак и на парницу упутити санаследника који се на искључење позива са циљем да докаже да ли одређено понашање искљученог наследника представља повреду моралне обавезе и теже огрешење према оставиоцу.

Суд ће прекинути расправљање заоставштине ради утврђивања да ли постоје разлози за недостојност. Да ли је наследник учинио кривично дело умишљајног лишења живота оставиоца или покушаја лишења утврђује се правноснажном одлуком кривичног суда. Ако се још води кривични поступак, прекид оставинске расправе траје док се не донесе правноснажна одлука кривичног суда. Санаследника који истиче да је наследник недостојан јер је принудио или преварио оставиоца да би сачинио или опозвао тестамент или неку његову одредбу или га је спречио да то учини или да га је уништио, сакрио или фалсификовао (члан 149 тач. б) и в) ЗВП) оставински суд ће упутити на парницу. Да ли се наследник теже огрешио о обавези законског издржавања оставиоца по правилу се утврђује у оставинском поступку (нарочито ако је суд правноснажном пресудом на издржавање обавезао наследника), а ако то није у могућности да утврди, санаследника ће упутити на парницу. Суд ће на парницу упутити и санаследника ради

³² Крећ, М., Рајић, Ђ., *n. d.*, стр. 139.

³³ Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., *n. d.*, стр. 523.

³⁴ Видети: члан 2 тач. 4–8 Законика о кривичном поступку („Службени гласник РС“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – одлука Уставног суда Србије и 62/21 – одлука Уставног суда Србије).

утврђивања да наследник није хтео да оставиоцу укаже нужну помоћ или да је умишљајно довео оставиоца у стање сталне неспособности за сачињавање тестаментa (члан 149 тач. г) и д) ЗВП).

3.6. Одрицање од наслеђа

Расправљање заоставштине се прекида и ако настане спор о чињеницама да ли се неко лице одрекло наслеђа. Својство наследника стиче се у моменту смрти оставиоца. Наследник који се до завршетка расправе о заоставштини није одрекао наслеђа остаје наследник. Изјава о одрицању требало би да буде јасно записана да би изостало њено различито тумачење.³⁵ Ако се наслеђа одрекао, то важи и за потомке онога који се одрекао од наслеђа. Наследник се може одрећи наслеђа само у своје име када се фингира да никада није био наследник те га наслеђују његови потомци по праву представљања (члан 154, а у вези са чланом 10 ЗН). Не може се одрећи од наслеђа наследник који је располагао целом или једним делом заоставштине. Акте располагања заоставштином ЗН настоји да разграничи од мера редовног управљања. Тако се мере које један наследник предузме само ради „очувања заоставштине“, као и мере „текуће управе“, не сматрају актом одрицања од наслеђа (види члан 156 ЗН). Између наследника може настати спор да ли су одређени правни или фактички акти наследника акти располагања или „очувања заоставштине“. Ово је спор о чињеницама од којих зависи право наследника због чега ће оставински суд прекинути расправљање заоставштине и упутити на парницу санаследника чије право сматра мање вероватним.

Изјава о одрицању (као и о примању) од наслеђа не може се опозвати али се може поништити ако је изазвана принудом (физичком или психичком – претњом) или је дата услед преваре или у заблуди (члан 159 ст. 1 и 3 ЗН).

4. ОБАВЕЗАН ПРЕКИД РАСПРАВЕ НЕЗАВИСНО ОД ВРСТЕ СПОРА

Суд ће прекинути оставинску расправу у случајевима одређеним у члану 129 ЗВП. Поступак се прекида по службеној дужности, без обзира

³⁵ „Изјава законског наследника да признаје важност завештања нема значај изјаве о одрицању од наслеђа“ (пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 6877/13 од 3. априла 2015, Билтен АС у Београду, број 7/2015).

на то да ли је спорна само примена права или је настао спор о чињеницама или је у истој правној ствари спорна примена права и чињенице. Суд неће донести решење о прекиду расправе ако између наследника не постоји спор (о чињеницама или примени права).

Решење о прекиду оставинске расправе и упућивању на парницу или поступак пред органом управе донеће суд: а) ако између наследника постоји спор о томе да ли нека имовина улази у заоставштину; б) ако између наследника постоји спор поводом захтева потомака или усвојеника оставиоца који су са њим живели у заједници да им се из заоставштине издвоји део који одговара њиховом доприносу у увећању вредности оставиоцеве имовине. У обе правне ситуације постоји спор шта чини предмет наслеђивања. У првом случају спор настаје само између наследника (који наслеђују на основу тестаментa или закона или и на основу тестаментa и закона). Предмет наслеђивања јесте заоставштина – сва наслеђивању подобна права која је оставилац имао у својој имовини у тренутку смрти (члан 2 став 2 ЗН). Спор између наследника може настати због тога што преживели супружник тврди да се на имену оставиоца воде непокретности које представљају заједничку имовину коју је стекао са оставиоцем и да то својство имају и одређене покретне ствари и права. Међу наследницима може бити спорно да ли су одређене ствари и права обухваћене уговором о уступању и расподели имовине за живота или уговором о доживотном издржавању. Ствари и права која су предмет ових уговора не чине предмет наслеђивања, али наследници могу у парничном поступку истицати да су непуноважни (рушљиви или ништави). Прекид поступка ће трајати до правноснажног завршетка парничног поступка.

5. УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЦУ БЕЗ ПРЕКИДА РАСПРАВЕ

Приликом вођења оставинске расправе међу учесницима може настати спор о томе које се правне норме примењују на утврђене чињенице. У овом случају се поступак не прекида јер суд (нотар) зна право. Међу учесницима могу бити спорне чињенице од којих зависи право на легат, а спор може настати и „о другом праву из заоставштине“ (члан 128 ЗН). Тада ће суд упутити учеснике да покрену парницу или поступак пред органом управе, али неће донети решење о прекиду оставинске расправе.

Легат се оставља тестаментом легатару који има својство повериоца. За разлику од наследника који то својство стиче у моменту смрти оставиоца (без обзира на то да ли се наслеђује на основу тестаментa или закона),

легатар (као сингуларни сукцесор), у тренутку смрти оставиоца, стиче облигационо право – да захтева испуњење легата од наследника или другог лица коме је тестатор наложио испуњење легата. Стога право да се захтева извршење легата од наследника или другог лица застарева за годину дана од дана када је легатар сазнао за своје право и био овлашћен да тражи извршење легата – члан 117 ЗН (на пример, због постављеног услова или одређеног рока).

„Друго право из заоставштине“ члан 128 ЗВП није ближе одредио. Под тим вишезначним изразом треба сматрати првенствено ствар која се неосновано сматра предметом наслеђивања. Друго право може се односити на ствари и права који нису обухваћени чл. 127 и 129 ЗВП. Тако се у смртници или записнику о попису и процени заоставштине може навести да је саставни део заоставштине оставиоца ствар или право, које је посебна имовина преживелог супружника или другог наследника.

Због спора о праву на легат или о другом праву из заоставштине суд ће донети само решење којим учесника (чије право сматра мање вероватним) упућује на вођење парничног или управног поступка, али неће прекидати оставинску расправу. Учесници могу и без решења суда о упућивању на парницу покренути парнични или управни поступак. Уколико је суд расправио заоставштину, а требало је да учеснике упутити на парницу, то не представља битну повреду поступка. Наиме, учесник може, и кад је донесено правноснажно решење о наслеђивању, тужбом у парничном поступку захтевати „добро“, односно исплату одговарјуће новчане противвредности (видети: члан 130 те чл. 139–141 ЗВП).

6. УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЧНИ ИЛИ УПРАВНИ ПОСТУПАК. ПРЕКИД ПОСТУПКА

Нотар коме је суд поверио вођење оствинског поступка ће, у случају да су међу учесницима спорне чињенице од којих зависе неко њихово право, предмете списка доставити на даље поступање суду (члан 151а став 1 тачка в) ЗВП). Суд ће на вођење парничног или управног поступка (на пример, пред органом старатељства ради доказивања да је оставилац усвојио одређено лице и да стога има наследно право) упутити учесника чије право сматра мање вероватним. У неким случајевима закон одређује ко се упућује на парницу. Тако је члан 48 став 3 ЗН прописао да је дужност доказивања да је искључење (из нужног дела) основано „на ономе ко се на искључење позива“, те ће се овај учесник упутити на парницу. С обзиром на правило

да је тестамент првенствени основ позивања на наслеђе (чл. 5 и 6 ЗН) као мање вероватно сматра се наследно право засновано на закону, од права садржаног у формално пуноважном тестаменту који није оспорен.

Ако законом није одређено ко је легитимисан за тужбу, односно ко је дужан да докаже основаност свог права, оставински суд ће сам оценити чије право је мање вероватно. Најчешће се на парницу упућује учесник, који супротно исправама у списима предмета и законским претпоставкама истиче неко своје право из заоставштине. Упућује се на парницу учесник који истиче да је заоставштином обухваћена заједничка имовина супружника, да постоји заоставштина која није уписана на оставиоца, да постоји усмени тестамент (чл. 81 ЗН), да писмени тестамент није пуноважан³⁶ или да је сачињени тестамент уништен, сакривен, изгубљен или затурен супротно вољи оставиоца (члан 100 ЗН), да је неки наследник или легатар недостојан да наследи, да тестамент који испуњава формалне услове за пуноважност није пуноважан, и друго.³⁷

У решењу којим прекида оставинску расправу суд ће одредити рок у коме треба покренути парницу пред судом или органом управе. Овај рок не може бити дужи од 30 дана. Против решења о прекиду поступка и упућивању на парницу може се изјавити жалба у року од осам дана од дана достављања решења, која задржава његово извршење (чл. 16–18 ЗВП). У овој правној ситуацији суд не доноси решење о застоју и упућивању учесника на парницу (против кога није дозвољена посебна жалба), и не чека истцање рока застоја да би тек тада донео решење о прекиду поступка (против кога је жалба дозвољена), како то истичу поједини правни писци.³⁸ Према одредбама члана 382а ЗПП, суд ће застати са поступком када је то прописано законом, а у овој правној ситуацији ЗВП (а ни други закон) није прописао доношење решења о застоју.

У случају да је учесник поступио по решењу суда и поднео парничну тужбу односно захтев за вођење управног поступка, прекид поступка трајаће док парница пред судом или поступак пред органом управе не буде правноснажно завршен (члан 130 став 3 ЗВП). Правноснажна је пресуда која се више не може побити жалбом (члан 196 став 1 ЗПП). Решење органа управе против кога се не може изјавити жалба јесте коначно решење,

³⁶ Види одлуку Окружног суда у Београду, Гж. 7696/96, Тодоровић, В., Кулић, Р., н. д., стр. 534.

³⁷ Стаменковић, Д., н. д., стр. 74.

³⁸ Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., н. д. стр. 124.

а ако се против њега не може покренути ни управни спор, постаје правноснажно (члан 13 Закона о општем управном поступку).³⁹ Ако учесник не поступи по решењу суда и не покрене парнични или управни поступак у року који му је одређен, суд (нотар) ће наставити расправљање заоставштине. Учесник може доцније, а најкасније до окончања оставинске расправе, да покрене парнични или управни поступак. Уколико о томе поднесе доказ оставинском суду (копија поднесака – тужбе или захтева – са доказом када су поднесени), поново ће се прекинути оставинска расправа. У случају да учесник није покренуо парнични или управни поступак до закључења оставинске расправе, довршиће се расправљање заоставштине, независно од тога какве захтеве су учесници. Наступање правноснажности решења о наслеђивању или друге одлуке суда (нотара) не спречава учеснике да покрену и воде парнични поступак да би остварили своје право (чл. 130 ст. 4 и 5 ЗВП).

7. ЗАКЉУЧЦИ

Ако су међу учесницима поступка расправљања заоставштине спорне чињенице од којих зависи неко њихово право (чл. 127 Закона о ванпарничном поступку – ЗВП) нотар, а ни суд, нису овлашћени да сами решавају ово претходно питање. Тада суд донеси решење о прекиду ове расправе, а учеснике упућује да у одређеном року покрену парницу или поступак пред надлежним органом управе. На исти начин поступа суд ако је спорна само примена права или је настао спор о чињеницама или су у истој правној ствари спорни право и чињенице у складу са чл. 129 ЗВП. Прекид расправе траје док парнични суд или орган управе не донесу правноснажну одлуку. Уколико су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи право на легат и „о другом праву из заоставштине“ (члан 128 ЗВП) суд ће упутити учеснике да покрену парницу или поступак пред органом управе, али неће донети решење о прекиду поступка расправљања заоставштине.

Правноснажна одлука оставинског суда или нотара не спречава учеснике да своја наследна и друга права остварују у парници (решење о наслеђивању има деклараторни карактер).

Спор о примени права разрешава суд по правилу *iura novit curia*. Право на издвајање предмета домаћинства (нису предмет заоставштине)

³⁹ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 13/02, 87/07 – исправка, 50/10 и 66/18.

из имовине оставиоца имају супружник и потомци, али не и родитељи оставиоца, како је то грешком унесено у члан 2 став 3 Закона о наслеђивању.

8. ЛИТЕРАТУРА

1. Бабић, И., Коментар Закона о наслеђивању, Службени гласник РС, Београд 2021.
2. Бабић, И., Неважећи правни послови, Архив за правне и друштвене науке, број 4/2001.
3. Gavella, N., Belaj, V., *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2008.
4. Ђурђевић, Б. Д., Институције наследног права, Службени гласник РС, Београд 2012.
5. Крећ, М., Рајић, Ђ., *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Narodne novine, Zagreb 1964.
6. Старовић, Б., Учесници (странке) у ванпарничном поступку, Правни живот, број 1/90.
7. Стаменковић, Д., Прекид ванпарничног поступка и упућивање на парницу, Правни живот, бр. 1/90.
8. Познић, Б., Грађанско процесно право, Савремена администрација, Београд 1970.
9. Станковић, Г., Трговчевић Прокић, М., Коментар Закона о ванпарничном поступку, Службени гласник, Београд 2015.
10. Стојановић, Н. и други, Збирка сентенци из грађанског права и грађанског процесног права, књига друга, Службени гласник, Београд 2019.
11. Тодоровић, В., Кулић, Р., Наследно право и ванпарнични поступак у пракси, Службени гласник, Београд 2004.

Илија Бабић, PhD
Retired Professor of the University

STOPPING THE PROBATE PROCEEDINGS

Conclusions: *If there are disputed facts among the parties on which some of their rights depend (Article 127 of the Serbian Law on Non-Contentious Proceedings), the notary public and the court are not authorized to solve the above question by themselves. The court will stop the discussion of the inheritance and instruct the parties to start a lawsuit or a procedure before the administrative body. The court acts in the same way if only the application of the law is in dispute or there is a factual dispute or there is factual and dispute on the application of the law in the same legal matter according to the article 129 of the Serbian Law on Non-Contentious Proceedings. The discussion of the inheritance will be stopped until a civil court or an administrative body makes*

the final decision. If there is a factual dispute among the parties on which their right to a legacy or another right to the estate depends (Article 128 of the Serbian Law on Non-Contentious Proceedings), the court shall also instruct the parties to start a lawsuit or a procedure before the administrative body, but will not halt the probate proceedings.

The finality of the decision on inheritance made by the probate court or the notary public shall not prevent the parties to exercise their hereditary and other rights in civil proceedings (the decision on inheritance has a declaratory character).

*The dispute on the application of the law shall be resolved by the court on the principle of *iura novit curia*. The right to separation of household items from the estate (those not subjected to inheritance) is held by the surviving spouse and descendants but not the testator's parents, as it was mistakenly included in the Article 2, Paragraph 3 of the Serbian Inheritance Law.*

Keywords: *factual dispute, dispute on the application of the law, stopping the probate proceedings, referring to a civil action, separation of household items.*

REFORMA GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA U BIH SUĐENJE I (ILI) PARNIČENJE

Prof. dr Branko Morait

***Apstrakt:** Posljednja reforma procesnog zakonodavstva, kako krivičnog tako i građanskog, uvela je akuzatorski princip kroz načela i pravila. Na taj način promijenjen je tradicionalni sistem procesnog pravosuđa tako što su u njegovu strukturu ugrađena procesna načela i pravila anglosaksonskog, akuzatorskog sistema. Cilj nam je ispitati domašaj i značaj ovih reformatorskih zahvata koji su obuhvatili sve bivše zemlje jugoslovenske regije.*

***Ključneriječi:** načelo materijalne istine, akuzatorski postupak, inkviziciono načelo, raspravno načelo, dokazni postupak.*

1. UVOD

Posljednja reforma građanskog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini¹, Republici Srpskoj², Federaciji BiH³ i Brčko distriktu BiH⁴, obilježena je, između ostalog, ukidanjem načela materijalne istine i afirmisanjem procesne ili sudske istine. Reformatori naglašavaju da je to učinjeno radi postizanja ekonomičnosti parničnog postupka kao glavnog naslijeđenog nedostatka zatečenog sistema parničnog suđenja u BiH.

Načelo materijalne istine, kao ideja vodilja dosadašnjeg parničnog postupka u BiH, operacionalizovana je načelom sudskog upravljanja parnicom i in-

¹ Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16).

² Zakon o parničnom postupku („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13).

³ Zakon o parničnom postupku („Službene novine FBiH“, 53/03, 73/05, 10/06 i 98/15).

⁴ Zakon o parničnom postupku Brčko distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, 17/08 i 2/10).

kvizicionom, istražnom, maksimumom. Naša pravnička javnost, a posebno pravni teoretičari, nisu bili saglasni sa ovim reformatoskim zahvatom, ali je reforma brzo izvedena a posljedice tek slijede.

Istorijski razvoj modernog parničnog postupka u Bosni i Hercegovini prati se od 1883. godine, od kada su se počela primjenjivati načela austrijskog parničnog postupka, odnosno Glaser–Pražakov nacrt Građanskog parničnog postupka iz 1981, kao Građanski parnični postupnik za Bosnu i Hercegovinu iz 1883. godine.⁵ Ovaj zakonski akt na snazi je ostao do 1929. godine. Njega je smijenio jugoslovenski Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama, koji je stupio na snagu 3. avgusta 1929. godine. Komisija, kojoj je 1921. godine bila povjerena izrada ovog zakonika za cijelu jugoslovensku državu, kao osnovu za svoj rad prihvatila je austrijski Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama od 1. avgusta 1895. godine.⁶ Na koncepcijama austrijsko-germanskog kontinentalnog prava nastali su i kasniji jugoslovenski zakonski projekti, zakoni o parničnom postupku iz 1958. i 1978, koji su se, u Bosni i Hercegovini, primjenjivali i nakon osamostaljenja, tj. sve do donošenja entitetskih i dr. zakona o parničnom postupku u Bosni i Hercegovini.⁷

2. MATERIJALNA ISTINA I SUDSKA ISTINA

2.1. O načelima građanskog parničnog postupka

Pravilnost i zakonitost sudske odluke misao je vodilja cjelokupnog procesa, njegov cilj i smisao.⁸ Ukrštajući ovaj osnovni cilj parnice s načelom ekonomičnosti postupka lako je zaključiti da načelo procesne ekonomije ima pretežno tehnički a ne suštinski značaj, jer služi olakšavanju nesmetanog rada sudije na donošenju pravilne i zakonite sudske odluke, u krajnjoj liniji, meritornom rješenju spora. Uprkos tome, reformatori parničnog postupka oslonili su se na percepciju javnosti i u javnosti prisutnu raširenost kritike sporosti pravosuđa, za šta su naišli na političku podršku kako domaćih tako i stranih političkih faktora.

U primjeni reformisanog ZPP zapažene su problematične pojave koje se odnose, prvenstveno, na sužene mogućnosti ukidanja presuda niže sudske in-

⁵ Navedeno prema Čizmić, J., str. 21.

⁶ Ibid., 22.

⁷ Vidi fusnote 1–4.

⁸ Milivoje Č. Marković, *Osnovna načela parničnog postupka*, Novi Sad, 1977, 125.

stance i vraćanja prvostepenoj instanci nepravilnih i nezakonitih odluka. Time su prvostepene instance uskraćene odgovornosti za počinjene greške u sudovanju čije bi ih ispravljanje po uputama više sudske instance dovelo do bolje sudske prakse. Po našem mišljenju, onaj koji je napravio grešku u suđenju treba da je ispravi, a ne da to umjesto njega čini viša instanca. Ispravljajući svoju grešku treba da nauči da je ne ponovi, a višoj instanci bi preostalo ono za šta je i namijenjena, postupanje po pravnim lijekovima. Očito je da su redaktori novih rješenja ZPP smatrali da neukidanje i vraćanje nižoj sudskoj instanci vodi ubrzanju postupka i postizanju efikasnosti suđenja. Redaktori nisu imali u vidu drugu stranu medalje: da se suštinski povređuju procesna prava stranaka i remeti rad sudova. Ovakvim, novim, pristupom, potire se razlika u suđenju između prvostepenog i drugostepenog, žalbenog, apelacionog, suda. A ta razlika je nužna. Sudeći sud, pred koji se iznosi činjenični supstrat spora i koji ima neposredni uvid u činjenični materijal koji je prikupio i izveo, treba da donese pravilnu ali i zakonitu presudu. Na prvostepenom sudu je zadatak pravilnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja, ali, takođe, i pravilna primjena materijalnog prava. Drugostepeni, žalbeni, apelacioni sud treba da postupa po žalbi kojom stranka upozorava na eventualne nedostatke prvostepenog postupka koji se odnose na nepravilno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, povrede odredaba procesnog zakona i nepravilnu primjenu materijalnog prava.

Ako izvršimo uvid u procesni konstrukt po novom ZPP, postavlja se pitanje opravdanosti postojanja ovako zamišljenih prvostepenih sudskih instanci, jer oni postaju neka vrsta, figurativno kazano, „prolazne stanice“, kroz koju prolazi „brzi voz suđenja“ i više se ne vraća. Apelacioni sud, po pravnom lijeku, treba da preuzme njihovu ulogu i ponovno sudi o istoj stvari. Tako zamišljenim prvostepenim sudovima nikakvu odgovornost ne stvara nekvalitetan rad, jer ne očekuju vraćanje spisa predmeta na ponovno suđenje. Proizlazi i da ne moraju paziti na kvalitet svoga rada, nego samo na kvantitet, jer će sve greške popravljati apelaciona instanca. Loše proveden postupak, nepravilna i nezakonita odluka i drugi propusti u radu, ne dovode, po novom ZPP, do odgovornosti prvostepene sudske instance. Po našem mišljenju, koje odudara od tradicionalne prakse, prvostepeni sudija morao bi biti visokokvalitetan i kao takav vrednovan odnosno nagrađen. Na njemu stoji sav teret pravilnog i zakonitog suđenja. Od njega građani i druge stranke na sudu očekuju pravdu. Šta on uspije da uradi donosi zaštitu subjektivnih građanskih prava i ljudskih prava u građanskom parničnom sudovanju. Prvostepeni sudija treba da je sudija „u najboljoj formi“. On se ni po primanjima ne bi trebalo da odvajaju od sudija sudova više instance. Nažalost, iskustvo govori da se tako stvari ne odvijaju u pravosudnoj organizaciji. Po našem mišljenju,

pored optimalnih procesnih pravila i ličnost sudije presudno utiče na pravilnost i zakonitost suđenja i presuđenja.

U teoriji građanskog procesnog prava, vrsni teoretičari žurno rješavanje sporova nikada nisu smatrali procesnom vrlinom, odnosno vrijednošću za kojom treba žuditi i kojoj treba stremiti. Žurba u suđenju nije cilj, već je osnovni procesni cilj donošenje pravilne i zakonite odluke. Opravdana je samo pravilna i zakonita odluka, a nikako hitno i na prečac donesena odluka. Kako istaknuti teoretičari građanskog procesnog prava ističu u svojim radovima, sama riječ „proces“, prema svome smislu i značenju, upućuje na „jedno lagano, smišljeno, dostojanstveno kretanje naprijed.“⁹ Pravni teoretičari ukazuju na istoriju procesnog prava u kojoj su načela procesnog prava uslovljena i zavisna od naroda u kojem su stvorena ili „pravnog kruga“ kojem pravo tog naroda pripada. Slični životni uslovi traže slična rješenja, a različiti različita.¹⁰ Tako se može doći i do shvatanja pravde koje postoji u konkretnoj životnoj sredini odnosno zajednici.

Počev od 19. vijeka razvija se i afirmiše shvatanje da je građanski sudski postupak ustanova u javnom interesu, pa se teži uspostavljanju odgovarajućeg balansa između dispozicionog (raspravnog) načela i inkvizicionog načela.¹¹ U tom pravcu se vidi uticaj raspravnog načela na uvođenje obaveznog zastupanja stranaka od kvalifikovanih pravnih zastupnika, punomoćnika nasuprot rješenju da se umjesto obaveznog advokatskog zastupanja uvede načelo sudskog podučavanja stranaka nevičnih pravu.¹² Dosljedno sprovedeno načelo stranačke dispozitivnosti naslanja se na pravnu prirodu građanskih subjektivnih prava. Međutim, neposredni predmet parnice nije isključivo subjektivno materijalno pravo po kojem je samo stranaka *dominus litis* („gospodar spora“). Neposredni predmet parnice je pravozaštitni zahtjev za zaštitu subjektivnog građanskog prava. Od subjektivnog građanskog prava odvaja se, proizlazi, „pravo na tužbu“, koja se upućuje državnom sudskom organu, te je, po svojoj pravnoj prirodi, „pravo na tužbu“ jedan javnopravni institut. Sudska odluka, što nas vraća na temu ove rasprave, ne može da zavisi samo od volje stranaka, jer je objektivni cilj postupka ostvarenje materijalnopravnog poretku priznavanjem od strane autoriteta vlasti subjektivnih građanskih prava onom subjektu kojem su ona nezakonito uskraćena, osujećena ili oduzeta.¹³

Može se postaviti pitanje da li sudijska funkcija treba da zavisi od volje parničnih stranaka i u kojoj mjeri sudija treba da postupa po službenoj dužno-

⁹ *Ibid.*, 124.

¹⁰ *Ibid.*, 3.

¹¹ *Ibid.*, 4.

¹² *Ibid.*, 5.

¹³ *Ibid.*, 24.

sti.¹⁴ Ako bi se, hipotetički, cjelokupni parnični postupak prepustio stranačkoj dispoziciji, ne bi bilo nikakvih garancija da sud donese pravilnu i zakonitu odluku. Sud će, eventualno, moći donijeti odluku, ali, najvjerojatnije samo u interesu i u korist bogatije, bolje zastupane i branjene stranke, nauštrb kako istine tako i siromašnije, procesno neorganizovanije i lošije branjene stranke. A to je poraz pravosuđa kao javno-pravne, društvene, funkcije.

Ipak, zakonodavac ove dileme rješava odnosno usložnjava zavisno od sopstvenih pogleda na parnicu. Zakonodavno se može parnica organizovati kao borba privatnih interesa stranaka pred sudom, koji je pasivni posmatrač te borbe i koji se oglašava tek nakon okončanja te borbe, da „proglasi pobjednika“. S druge strane, moguće je da zakonodavac postavi sud u poziciju odlučivanja u sporu o građanskom pravu kada parnica ima javno-pravnu funkciju, a nezavisni sud predstavlja državni organ iz treće grane vlasti. Nema sumnje da ovaj drugi pristup preovlađuje u domaćoj, evropskokontinentalnoj, tradiciji parničnog pravosuđa, koja se oslanja na germanski uzor. Tada će načela ZPP morati sadržavati i princip sudskog rukovođenja parnicom zbog čega bi se morao očuvati i uticaj inkvizicione maksime na tok postupka.¹⁵ Po našem mišljenju, reformisano građansko parnično pravosuđe ne bi trebalo da postane „stranačka stvar“ ili njihovo sredstvo za rješenje spora po nečijoj, jačoj, volji. Građanski parnični postupak mora obazbijediti da sud, kao državni organ, nakon iscrpljivanja stranačke dispozicije pokretanjem spora tužbom (i kasnijim ulaganjem propisanih pravnih lijekova), parnični postupak vodi *ex officio*.¹⁶ Nesumnjivo, stoji da je bitan položaj sudije u parnici da, s pozicije javnog interesa, omogućí adekvatno promovisanje privatnih interesa parničnih stranaka, omogućavajući im ravnopravno sporenje i pravednu presudu.¹⁷

2.2. Načelo slobodne ocjene dokaza i materijalna istina

Presuda parničnog suda može biti pravilna samo onda kada izgled parnične stvari, kako je stranke prezentiraju sudu, i onoga što sud o toj parničnoj stvari, nakon završetka raspravljanja zaključí, postanu, u dovoljnoj mjeri podudarni. Postoji neminovni raskorak između onoga kako stranke vide stvari i onoga kako parnična stvar egzistira u stvarnosti. Različite su interpretacije činjenica iz

¹⁴ *Ibid.*, 25.

¹⁵ *Ibid.*, 36.

¹⁶ *Ibid.*, 37.

¹⁷ *Ibid.*, 38.

stvarnosti, bilo namjerno ili usljed čovjekove nesavršenosti, a njihovu istinitost ili neistinitost treba sud da utvrdi. Zbog toga je nužan dokazni postupak. „Provjeravanje istinitosti stranačkih činjeničnih navoda i utvrđivanje istine o pravno relevantnim činjenicama naziva se dokazivanje.“¹⁸ Dokazivanje je zajednička djelatnost suda i stranaka pomoću koje sud treba da utvrdi istinitost stranačkih činjeničnih navoda, ni manje ni više nego „ko govori istinu“, radi dobijanja materijala za donošenje pravilne presude.

2.3. Formalna i materijalna istina

Formalnu istinu možemo nazvati i sudskom, jer je svaka sudska presuda, dok se ne ukine od strane više sudske instance odnosno, dok god je pravosnažna, relevantna istina za parnične stranke. S druge strane suštinska je materijalna ili stvarna istina o nekom predmetu spora. Loše je za sud i za stranke ako se formalna istina, oličena u sudskoj odluci, razlikuje od materijalne istine. Formalna istina pohranjena je u sudskom spisu, a materijalna istina postoji u stvarnosti ali i u svijesti parničnih stranaka često i u prosuđivanju šire javnosti. U tom kontekstu, u javnosti se govori o pravednoj ili nepravednoj sudskoj odluci.

Istinitu činjeničnu podlogu, neophodnu za presuđenje od strane redovnog suda, u krajnjoj liniji, trebalo bi dobiti kada sudija, rukovodeći se procesnom inkvizicionom maksimom, utvrđuje postojanje svih pravno relevantnih činjenica, onako kako bi trebalo da postupa sudija, osobito, u krivičnom postupku. Nevjerovatno je saznanje, koje se širi unutar pravne zajednice, da je i krivično-procesno sudovanje omekšalo stav prema utvrđivanju materijalne istine.¹⁹ U redovima krivičara procesualista suočeni su s istim pravno-logičkim problemima kao i u redovima procesualista civilista.²⁰ Ističe se da nepostojanje obaveze suda da se stara o potpunom rasvjetljavanju krivične stvari utvrđivanjem istinitosti odlučnih činjenica obesmišljava da se u postupku po žalbi ispituje činjenično stanje.

¹⁸ *Ibid.*, 87.

¹⁹ Dr Milan Škulić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu izjavljuje za „Politiku“, 10. septembra 2011. godine, između ostalog: „Istina kao da mnogo ne zanima naše reformatore. Ona je u zakonskom predlogu implicitno označena kao svojevrsni nepotrební luksuz u krivičnom postupku. Akteri krivične procedure nisu čak dužni ni da teže istini. Sada se istini više teži u klasičnom parničnom postupku, nego u krivičnoj proceduri, pa ispada da će uskoro u Srbiji biti važnije utvrditi čija je kokoška prešla preko međe nego ko je koga ubio.“

²⁰ I. Ilić, *Utvrđivanje činjenica u reformisanom krivičnom postupku*, Zbornik radova „Odnos prava u regionu i prava Evropske unije“, Istočno Sarajevo 2015, str. 474–493.

Ako je utvrđivanje činjeničnog stanja u isključivoj dispoziciji stranaka, čemu da se osporava nepotpunost činjeničnog osnova.²¹ Autor iz činjenice opstajanja ovog žalbenog osnova zaključuje da je zakonodavac, ipak, zasnovao legitimaciju suda da zajedno sa strankama utvrdi istinitost odlučnih činjenica, jer ako odlučne činjenice nisu istinito utvrđene, činjenično stanje biće pogrešno.²² Otuda se tek žalbeni postupak javlja kao platforma za utvrđivanje materijalne istine, što daje dodatni zadatak apelacionom sudu i otvara mogućnost da i drugostrepeni sud zakazuje raspravu radi utvrđivanja potpunog i pravilnog činjeničnog stanja. Time se arhitektonika građanskog sudskog postupka dobroano mijenja.

Građanski sudski postupak je, preliminarno, limitiran dispozitivnom maksimumom po kojoj pokretanje spora zavisi od dispozicije stranaka. Međutim, protezanje ove inicijalne ideje na dalji tok postupka može završiti tako da se kao rezultat dobije samo „formalna istina“, čija se istinitost pretpostavlja, „van razumne sumnje“. Slično je reformisan i krivični postupak u kojem se istinitost pretpostavlja ako je predmet dokazivanja istinit „van razumne sumnje“. Tako se instalira iznenađujuća novotarija u utvrđivanje supstrata sudske odluke i rezultata dokazivanja, jer na mjesto nesumnjivo utvrđene materijalne istine stupa pravni standard „van razumne sumnje“. Osim toga, u sistemu procesnih pravila u kojem je materijalna istina cilj, zloupotrebu stranačkih ovlašćenja, u postupku utvrđivanja istine, sprečavaju široka sudijska ovlašćenja, jer su sudiji tada data ovlašćenja da aktivno učestvuje u utvrđivanju činjeničnog stanja, u predmetnom sporu. Saglasnost stranaka o činjenicama isključuje potrebu sudijskog istraživanja. Ali, u slučaju nesaglasnosti stranaka o bitnim činjenicama spora, sud, u sistemu istraživanja materijalne istine, ispituje istinitost činjeničnih navoda stranaka i daje svoju ocjenu o tom, ključnom, procesnom pitanju. Znači da parnični sudija ispituje istinitost činjeničnih navoda stranaka kada je, u procesnom zakonodavstvu, legalizovano istražno načelo odnosno inkviziciona maksima. Ako pozitivno pravo legalizuje raspravno načelo, dokaze sudu nude samo stranke. Zbog toga se postavlja pitanje: šta je potrebno učiniti da se autonomija stranaka, u parnici kojom dominira raspravno načelo, svede na razumnu mjeru, kako bi se otvorio put za donošenje pravilne odnosno istinite sudske odluke? Po našem mišljenju, potrebno je parničnim propisom dozvoliti da sudija pozove stranke da sudu podnesu na uvid dokaze koji, po shvatanju suda, nedostaju, radi potpunog osvjetljavanja sporne parnične stvari, ali tako da to ne anulira zabranu primjene inkvizicione maksime kao i da ne utiče na nepristrasnost suđenja.

²¹ *Ibid.*, 489.

²² *Ibid.*, 490.

Prema jugoslovenskom građanskom procesnom pravu, kojim je dominiralo načelo materijalne istine i inkviziciona maksima, sud je bio ovlašćen da sam pronalazi dokaze radi provjere istinitosti činjeničnih navoda stranaka, a formulirano je u odredbi člana 7 stava 3 ZPP²³, „sud je ovlašćen da izvodi i dokaze koje stranke nisu predložile, ako su ti dokazi od značaja za odlučivanje.“ Nadalje, prema odredbi člana 7 stava 1 ZPP/77, „sud je dužan da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi istinitost zahtjeva“. Dakle, to je bio prevashodni zadatak suda, a ne stranaka, kojima je sud davao naloge da postupe u pravcu iznalaženje relevantnih dokaza za svoje činjenične tvrdnje ili ih je pribavljao službenim putem. Pasivnost stranaka, u pogledu pribavljanja onih dokaza koji im ne idu u prilog, osujetio bi sud, pribavljanjem dokaza po svojim naredbama.

Nasuprot navedenom, odredba člana 7 stava 1 važećeg ZPP²⁴, navješćuje drugačiju budućnost: „stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve i da izvode dokaze kojima se utvrđuju te činjenice“.

Očigledna je inverzija pravila u odnosu na ZPP/77 zbog koje dolazi do permutacije uloge suda i stranaka u dokaznom postupku. Prema rješenju ZPP/03, stranke predlažu i izvode dokaze, dok je prema odredbama ZPP/77 sud mogao da izvodi dokaze i koje stranke nisu predložile ako su ti dokazi, po ocjeni suda, od značaja za pravilno odlučivanje o osnovanosti zahtjeva i, u krajnjoj liniji, za utvrđivanje materijalne istine.

Prema načelu materijalne istine, sudija će kao dokazane smatrati samo one činjenice o kojima je stekao sudijsko uvjerenje da su one takve i u stvarnosti, tj. da nisu u nesaglasnosti sa stvarnim stanjem stvari.²⁵ Predstava, koju je sud dobio o stvarnosti nakon izvođenja i ocjene dokaza, trebalo je da bude u tolikoj mjeri uvjerljiva, da sudija stekne uvjerenje da dokazane činjenice u potpunosti odgovaraju stvarnom stanju stvari, tj. da su to dokazane činjenice.

Ako, kako je sada propisano, dokaze predlažu same stranke,²⁶ sud rješenjem dopušta ili odbija izvođenje predloženih dokaza.²⁷ Više ne postoje zakonske mogućnosti da sud rješenjem naredi izvođenje potrebnih dokaza, jer sud više nema takvo zakonsko ovlašćenje²⁸ da preuzima inicijativu za izvođenje potrebnih dokaza radi utvrđivanja istinitosti spornih činjenica.

Ocjena dokaza je sudijski angažman, poređenja predstave o stvarnosti,

²³ „Službeni list SFRJ“, broj 4/77 (u daljem tekstu: ZPP/77).

²⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 58/03 (u daljem tekstu: ZPP/03).

²⁵ Marković, M.Č., 89; član 8 ZPP/77.

²⁶ Član 7 stav 1 ZPP/03.

²⁷ Marković, M.Č., 95.

²⁸ Prema odredbama ZPP/03.

koju je sudija dobio izvođenjem dokaza u dokaznom postupku, sa stranačkim navođenjem dokaza, odnosno poređenje dokaznih rezultata sa temom dokazivanja.²⁹ Koje će činjenice uzeti kao dokazane odlučuje sud na osnovu slobodne ocjene dokaza.³⁰ Navedena odredba, koja promovira slobodnu ocjenu dokaza, ne razlikuje se od formulacije odredbe člana 8 ZPP/77. I jedna i druga odredba promovira teoriju slobodne ocjene dokaza odnosno slobodne sudijske ocjene dokaza. Pitanje je da li ove odredbe, u dva različita zakonska teksta, na isti način služe utvrđivanju materijalne istine u parnici.

U pravnoj teoriji se navodi da suprotstavljajanje pojmova „materijalna istina“ i „formalna istina“ nije logički održivo. Ili nešto jeste istina ili nije istina.³¹ Garancija koju pruža slobodna ocjena dokaza da je nešto istinito leži u sudijskom uvjerenju koje će činjenice uzeti kao dokazane odnosno kao istinite, nakon savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno i svih dokaza zajedno.³²

Prema teorijskim rezonovanjima, uprkos tome što je načelo slobodne ocjene dokaza zavladao procesnim pravom, ono sadrži unutrašnje protivrječnosti koje se ogledaju u, eventualnoj, sudijskoj proizvoljnosti (sudija je čovjek koji, kao i svaki drugi, ima i vrlina ali i mana) i u eventualnoj sudijinoj nespremnosti (profesionalnoj, zdravstvenoj, moralnoj i dr.) za obavljanje odgovornog i zahtjevnog sudijskog poziva. Zbog svega toga, sistem slobodne ocjene dokaza zasniva se na idealizovanoj postavci, zamišljenom liku savjesnog, brižljivog, stručnog, moralnog i poštenog sudije koji humano i profesionalno i nadasve nepristrasno, obavlja svoj poziv. Iz iskustva nije nepoznato da i najsavjesniji sudija može da pogriješi. Sudijska greška je vjerni pratilac sudijske funkcije.

Sistem slobodne ocjene dokaza, prema ZPP/03, sadrži još jednu „sjenku“, a to je eventualno izostajanje sudijske inicijative prilikom predlaganja i izvođenja dokaza. To je nastalo stanje zbog izostavljanja odredbe člana 7 stav 3 ranije važećeg ZPP/77, prema kojoj je sud bio ovlašćen da izvodi i one dokaze koje stranke nisu predložile, ako su ti dokazi, po ocjeni suda, bili od značaja za odlučivanje. Bez ovakve odredbe u ZPP/03, sud ne može doći, u svakom predmetu, do uvjerenja o istinitosti stranačkih navoda, što može oštetiti interese stranaka u postupku, kao i javni interes za pravednim suđenjem.

Na ovom mjesto navešćemo, *in extensi*, dio teksta iz Komentara³³ odredbe

²⁹ *Ibid.*, 100.

³⁰ Član 8 ZPP/03.

³¹ Marković, M.Č., 104.

³² Član 8 ZPP/03

³³ Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005, str. 17–18.

člana 7 ZPP/03: „Odredba člana 7 ZPP-a RS i ZPP-a FBiH je pretrpjela radikalne izmjene u odnosu na odredbu člana 7 sadržanu u ranijem ZPP-u RS i ranijem ZPP-u FBiH. Naime, odredbom člana 7 novog parničnog procesnog zakonodavstva je, za razliku od odredbe člana 7 ranijeg parničnog procesnog zakonodavstva propisano raspravno načelo. Drugim riječima, načelo materijalne istine je ovom radikalnom izmjenom ustupilo mjesto raspravnom načelu koje podrazumijeva koliko činjenica, toliko i prava, a samim tim oslobađa sud obaveze da po službenoj dužnosti prikuplja dokaze i potpuno i istinito utvrđuje sporne činjenice.“ (...) “Propisujući da su stranke dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve i da izvode dokaze kojima se utvrđuju te činjenice (stav 1 odredbe člana 7 ovog zakona) ovom odredbom je ustanovljen princip koliko činjenica, toliko i prava, a samim tim, umjesto načela materijalne istine, propisano je načelo formalne istine. Formalna istina, za razliku od materijalne istine, podrazumijeva da čega nema u spisu, to na svijetu i ne postoji.“³⁴

Latinska pravna sentenca *Quod non est in actis, non est in mundo* ne može se tumačiti kao parola raspravnog načela i formalne istine. Po našem mišljenju, koje se razlikuje od mišljenja izraženog u citiranom komentaru, stanje spisa, koji formira sudija rukovođen principom materijalne istine i posvećen njenom utvrđivanju, mora se razlikovati, po prirodi stvari, od stanja u spisu koje je ustanovio sudija rukovođen raspravnim načelom i načelom formalne istine. Mi govorimo o principjelnim pitanjima, ali je zapaženo da glasovi iz profesionalne zajednice sudija ne ukazuju na nedostatke novih rješenja, nego se čak ističe da nova rješenja imaju veći praktični značaj. Profesionalne sudije parničari ističu argument da samo slovo zakona nije potpuno istisnulo obavezu poštovanja i istraživanja materijalne istine i da unutar novog ZPP/03 postoje mnoge odredbe koje sudiji daju aktivnu ulogu u vođenju parnice.³⁵ U tom smislu se apostrofira značaj pripremnog ročišta koje pruža velike mogućnosti „dobrom sudiji“ za donošenje pravilne i zakonite odluke. Ipak, zabrinjava pitanje: da li je parničnom sudiji sada potrebno da u obrazloženju presude daje iscrpne razloge kojima uvjerava zašto je formirao uvjerenje o istinitosti ili neistinitosti spornih činjenica ili se može zaustaviti na utvrđivanju relativne, na sudu sada jedino moguće, „procesne“ istine, odnosno da bi mogao obrazloženje svesti na formulaciju „na osnovu rezultata izvedenih dokaza koji su navedeni u zapisniku sa glavne rasprave, sud

³⁴ *Quod non est in actis, non est in mundo; Ibid.*

³⁵ Takvo značenje, prema afirmatorima rješenja iz novog ZPP/03 su, na primjer: čl. 3 st. 2; čl. 7 st. 2; čl. 8, 10, 12 st. 1; 53 st. 2; 66 u vezi s 53; 68; 79 st. 2 u vezi s 67; 81, 88 st. 2; 98, 102, 104, st. 2; 124, 125, 126, 127, 144 st. 2 i 3; 155 st. 2; 227, 229 st. 1 i 336.

je našao...“?

Sva ova pitanja i dileme koje smo skicirano iznijeli u prethodnom izlaganju, podstiču na dalja istraživanja i raspravljanja radi usklađivanja načela Zakona o parničnom postupku sa normativnim dijelom datog propisa.

3. PODSJEĆANJE NA „OTVORENO PRAVOSUĐENJE“

Svojevremeno, vodeći jugoslovenski civilisti-procesualisti ubjedljivo su argumentisali neophodnost postojanja aktivno angažovanog sudije u parničnom postupku.³⁶ Pod „otvorenim pravosuđenjem“ oni su podrazumijevali dužnost sudije da, radi potpunog i pravilnog utvrđivanja relevantnog procesnog materijala u parnici, podstiče stranke da iznesu sve odlučne činjenice, da dopune ili preinače svoje stavove, zahtjeve, tvrdnje i prijedloge za izvođenje dokaza, te da sa strankama otvoreno razmatra sve odlučne činjenice i pravne probleme parničnog spora, da im postavlja pitanja i daje odgovarajuća objašnjenja, a neukim strankama pouke.³⁷ Ovakvom, poželjnom konceptu pravosuđenja, prof. Triva suprotstavlja ono koje je, po njegovom mišljenju, proizveo reformisani ZPP/77, a koje je našao u uvriježenom stanovištu tadašnjih sudija, da je ideal nepristrasno suđenje koje simboliše statua božice pravde koja stoji nepomično, vezanih očiju, uzdignuta nad strankama i neangažovana u njihovom sporenju. Svaka aktivnost sudije ugrozila bi njegovu misiju objektivnog mjerača pravde. Prema profesoru Trivi, kako onda tako i sada, na strankama je teret da saberu svu procesnu građu i rasvijetle sve elemente spora, a na sudiji je samo da presudi, strogo vezan zahtjevima, navodima i dokazima parničnih stranaka. Sudija, prema ovom konceptu „zatvorenog pravosuđa“, može izreći svoj sud (*premissa maior*) tek na samom kraju parnice, u presudi.³⁸ Kako možemo primijetiti, stvari oko koncepta „zatvorenog pravosuđa“ dobro su stajale i prije, u jugoslovenskom ZPP/77, tako da redaktorima bosanskohercegovačkog, zapravo, reformisanog jugoslovenskog parničnog procesnog zakonodavstva nije bilo teško da u ZPP/03 instaliraju koncept „nepristrasnog“ pravosuđa. Uprkos zalaganju najviđenijih domaćih teoretičara parničnog procesnog prava i premda nisu postojale prepreke da se, i prema tada važećem ZPP/77, afirmiše koncept „otvorenog pravosuđenja“, u praksi je prevagu odnio koncept „zatvorenog pravosuđa“. Profesor Triva je i ranijem kon-

³⁶ Triva, S., „Esej o otvorenom pravosuđu“, u knjizi S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo*, Zbornik radova, Informator, Zagreb 1977.

³⁷ *Ibid.*, 209.

³⁸ *Ibid.*, 210.

ceptu ZPP/07 zamjerao što u njemu nema mjesta za opšta pravila o prinudnom zastupanju stranaka od strane profesionalnih punomoćnika, što je nagoviješteno ali nije realizovano u postupku donošenja ZPP/03. Zbog toga je neuka stranka izložena permanentnoj opasnosti da izgubi spor i onda kada je pravda na njenoj strani, jer se, iz neznanja, ne zna koristiti adekvatnim procesnim ovlaštenjima, a sudija je na to ne upućuje niti upozorava.³⁹ Povodom toga, prof. Triva duhovito ukazuje da parnični sudija nije kao sportski sudija i da za njega nije bez značaja da li pobjeđuje ili ne pobjeđuje ona stranka na čijoj je strani pravda ili ona koja je spremnija u pravničkoj utakmici. Prof. Triva ponavlja istinu da državni organi djeluju u javnom interesu. Javni interes zahtijeva da se parnica vodi i zaključuje *lege artis*, tako da omogući da, na kraju krajeva, trijumfuje pravda a ne pravnička snalažljivost skupih advokata.⁴⁰ Prof. Triva zaključuje da ukidanje obaveznog zastupanja stranaka, bez istovremenog uspostavljanja „otvorenog pravosuđenja“, predstavlja akt neprikrivene hipokrizije.⁴¹

Bivše jugoslovensko procesno zakonodavstvo, čiji je baštinik i razuđeno bosanskohercegovačko parnično procesno zakonodavstvo, receptor je austro-germanskog procesnog nasljeđa u kojem je preovladavalo načelo sudijskog arbitrenog reda u materijalnom upravljanju parnicom. Uprkos velikom i respektabilnom nasljeđu, reforma građanskog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini prigrlila je rješenja romanskih pravnih sistema u pogledu organizacije upravljanja parnicom, koji su uzor promovisanja ekstremnog stranačkog suvereniteta kao što je i *common law*, „*adversary system*“, da inicijativa u pogledu prikupljanja procesne građe leži na strankama.

Ostaje žal za napuštanjem „otvorenog pravosuđenja“ čiji razvoj je neosnovano zapriječen, a koje je moglo sprečavati zloupotrebe, pružati nužnu pomoć neukim strankama, podstrekavati raspravnu djelatnost stranaka, s jedne strane i, s druge strane, inkvizicionu maksimu zadržati kod sudije koji upravlja parnicom. Tome u prilog išla bi i apsolutizacija pravila *iura novit curia* i nevezanost sudije za pravna shvatanja stranaka te čuvanje pravnog poretka i ideje pravde kroz istraživanje i utvrđivanje tzv. materijalne istine. Na pola puta se nije smjelo stati, zaključio je prof. Triva.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, 212.

⁴¹ *Ibid.*, 215.

4. PREOSTALE NORMATIVNE MOGUĆNOSTI UTVRĐIVANJA ISTINE U ZPP PRED SUDOM BIH

U nastavku ćemo dati pregled posebnih odredaba iz Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine⁴², koje ovlašćuju Sud da primjenjuje norme koje proizlaze iz istražnog načela i da postupa po službenoj dužnosti. Da li su ove odredbe dovoljne da nadomjeste izostavljanje načela materijalne istine iz ZPP pred Sudom BiH, ostaje da se vidi. Sigurno je, uprkos načelnim opredjeljenjima, da utvrđivanje objektivne istine nije protjerano iz parničnog postupka. Uprkos generalnoj kvalifikaciji prema kojoj je materijalna istina napuštena kao osnovna direktiva za postupanje Suda, pojedini sudski poslenici ističu da takva kategorična konstatacija ne odgovara normativnom sadržaju Zakona. U tom smislu se ukazuje da postoje zakonske odredbe koje omogućuju sudiji da postupa koristeći inkvizicionu maksimu, koristeći istražno načelo i postupajući po službenoj dužnosti i kojim se, i u primjeni reformisanog ZPP-a postiže da presuda bude istinita i zakonita. U procesnoj teoriji ističe se kako dispoziciona maksima u parnici može ugroziti ostvarenje načela traženja istine samo u slučajevima kada određene dispozicije vrijeđaju ustanovu javnog poretka, tj. kada su usmjerene na izigravanje prinudnih propisa ili povrede javnog morala.⁴³ U nastavku izlaganja proći ćemo kroz odredbe normativnog dijela ZPP pred Sudom BiH, za koje se može zaključiti da podržavaju istraživanje istine u parnici.

Sud do pravosnažnosti odluke, po službenoj dužnosti Sud pazi na svoju nadležnost (član 3). Sud u postupku primjenjuje materijalno pravo po vlastitoj ocjeni i nije vezan za navode stranaka u pogledu materijalnog prava (član 7 stav 1) Sud neće uvažiti raspolaganja stranaka koja su protivna prinudnim propisima (član 8 stav 2).⁴⁴ Sud je ovlašten odlučiti o zahtjevu o kojem protivnoj stranci nije bila data mogućnost izjašnjanja (član 10 rečenica druga). Sud je ovlašten utvrditi i činjenice koje stranke nisu iznijele i naložiti izvođenje dokaza koje stranke nisu predložile, ako iz rezultata rasprave i dokazivanja proizilazi da stranke idu za tim da raspolazu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (član 12 u vezi sa članom 8 stav 2). Koje će činjenice uzeti kao dokazane odlučuje Sud na osnovu slobodne ocjene dokaza. Sud će savjesno i brižljivo cijeni svaki dokaz posebno i sve dokaze zajedno (član 13). Ako je tužilac u tužbi naveo

⁴² „Službeni glasnik BiH“ br. 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16.

⁴³ Triva, S., *Rječnik građanskog procesnog prava*, Informator, Zagreb, 1968, str. 103.

⁴⁴ Ova odredba ima najveći značaj u cilju istraživanja istine, jer se na nju Zakon više puta poziva.

pravni osnov Sud nije vezan za njega (član 20 stav 3). Sud će postupati po tužbi i kad tužilac nije naveo pravni osnov tužbenog zahtjeva (član 20 stav 4). Sud će tokom cijelog postupka po službenoj dužnosti paziti teče li već druga parnica o istom zahtjevu među istim strankama pred sudom u Bosni i Hercegovini (član 20 stav 5). Sud u toku pripremanja glavne rasprave donosi odluke o upravljanju postupkom u skladu s odredbama ovog zakona (član 31 stav 1). Ako smatra da nema dovoljno činjenica za donošenje odluke o pitanju koje se postavilo u toku prethodnog ispitivanja tužbe, Sud će o tom pitanju odluku donijeti naknadno, čim bude raspolagao s dovoljno činjenica (član 35). Sud će, po prigovoru stranaka ili po službenoj dužnosti odbaciti tužbu u skladu s odredbom člana 34, ako zakonom nije drugačije određeno (član 46 stav 2). Sud će prema rezultatima raspravljanja na pripremnom ročištu odlučiti o čemu će se raspravljati i koji će se dokazi izvesti na glavnoj raspravi (član 48 stav 1). Sud može i po službenoj dužnosti spojiti više parnica radi zajedničkog raspravljanja (član 50 stav 1). Na pripremnom ročištu sud ima u pogledu upravljanja postupkom sva ovlaštenja koja ima i na glavnoj raspravi (član 52). Sud može, najkasnije na pripremnom ročištu, predložiti strankama da spor riješe u postupku medijacije, kako je to predviđeno posebnim zakonom (član 53 stav 1). Sudija u pripremnom postupku, predsjednik drugostepenog vijeća, a po njegovom odobrenju i članovi vijeća, mogu postavljati pitanja strankama, svjedocima ili vještacima u svakoj fazi saslušanja (član 73). Sud će slobodnom oicjenom dokaza utvrditi činjenice na osnovu kojih će donijeti odluku (član 90 stav 2). Sud će naložiti strankama da izvedu i one dokaze koji su bitni za donošenje odluke, a koje stranke nisu predložile, ako utvrdi da stranke idu za tim da raspolaze zahtjevima kojima ne mogu raspolagati u smislu člana 8 stav 2 ovog zakona (član 91 stav 1). Ako stranka ne postupi po nalogu Suda, Sud je ovlašten da po službenoj dužnosti izvede te dokaze (član 92 stav 2). Sud uvijek može postavljati pitanja svjedoku (član 111 stav 2). Ako vještak dostavi nalaz i mišljenje koji su nejasni, nepotpuni ili proturječni sami sebi ili izvedenim dokazima, Sud će pozvati vještaka da ih dopuni, odnosno ispravi, i odrediti rok za ponovno dostavljanje nalaza i mišljenja (član 122 stav 2). Izuzetno, ako postoji opasnost za osiguranje dokaza, sud će o prijedlogu odlučiti i bez prethodnog izjašnjenja protivnika (član 139 stav 2). Sud neće donijeti presudu na osnovu priznanja i kad je udovoljeno potrebnim uslovima, ako nađe da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (član 8 stav 2). Drugostepeno vijeće ispituje prvostepenu presudu u onom dijelu u kojem se pobija žalbom, u granicama razloga navedenih u žalbi, pazeći po službenoj dužnosti na primjenu materijalnog prava i povrede odredaba parničnog postupka iz člana 176 stav 2 tač. 2), 7), 8), 11) i 12) ovog zakona (član 188). Revizijsko vijeće će presudom

odbiti reviziju kao neosnovanu, ako utvrdi da ne postoje razlozi zbog kojih je revizija izjavljena kao ni razlog na koji pazi po službenoj dužnosti (član 215).

5. O MJESTU I ULOZI SUDIJE U REFORMISANOM PARNIČNOM POSTUPKU

Nedovršenost reformom promovisanog „adversarnog“ sistema možda bi bila izbjegnuta da je u suđenje uvedena porota po uzoru na anglosaksonsku porotu. Ovako, kako se stalo na pola puta, domaći sudija se nije oslobodio odlučivanja ni o činjeničnim ni o pravnim pitanjima. Zbog toga naš građanski sudski postupak mora sadržavati procesne garancije da će činjenična pitanja, kao podloga za odlučivanje u sporu, biti istinita. Sudija, zbog nedostatka porote, ne može ostati indiferentan ako, po svom uvjerenju, pred sobom vidi neistinite iskaze, neuvjerljive dokaze i pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje. Anglo-saksonski sudija, u adversarnom sistemu suđenja, zadržava svoj profesionalni dignitet, jer se poroti prepušta sud o činjenicama. Kod nas, profesionalni sudija, po našem mišljenju, zbog zaštite svog profesionalnog ugleda i savjesnog obavljanja poslova i zadataka pravilnog zakonitog i, konačno, pravednog suđenja, ne može s „povezom na očima“ čekati okončanje stranačkog okršaja i proglasiti pobjednika, ma gdje istina ležala.

Nezavisnost sudstva se posmatra iz dva ugla: kao vanjska nezavisnost od druge dvije grane vlasti i kao unutrašnja institucionalna nezavisnost. Vanjska osigurava nezavisnost sudstva od ostalih grana državne vlasti, dok unutrašnja, koju ovdje imamo u fokusu, osigurava odnos nezavisnosti između sudova unutar istog pravosudnog sistema.⁴⁵ Najzad, od značaja je i individualna sudska nezavisnost, koju imaju sudije kao pojedinci u izvršavanju svojih profesionalnih obaveza,⁴⁶ da sude po znanju i savjesti.

- **Isključenje** od suđenja je mjera prema sudiji kada postoji neki od zakonskih razloga po kojima sudija bezuslovno ne može da sudi. Radi se o slučajevima tzv. materijalne, moralne ili profesionalne zainteresovanosti sudije za konkretan slučaj. Isključenje nastaje po sili zakona, *ex lege*. Radi se o slučaju nesposobnosti za suđenje (*iudex inhabilis*).
- **Izuzeće** od suđenja je procesni institut kojim se želi omogućiti da sporove rješavaju objektivne i nepristrasne sudije. Ovdje neko drugi, a

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, 18.

ne zakonodavac u zakonskim odredbama, iznosi razloge koji dovode u sumnju nepristrasnost sudije. Takav sudija nije *iudex inhabilis*, nego je tek *iudex suspectus*, „sumnjiv“ sudija. Radi se o relativnom i subjektivnom razlogu za izuzeće, jer do izuzeća dolazi na zahtjev sudije ili stranke i ako postoji razlog, određena okolnost koja dovodi u sumnju nepristrasnost sudije te da bi takva okolnost djelovala i na javno mnjenje a i na same parničare.

- O značenju razlikovanja isključenja i izuzeća sudije govori nam i sam zakonski tekst; odredbom člana 255 stav 1 tačka 1) propisuje, „*ako je pri donošenju odluke sudjelovao sudija koji je po zakonu morao biti isključe*“, *postupak koji je odlukom suda pravomoćno završen može se na prijedlog stranke ponoviti (ponavljanje postupka)*.⁴⁷
- Za Sud BiH je jedan od zamajaca reforme parničnog postupka pokrenut od Odluke Ustavnog suda BiH broj U-6/12 od 13.07.2012. godine, a po zahtjevu iz Suda BiH, da ZPP pred Sudom BiH⁴⁸ nije u skladu sa odredbom člana II/3 E) Ustava BiH i članom 6 EKLJP, jer nema odredaba o nužnoj delegaciji nadležnosti Suda BiH, što predstavlja, po ocjeni Ustavnog Suda BiH u navedenoj odluci, pravnu prazninu koja vodi i povredi prava na pravično suđenje. Ova pravna praznina popunjena je odredbom člana 6a, po kojoj: *ako Sud zbog isključenja ili izuzeća sudija ne može postupiti, Sud će cijeliti mjesto prebivališta tuženog i o tome obavijestiti Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine, Vrhovni sud Republike Srpske ili Apelacioni sud Brčko distrikta Bosne i Hercegovine koji će odrediti da u tom predmetu postupa drugi nadležni sud*. Ovo je rješenje iz nužde i opravdane su kritike njegove neprimjerenosti, po kojima se ne mogu entitetski zakoni i zakoni Brčko distrikta BiH tumačiti na način da bilo koji sud u BiH bude stvarno nadležan u stvarima iz stvarne nadležnosti Suda BiH, ili obratno, da nijedan sud u BiH ne postupa po odredbama državnog materijalnog i procesnog prava. Međutim, i pored sve opravdane kritike, zaključak je da se iz ovog *circulus vitiosus* ne može izaći, bez izmjene pravosudne organizacije i unifikacije procesnog prava.⁴⁹

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ „Službeni glasnik BiH“ br. 36/04 i 84/07.

⁴⁹ Rašević, Ž., op. cit., 60.

6. ZAKLJUČAK

Bosanskohercegovačko pravosuđe je, u tranzicionom (reformskom) razdoblju upućeno da savladava nametnuti partikularizam i pravne praznine i da se edukuje s obzirom na uticaje principa iz anglosaksonskog pravnog kruga. Pored toga, odlučujući je uticaj sudske prakse Ustavnog suda BiH, koja je oslonjena na praksu Evropskog suda za ljudska prava. Tako se domaći sudija, pored standardne uloge da obavezno tumači i primjenjuje zakonsku normu (opštu pravnu normu) nalazi u permanentnoj poziciji da vodi računa o dosadašnjoj sudskoj praksi koja za njega treba da ima jedino orijentacioni značaj. Međutim, faktički i praktično primijenjeno, sudska praksa, izražena kroz stavove, shvatanja i mišljenja najviših sudova obavezni je orijentir u radu sudova nižeg stepena, jer će se, u slučaju da sude protivno tim stavovima, njihove pravilne i zakonite odluke naći pod udarom kasacije odnosno revizije. U tom smislu treba ocijeniti i širinu važnja visokog principa unutrašnje institucionalne nezavisnosti domaćeg sudije.

Moderni trendovi zahtijevaju zaštitu ljudskih prava iz EKLJP pa tako i prava na pravično suđenje u razumnom roku. Kako je kod nas uočen problem dugotrajnih rokova suđenja i tzv. „starih“ predmeta, zakonodavci su rješenje problema vremenskog trajanja parničnog postupka pronašli na terenu reformisanja procesno-pravnih normi. Oni nisu problem vremenski predugog trajanja građanskog sudskog postupka našli u postojećim organizacionim, kadrovskim i materijalnim (ne)prilikama domaćih sudova. Zbog toga se dogodila ishitrena reforma koja je pogodila zakonske odredbe koje su imale tradiciju germanskog, kontinentalnog sistema, tako da se pristupilo djelimičnoj razgradnji evropsko-kontinentalnog, germansko-jugoslovenskog, sistema normi građanskog procesnog prava. Nije bilo kritičkog otklona od ove ishitrene reforme. Kako ističe M. Damaška, nema normativnih kratica koje vode boljem pravosuđu. Uvijek treba da se zapitamo, po M. Damaški, da li je domaće institucionalno okruženje spremno da prihvati privlačne strane propise. Razlike u organizaciji pravosudnih organa i drugih faktora koji utiču na dobro pravosuđe velike su od zemlje do zemlje. Ako se te razlike zanemare, ne može se isključiti mogućnost da se, miješanjem procesnih ideja, stvore procesne forme koje zaostaju, kako za anglo-američkim, tako i za evropskokontinentalnim formama, u njihovom izvornom obliku. Brzopleta transplantacija propisa može prouzrokovati više štete nego koristi, zaključuje M. Damaška, referirajući se na krivično procesno pravo, što može da važi, *mutatis mutandis*, i za građansko procesno pravo.

Očigledno je da se naše pravosuđe nije prilagodilo novim uslovima napuštajući načelo materijalne istine kao ideju vodilju u postupanju sudije. Neza-

visnost sudije garancija je za nepristrasno postupanje u suđenju. Istovremeno, to je podloga za formiranje sudijskih odluka na osnovu slobodnog sudijskog uvjerenja.

Slično našim reakcijama, javljaju se i reakcije pravnika u Republici Srbiji na njihove reformatorske zahvate koji idu istim putem kao u Bosni i Hercegovini. Oni, u svojim napisima, ističu da jačanje raspravnog načela, uz slabljenje istražnog načela, zbog oslobađanja suda obaveze da po službenoj dužnosti utvrđuje sporne činjenice, ne vodi pravednom suđenju. Oni smatraju da je to uzrokovano nekom vrstom dogmatskog shvatanja odredbe člana 6 EKLJP. Međutim, „dobro“ pravosuđenje nije samo ono koje je „brzo“. Istina ne može biti vrijednosno inferiorna u odnosu na brzinu postupka i javno-pravni osnov prava na sudsku zaštitu ne može biti zanemaren bilo kakvim izgovorom.⁵⁰

U današnjoj Bosni i Hercegovini u primjeni su različiti propisi donijeti od strane različitih legislativnih tijela (u FBiH entitetskih i kantonalnih, u RS entitetskih, u Distriktu Brčko distriktskih, a u BiH zakoni na nivou BiH kao tzv. „državni zakoni“) čijoj se unutrašnjoj harmonizaciji teži, s više ili manje uspjeha. Razlika u odnosu na ranije federalno i savezno zakonodavstvo je u tome što zakoni na nivou BiH nemaju onaj značaj kakav su imali bivši savezni zakoni, niti su hijerarhijski nadređeni entitetskim zakonima. Svaki od tih zakonodavnih nivoa djeluje horizontalno i obuhvata sudove koji primjenjuju zakonodavstvo iz svog domena. U primjeni su i dalje neki bivši savezni zakoni na svim nivoima, kakav je slučaj sa Zakonom o obligacionim odnosima. Sve to usložnjava sudski sistem u Bosni i Hercegovini i čini ga kompleksnijim u odnosu na bivši sistem u SFRJ. Polazeći od ovih konstatacija, čini se neophodnim koristiti se ponuđenim instrumentima za ujednačavanje sudske prakse. Čak i sistem ujednačavanja sudske prakse se dodatno usložnjava odlukama Ustavnog suda BiH po apelacijama kao i dejstvom odluka Evropskog suda za ljudska prava.

Mišljenja smo da ujednačena sudska praksa, pravna shvatanja i načelni pravni stavovi najviših sudova, *de lege ferenda*, treba da se prihvate kao pomoćno sredstvo kod postupanja sudova. To proizlazi iz priznatih načela da sudovi sude po ustavu i zakonu, po znanju i savjesti (profesionalno i moralno).

⁵⁰ <http://informatorkr.rs/predlog-zakona-o-parničnom-postupku-otvorena-pitanja-html>; Milan S. Janković, *O nekim zakonskim rešenjima parničnog postupka*, Fond Slobodan Jovanović, Stožer nacionalne misli; *aps*. 12.09.2011. godine.

7. LITERATURA

1. Prof. dr Abedin Bikić, *Obligaciono pravo Posebni dio*, Sarajevo, 2005.
2. Dr Branko Čalija, Dr Sanjin Omanović, *Građansko procesno pravo*, Univerzitet u Sarajevu, Pravni fakultet,
3. Prof. dr sc. Jozo Čizmić, *Komentar ZPP FBiH*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2016.
4. M. Damaška, „O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih normi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 4, br. 2/1997, Zagreb 1997.
5. Dantrev P. Alesandro, *Prirodno pravo*, Uvod u filozofiju prava, CID, Podgorica, 2001.
6. Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo – opšti deo*, Beograd, 1980.
7. Ivan Ilić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, *Utvrđivanje činjenica u reformisanom krivičnom postupku*, Zbornik radova „Odnos prava u regionu i prava Evropske unije“, Istočno Sarajevo 2015, str. 474–493.
8. Prof. dr Milivoje Č. Marković, *Osnovna načela parničnog postupka*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Institut pravnih nauka, Novi Sad 1997.
9. Milan S. Janković, „O nekim zakonskim rešenjima parničnog postupka“, Fond Slobodan Jovanović, Stožer nacionalne misli; aps. 12.09.2011. godine
10. „Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo“, Zbornik radova, Kragujevac 2001.
11. Rašević, Ž., *O Noveli Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine*, Nova pravna revija, Sarajevo, 2014, broj 1.
12. Prof. dr Siniša Triva, „Esej o otvorenom pravosuđu“, u knjizi S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo*, Zbornik radova, Informator, Zagreb 1977.
13. Stojanović, D., *Esej o pravnim principima u građanskom pravu*, Pravni život, broj 8-9/86, str. 805.

Prof. dr Branko Morait

THE PROCESS OF REFORMING PRINCIPLES AND RULES OF CIVIL PROCEDURE LAW IN BIH

Abstract: *The reform of four proceedings legislation be it criminal or civil, has introduced some major accusatory principles and rules. Thus, a transformation from traditional mostly inquisitorial system of rules of proceedings law into those of Anglo-Saxon, mainly accusatorial in nature, has been made. We have tried determining the consequences that the reform made on the most important proceedings process-making the correct court decision.*

Key words: *Material truth, judicial independence, accusatory principles, inquisitorial sistem, trial principle*

ПРИВРЕДНОПРАВНА КАТЕДРА

„БЕРМУДСКИ ТРОУГАО“ КОМПАНИЈСКОГ, СТЕЧАЈНОГ И ПРАВА ПРЕУЗИМАЊА АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА (три субјекта заштите: компанија, поверилац и акционар)

Мирко Васиљевић¹

***Резиме:** Компанијско, стечајно и право преузимања акционарских друштава регулишући дужности (обавезе – дужник обавезе) чланова управе јавног акционарског друштва (пре свега) немају исти приступ у одређењу субјекта заштите према коме постоји прописана дужност (поверилац прописане обавезе). С друге стране, уређење овог питања није униформно у релевантним упоредним правима ових грана права, како на нивоу законског („тврдог“) права тако и на нивоу аутономног („меког“) права.*

У овом раду аутор настоји, најпре, да утврди доминантно опредељење упоредне регулативе око одређења субјекта права (субјект заштите) прописане дужности управе друштва, као и разлоге таквог одређења. Аутор заузима став, заснован на одговарајућој аргументацији, да је у компанијском праву субјект заштите акционарско друштво (компанија као правни субјект), у стечајном праву необезбеђени поверилац и у праву преузимања контроле акционар. Како о овим питањима не постоји јединствен став у правној теорији, законодавству и судској пракси, то аутор ово стање означава својеврсним „бермудским троуглом“.

***Кључне речи:** дужност управе, интерес компаније, интерес повериоца, интерес акционара, компанијско право, стечајно право, право преузимања контроле.*

¹ Аутор је академик АНУРС, професор емеритус Универзитета у Београду и председник Сталне арбитраже при Привредној комори Србије. Електронска адреса: mvaske@mts.rs

1. УОПШТЕ

Теоријска расправа око субјекта заштите, субјекта права по основу дужности управа друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) у компанијском, стечајном и праву преузимања јавних акционарских друштава, чини се, и даље актуелном и инспиративном. Субјект заштите, односно субјект ових права није исти у компанијском праву, размеђу компанијског права и стечајног права, стечајном праву и праву преузимања јавних акционарских друштава. Иако је наизглед најконтроверзније ово питање испољено у сфери компанијског права, чини се да оно има такве елементе и у стечајном праву, па и у праву преузимања јавних акционарских друштава. Извор ових контроверзи у правној теорији произилази пре свега из чињенице да ово питање није недвосмислено решено у регулативи, што последично води и ка различитим судским одлукама и ставовима судова. Ипак, изгледа да постоје чврсти аргументи да се тим субјектом у компанијском праву сматра сама компанија као правни субјект, на размеђу компанијског и стечајног права такође компанија, у стечајном праву необезбеђени поверилац, у праву преузимања акционарских друштава акционар.

2. КОМПАНИЈСКО ПРАВО – КОМПАНИЈА СУБЈЕКТ ЗАШТИТЕ

2.1. Shareholders и stakeholders теорија

Прва теорија која објашњава правну природу компаније је теорија уговора (*shareholders теорија*). Компанија је међусобни уговор власника, с обзиром на то да се оснива уговорним путем, полазна је и класична теорија објашњења њене правне природе. Отуда, компанија припада искључиво власницима—члановима. Ова теорија (теза) заступљена је првенствено у англоамеричком поимању и пракси (иако не увек у корпоративном законодавству – напушта је регулатива неких савезних држава). Чини се да је таква једностраност прилаза и узроковала упућивање дела америчке судске праксе (Делавер синдром, посебно, иако не искључиво), као и дела правне теорије, „путем којим се ређе иде“, који ван искључивог и јединог интереса чланова (акционара) у припадности компаније не жели да види и неки

други (бар „колатерални“) интерес.² 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),³ 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 чланова (акционара) као власника – *shareholder* теорија.⁴ Интересантно је да овој теорији више није склон ни сам британски корпоративни законодавац,⁵ за разлику од француског (додуше у дефиницији компаније).⁶

² 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. Хенри 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.

³ Милтон Фридман, нобеловац, водећи заступник либералне економије, изразио је став да је „употреба средстава компаније за промовисање социјалних циљева супротна закону, јер се она не тражи законом или другим пословним обичајима.“ Вид. Milton Friedman, „The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“ – *The New York Times*, Sept. 13/1970, 6.

⁴ Вид. Г. Коевски, „Социјална одговорност великих акционарских друштава“, *Правни живот* (ПЖ) 11/2005, 65–66.

⁵ Британски *Company Act* (СА 2006, sec. 172) говорећи о „дужности директора да унапреде успех компаније у интересу свих њених чланова“, промовише дужност да при доношењу одлука „на дуги рок“ воде рачуна о интересима поверилаца, запослених, добављача, потрошача, заједнице и животне средине.

⁶ Доминантност уговорне теорије привредних друштава у француској теорији подупире и француски законодавац (Трговачки законик из 1804. године дефинише у члану 1832 *привредно друштво као уговор* – „*la société est un contract ...*“, а то задржава и законо-

Објашњење природе овог уговора природом општег института уговора (што се у савременом компанијском праву означава појмом *contractualisation* – контрактуализација),⁷ има вишеструке слабе формалноправне стране: заступници компаније нису заступници акционара и не раде у њихово име и за њихов рачун, већ раде у име и за рачун компаније (заступници компаније као правног лица одвојеног од акционара, који и сами могу бити правна и/или физичка лица); компанија је правни субјект, што јој омогућује да чланови компаније обављају правне послове са својом компанијом; чланови компаније остварују своју надлежност (делокруг) у компанији не као чланови већ као чланови скупштине као органа компаније који своје одлуке доноси већинском вољом гласова чланова, што одражава институционалну природу компаније, а супротно је теорији уговора која се базира на принципу једногласности; институт могућности „пробоја правне личности“ такође говори о одвојености чланова компаније од компаније;⁸ институт једночланих привредних друштава (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) одступа од овако схваћене његове уговорне природе; закони по правилу никад не траже аутоматски престанак друштва када оно у току пословања спадне на једног члана (вишечлано постане једночлано друштво); компанијскоправни закони по правилу промовишу институт „интереса компаније“ као посебан законом заштићен интерес, посебан субјект заштите, чија повреда може водити одговорности лица која имају прописане компанијскоправне дужности према компанији; раскид уговора као оснивачког акта компаније не води аутоматском престанку компаније већ налаже поступак њене ликвидације са дејством *ex nunc (pro futuro)*.

Уговорној теорији правне природе компаније супротставља се теорија компаније – мреже више интереса (*stakeholders* теорија). Компанија (корпорација) је, међутим, само на први поглед идиличан правни субјект

давац трговачких друштава из 1978. године, уз истовремено проширење циља – каузе привредног друштва). Вид. Paul L. Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris 2012, 26, 171–186.

⁷ Српски законодавац и законодавац Републике Српске привредних друштава дају концесију институционалној теорији: „*привредно друштво је... правно лице*“ (Закон о привредним друштвима – ЗОПД, чл. 2, Службени гласник РС, бр. 36/2011, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19); Закон о привредним друштвима Републике Српске – ЗОПДРС, чл. 2, Службени гласник РС, бр. 127/2008, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17 и 82/19).

⁸ Вид. Мирко Васиљевић, Пробивање правне личности у компанијском праву – члан компаније *vs.* поверилац компаније, Београд 2020.

са једним интересом, интересом власника, једног или више њих. Ипак, реалност је да је компанија и изнутра „пуна сукоба и супротности“;⁹ а тим пре према споља: окружењу, привредном и друштвеном. 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 б) 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).¹⁰ Извесну неодређеност у овом смислу показали су и Принципи корпоративног управљања *OECD*-а, који обавезују на једном месту одбор директора да „треба да узме у обзир интересе свих заинтересованих страна“ (концепт мултиинтересног приступа или „интереса компаније“), док на другом месту инсистирају на његовој обавези да у обављању својих дужности поступа „у најбољем интересу компаније и акционара.“¹¹

Заступници ове тезе о компанији као мрежи интереса сматрају да тезе о компанији као уговору власника полазе од погрешне премисе да је за тражење одговора на питање да ли компанија припада искључиво или првенствено њеним члановима или и носиоцима других интереса (ризика), само компанијскоправна 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, те су отуда наклоњенији таквом одређењу њене правне природе, иако и тада са доста одступања од идеје искључивости. У сваком случају, 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 компа-

⁹ Светислав Табороши, „Друштвена одговорност компанија“, ПЖ, бр. 11/2005, 42.

¹⁰ О кључним учесницима у компанији вид. Jesse Choper, John Coffee, Ronald Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, New York 2000, 35–54; Brian Cheffins, *Company Law – Theory, Structure and Operation*, Oxford 2004, 47–125.

¹¹ Принципи корпоративног управљања *OECD*-а, 2004, глава VI/A и С.

нијска 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“ компаније, онда и делује делимично „страним“ доказивање мултиинтересне позиције њене припадности. 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 компаније и у вези с тим концепта друштвене одговорности компаније/корпорације као пута њене морализације.¹² У том смислу и овај концепт мултиинтересности природе компаније или концепт једноинтересности (али не власничке већ институционалне – интерес компаније као правног субјекта) заслужују нарочиту пажњу, у овом смислу посебно.¹³ Компанијска регулатива на овај начин отвара врата за специјализовану регулативу чија је 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).

2.2. Институционална теорија – „интерес компаније“ субјект заштите

Корак даље од *stakeholders* теорије јесте институционална теорија – теорија постојања посебног „интереса компаније“ као правног субјекта.

¹² 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.

¹³ Више: М. Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми“, Анали Правног факултета Универзитета у Београду (Анали ПФ), I део, 1/2009, 5–24 и Анали ПФ, II део, 2/2009, 5–28.

Наиме, амерички концепт о супрематији или искључивости интереса акционара у компанији нарушен је доношењем немачког закона који регулише акционарска друштва (1937). Овим актом под видом потребе инкорпорисања интереса државе у акционарским друштвима (немачки Рајх), на основу концепта „посебног интереса компаније као правног лица”, конституисан је дводомни модел управе у Немачкој, у ком надзорни одбор треба да се стара о заштити посебног интереса компаније, који се разликује од интереса осталих „конституената” у компанији.¹⁴

Компанија, будући правни субјект, наиме, сама по себи има одређене интересе који су одвојени од појединачних интереса њених интересних сегмената. Посебност интереса овог друштва не чини ни укупност свих других појединачних интереса, већ је то самосталан интерес.¹⁵ Овај посебан интерес компаније логична је последица често супротстављених интереса других интегративних сегмената (неких или некад и свих) овог друштва, те стога компанијски закони по правилу редовно садрже одређење да је управа друштва дужна да ради „у интересу друштва (компаније, корпорације)”¹⁶ – конститутивни елемент правила *business judgment* и института фидуцијарне дужности директора према компанији (који је из англосаксонског права као „правни трансплант“ пренет у континентално право).¹⁷ „Посебан интерес компаније као правног лица је аргумент који се даје у прилог тези да компанија није само прост збир појединаца и њихових улога, већ да компанија као правно лице има своје социјалне одговорности.”¹⁸

¹⁴ Вид. код Г. Коевски, 2005 (ПЖ), 65–66.

¹⁵ У француској судској пракси суђено је да непоступање „у интересу друштва” од стране органа друштва (укључујући и скупштину) може да буде оквалификовано као „злоупотреба права већине” (на пример, дугогодишње одбијање доношења одлуке о расподели дивиденди – што може бити основ за судско именовање привременог заступника друштва или експерта мањине за истраживање неких пословних одлука друштва), или „злоупотреба права мањине” (на пример, одбијање мањине да гласа за повећање основног капитала а то је интерес друштва) или, најзад, „злоупотреба једнакости” (дугогодишње одбијање измене оснивачког акта од стране једног блока, што је интерес друштва – ако су гласачка права подељена у два једнака блока). Вид. Dominique Vidal, *Grands arrêts du droit des affaires*, Paris 1992, 428–440.

¹⁶ Више Eillis Ferran, *Company Law and Corporate Finance*, Oxford 1999, 115–153; Denis Keenan, *Company Law*, Essex 2005, 353–370; Stephen Griffin, *Company Law – Fundamental Principles*, Essex 2006, 298–302 и 310–330.

¹⁷ Немачка: JSCA – *Aktiengesetz* (1965), par. 90; В. Британија: *The Companies Act* (2006), sec. 170–172; Швајцарска: *Code des obligations* (1911, *etat le 1. er janvier* 2008), art. 717.

¹⁸ Г. Коевски, 2005, 62.

Савремена 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 члан (односно у српском компанијском праву и члан са значајним капитал учешћем) има такође исту фидуцијарну дужност када делује „унутар корпоративног субјективитета“ (директно „радом“ у скупштини друштва или индиректно преко управе друштва).¹⁹ Кодекси корпоративног управљања говоре о „кључним носиоцима интереса за пословање друштва“, као и о „интересу самог друштва“.²⁰ Српски закон који уређује привредна друштва прокламује принцип дужности лица која имају прописане обавезе према привредном друштву (компанији), првенствено управа друштва, да их извршавају с пажњом доброг привредника²¹ и да увек делују у „најбољем интересу привредног друштва“, односно „савесно и лојално према привредном друштву“.²² Ова лица су дужна да своје процене (правило пословне процене – *business judgment rule* и *business judgment doctrine*)²³ тог интереса заснивају на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област за која верују да су у том погледу савесна и компетентна, те ако тако поступају, не одговарају за штету која из таквог поступања (такве процене интереса привредног друштва) настане за привредно друштво.²⁴ Врховни суд америчке државе Делавер углавном се држи праксе да постоји претпоставка таквог поступања директора кад је реч о њиховој одговорности, што

¹⁹ Закон о привредним друштвима (Службени гласник РС, бр. 125/04), чл. 31–35. Слично и ЗОПД (2011), чл. 61–63, као и ЗОПДРС, чл. 31 ст. 2, чл. 32 ст. 1 и чл. 33 ст. 1.

²⁰ 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).

²¹ Вид. посебно Estelle Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés de droit français et anglais*, Paris 1998, 190–252.

²² Упор. ЗОПД, чл. 31–32 и ЗОПДРС, чл. 32 ст. 1 и чл. 33 ст. 1.

²³ Вид. Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota 1991, 310–321.

²⁴ Види за овај институт, који потиче из англосаксонског права, обимну судску праксу која конкретизује доктрину *business judgment rule* у целом делу: Dennis Block, Nancy Barton, Stephen Radin, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, I, II, New York 1998⁵; R. Hamilton, 310–320.

значи да тужиоци (акционари – деривативна тужба или индивидуална или друштво – директна тужба) морају да пруже супротан доказ, што је „тежак терет”.²⁵

„Интерес компаније“ настаје на основу својеврсне синтезе (која рађа нови квалитет) свих појединачних интереса из мреже интереса, те се обавеза управе да своје дужности обавља водећи рачуна о овом интересу може схватити само у изложеном 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 (или и интереса повезаних правних и/или физичких лица) са интересом друштва (институт сукоба интереса) дужна је да буде лојална друштву у којем врши дужност управе (фидуцијарна дужност лојалности друштву).

Конституисање правила, најзад, о „дужности управе да ради у најбољем интересу чланова компаније“, које иначе компанијско право у таквој форми ретко познаје, било би директно супротно правилу о управо обрнутој дужности, које је иначе стандард компанијског права, о фидуцијарној дужности контролног акционара (који твори корпоративну вољу) „рада у интересу компаније“ (у органима друштва – скупштини и управи) чији је иначе члан. Овим се не негира, економски посматрано, профитна функција компаније као доминантна функција и не промовише њена социјална функција (што је функција државе и локалне заједнице), али се свакако негира теза да профит треба искључиво да служи интересима расподеле дивиденде члановима.

Напротив, прописима промовисана „посебност интереса компаније“, као посебног правног лица (теорија реалности правног лица), конституише теорију о њеној друштвеној одговорности као противтежу америчкој уговорно-заступничкој теорији о природи компаније која се заснива на концепту апсолутности приватне својине. Ова теорија и данас је доминантно одређење европске правне мисли и праксе (уговорне, судске, пословне).

²⁵ Више вид. D. Block, N. Barton, S. Radin, *I*, 17–90; Carol Hansell, *Corporate Governance*, Toronto 2003, 98–116; Charles Hansen, *A Guide to the American Law Institute Corporate Governance Project*, National Legal Center for the Public Interest, Washington 1995, 9–83.

Основни проблем „посебног интереса компаније“ састоји се у томе што није довољно одређен, с обзиром на то да представља синтезу интереса различитих конституената (те је као такав *sui generis*), што управи даје могућност за арбитрерност и „непринципијелне коалиције“ са одређеним интересима који су у неком тренутку „лобистички“ најјачи. Овим се, сматра се, отвара простор и за арбитрерност и непредвидивост судске праксе и праксе доброг управљања друштвом. Неки аутори се питају: „ко може доказати да директори нису поступали у интересу компаније када је њен интерес *per se* нејасно законом постављен“, али истовремено признају да „по правилу социјалне демократије увек преферирају мултиинтересни модел корпоративног управљања”.²⁶

Конечно, дакле, и поред извесне своје контроверзности, принцип друштвене одговорности компаније промовише и теорија „мреже интереса“ више конституената у компанији, а још наглашеније теорија једног интереса и то „интереса компаније“ (феномен моралног капитализма). Ово истовремено отвара питање 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 *sui generis* типа 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.”²⁷ Логичан је отуда закључак ових аутора 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”.²⁸ Овакав закључак проистиче из чињенице да „друштвена одговорност компаније нигде није

²⁶ Г. Коевски, 2005 (ПЖ), 67–68.

²⁷ С. Табороши, 50.

²⁸ С. Табороши, 50.

прописана као правна обавеза“, 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 друштвену одговорност компаније), мора да буде економски успешна (и непрофитабилно улагање мора на тај начин да буде профитабилно!).

„Интерес компаније“ постао је углавном правни стандард компанијског права, независно од тога да ли се на њега гледа као на неки оригинални интерес или као синтезу других појединачних интереса. С обзиром на изричито обавезивање компанијским законима управе друштва да при пословном одлучивању уопште (што се посебно у случају постојања сукоба интереса појачава и дужношћу лојалности друштву) води рачуна о овом интересу, који на основу инкорпорације више појединачних интереса прави и својеврсни делом нови оригинални интерес, то се може закључити да друштвена одговорност компаније (ужи смисао) несумњиво постоји и као правна обавеза заштите овог интереса (независно од тог да ли се схвата као синтеза више појединачних или као *sui generis*).

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 (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), 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 – ово најбоље показује развојни пут регулативе заштите животне средине, монополског понашања, одрживог развоја), какав је у основи развојни пут право и имало.²⁹

²⁹ Вид. М. Васиљевић, „Друштвена одговорност компанија (Од политике, преко морала

3. СТЕЧАЈНО ПРАВО – ПОВЕРИЛАЦ СУБЈЕКТ ЗАШТИТЕ

3.1. Размеђе компанијског и стечајног права и питање субјекта заштите

Формула фидуцијарне дужности директора компанијског права (рад у „интересу акционара“ и/или рад у „интересу компаније“), са имовинском одговорношћу компанији (унутрашња одговорност) у стечајном поступку мења се, чини се извесно, у својеврсну фидуцијарну дужност рада у интересу поверилаца (повреда ове дужности санкционисана је имовинском одговорношћу директно повериоцима и неким другим санкцијама – спољња одговорност), али је изгледа критично време „на прагу стечаја“ када још те формуле нема и постоји формула као код солвентног друштва (блиски сусрет компанијског и стечајног права и можда деликтног права – „образ уз образ“), с тим што се у неким законодавствима конституше дужност директора – *duty to file* (подношење предлога за стечај).³⁰ У том временском моменту, наиме, „моменту истине“, још нема услова за стечај али је то „близу“ („ивица – праг стечаја“), те друштво може одређено ограничено време наставити да послује уз вођење рачуна о заштити интереса поверилаца кроз неке посебне установе које су развила нека права (одговорност за несавесно пословање које наноси даље губитке компанији и тиме оштећује повериоце).³¹ Како су ове санкције у пракси ретке, највиша очекивања постоје у нади компанијског и стечајног права да неке друге гране права припомогну – то се посебно очекује од административних и кривичних

до права)“, Анали ПФ, бр. 1/2013, 5–28 и М. Васиљевић, „Морализовање компаније“, Правна ријеч, бр. 40/2014, 623–648.

³⁰ Српско стечајно право, пак, усваја начело диспозитивности подношења предлога за отварање стечајног поступка, уз само један изузетак код стечаја комерцијалних компанија (отворен ликвидациони поступак у коме ликвидациони управник утврди да нема довољно имовине за намирење свих поверилаца друштва, када мора по службеној дужности покренути стечајни поступак ради колективне заштите поверилаца код недовољности ликвидационе односно стечајне масе). Вид. Вук Радовић, *Стечајно право*, Београд 2017, књига I, 133–134.

³¹ О неким посебним правилима у вези са „несавесним настављањем делатности са прављењем губитака“ у предстечајној позицији и неблаговременог подношења предлога за отварање стечаја у праву Белгије, Француске, Немачке, Велике Британије и САД, вид: Karen Vandekerckhove, *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*, Katholieke Universiteit Leuven 2001, 91–95, 257–315.

прописа (на пример, прописи о дисквалификацији директора у британском праву, лични стечај и слично).³²

Наиме, размеђе компанијског и стечајног права, размеђе „ничије земље“, посебно је осетљиво са становишта заштите интереса поверилаца, када „све“ указује на то да ће ускоро доћи до стечаја и да треба заштити интересе поверилаца институтима компанијског права, јер још нема дејства стечаја (није отворен поступак), а правила компанијског права чине се недовољним јер су више окренута заштити интереса чланова компаније или саме компаније него заштити интереса поверилаца. „Моменат истине“ је моменат кад се дужност управе да ради „у интересу чланова компаније“ или у „интересу компаније“ претвара у стандард дужности заштите имовине компаније „у интересу поверилаца“. Колико је у том моменту оправдано наставити пословање и правити губитке? Због својих позиција директори такве компаније имају лични интерес да наставе пословање, без обзира на то да ли су чланови компаније са власничким правима или не (посебно ако то нису), а повериоци који знају за такву ситуацију могу наставити да послују уз додатна обезбеђења или престати даље пословне активности с таквом компанијом, али ако повериоци не знају за такво стање компаније, могу бити изложени додатним ризицима за своје уговоре које с тим друштвом склопе у међувремену до наступања дејства стечаја. Питање је до ког степена су директори и чланови компаније одговорни за настављање делатности и прављење додатних губитака или умањење имовине а да ништа не предузимају.

Британско право, за ове сврхе, у принципу не познаје одговорност директора према повериоцима, али регулише одговорност према компанији. Наиме, за ове ситуације постоје установе *wrongfull trading* (несавесно пословање – практично уводи концепт „директора у сенци“ кога код групе друштава представља контролно друштво а не његови директори) и *fraudulent trading* (преварно пословање – пословање у намери преваре другог лица или у преварне сврхе).³³ Наиме, британски стечајни законодавац је регулисао ситуацију кад се операције компаније која је „у близини стечаја“ наставе изван оног што се сматра разумним – *wrongful and fraudulent*

³² Више: Carsten Gerner-Beuerle *et al.*, „The Evolving Structure of Directors’ Duties in Europe“, *European Business Organization Law Review (EBOLR)*, 15/2014, 225–233.

³³ Код ових уснова (*Insolvency Act 1985, Sec. 213-215*) суд у стечају може да огласи одговорним и чланове управе (за несавесно пословање на прагу стечаја – по тужби стечајног управника, али не и поверилаца, због отклона потенцијално великог броја тужби), и то онако како сматра да је правично (установа *Wrongful trading* – несавесно

trading. У контексту правила непрописне–несавесне и преварне трговине постоје тешкоће примене правила на контролна друштва јер стечајни управник може желети да комбинује ову тужбу са тужбом која се базира на дужности пажње директора према трећим лицима (повериоцима), а изван стечаја постојање ове дужности пажње члана друштва и директора према повериоцима је предмет дебате. Генерална дужност узимања у обзир интереса поверилаца од стране контролног друштва као члана и директора из сенке контролисаног друштва (као и директора) чини се да није баш призната. Ипак, чини се да у В. Британији постоји растућа тенденција за признавање дужности пажње на страни директора (па и контролног друштва као директора из сенке контролисаног друштва) према повериоцима компаније и у интересу поверилаца и у овој фази. Постојање такве дужности није спорно кад је компанија у поступку стечаја, с обзиром на то да постоји посебан правни стандард о дужности лица са прописаним дужностима према друштву (кад је компанија *going concern* генерални именоватељ је поступање у интересу друштва као општи стандард) да тада поступају „у интересу поверилаца“. За разлику од других правних система, нема примене правила о деликтној одговорности или типичне теорије о пробијању правне личности (у ширем смислу) која може водити одговорности директора (па и контролног друштва као директора из сенке контролисаног друштва) за непотребно настављање пословања које прави губитке.³⁴

Француска (која познаје процедуру тзв. „звона за узбуну“ у предстечајној фази), у принципу не одобрава наставак пословања таквог друштва

пословање): Laurence C. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London 1992, 110–115. Ове установе промовишу изузетак од прецедента *Salomon* јер у судском поступку суд има овлашћење да лицима која су тако поступала наложи да плате компанији износ „који сматра прикладним“. Међутим, да би се неко сматрао „преварантом“, нужно је да је учинио неку преварну радњу која се мора доказати (довољно је да се докаже само у једном послу), те се *неограничена одговорност не може ангажовати по основу пасивног држања*. Исто тако, да би се ангажовала неограничена одговорност, није довољно да се, на пример, докаже да је компанија наставила да послује у време када су њени директори већ знали за њену инсолвентност, већ је потребно и да се докаже да у томе настављању стварно постоје нечасне радње. Ова правила санкционишу специфичан начин понашања, посебно пропуст предузимања нужних мера за опоравак из погоршане ситуације. Суштински, ова правила показују исте карактеристике као одговарајућа правила у француском праву. Суд чак може установити да постоји и преварна одговорност повериоца компаније, ако је, на пример, примио од ње новац за који је знао да је прибављен пословањем којим су преварени други повериоци. *Case: Re Gerald Cooper Chemicals Ltd*, in: Denis Keenan, *Company Law*, London 1988, 430.

³⁴ K. Vandekerckhove (2001), 297–308.

које прави додатне губитке у том периоду (потреба елиминисања одговорности за стварање код савесних трећих лица привида о кредитној способности друштва),³⁵ те прописује дужност подношења предлога за стечај, утврђује истоветну одговорност директора друштва по основу лошег управљања „за попуњавање недовољности активе друштва“³⁶ – суд по правилу има широка овлашћења процене степена одговорности и утврђивања који су директори одговорни а који не и до ког износа су одговорни. Одговорност чланова друштва у овој фази француско право процењује по правилима пробијања правне личности, укључујући и контролно друштво као контролног члана и као *de facto* директора контролисаног друштва (за ту квалификацију није довољна само чињеница постојања контролног члана, већ се мора доказати ефективно извршење ових овлашћења која нормално припадају формалном директору), као и у случају стечаја (ако се утврди кривица – отворено је питање степена пажње) или дозвољава примену правила грађанског законика о деликтној одговорности (уз искључење кумулативне примене једних и других правила).

У немачком праву у принципу постоји одговорност директора према повериоцима који повреду дужност подношења предлога за стечај кад постоје законски разлози (касно подношење предлога).³⁷ Немачко право, с друге стране, нема правило о *wrongful trading u fraudulent trading*, као ни правило о лошем управљању које доприноси или води стечају. Код групе друштава, пак, контролно друштво се по правилу не може квалификовати као *de facto* директор, тако да се правила о одговорности директора за озбиљне губитке капитала или пропусте благовременог предлога за стечај не могу применити. Код фактичког концерна евентуално је могућа установа одговорности за несавесно пословање на прагу стечаја, кад је друштво несолвентно, што води прављењу губитака, кад постоје перманентне и трајне контроле контролног друштва над контролисаним које могу подстаћи контролисано друштво да настави пословање „на прагу“ стечаја. Мада теоријски правила деликта могу бити реална алтернатива, доказ намере туженика је главна препрека успешности поступка одговорности. Најзад, ако

³⁵ Неки теоретичари овде виде и злоупотребу правног субјективитета друштва/контролисаног друштва. Вид. К. Vandekerckhove (2001), 257–272.

³⁶ „*Action en comblement d'insuffisance d'actif*“... Вид. К. Vandekerckhove (2001), 283–291; Peter Mulbert, „A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection“, *EBOLR*, 7/2006, 404–405; Татјана Јевремовић Петровић, Групе привредних друштава, Београд 2014, 413.

³⁷ Peter Mulbert, 404–405.

акционари омогуће контролисаном друштву да настави тада пословање давањем аванса, примењује се доктрина о субординацији кредита акционара (исплатни ред иза осталих необезбеђених поверилаца).³⁸

У САД, где иначе не постоји установа *wrongful trading*, директори и контролни акционари ретко подлежу одговорности кад компанија настави пословање „на прагу стечаја“ правећи губитке. Директори су у великој мери заштићени правилом *Business Judgment* (правило пословне одлуке). Само у екстремним случајевима могу бити оглашени одговорним за повреду дужности пажње према повериоцима.³⁹ Судови показују опрез кад процењују понашање директора и контролних чланова компаније у том погледу, водећи рачуна да не обесхрабре инвестиције у корист „финансијски посрнуле компаније“. Овај тренд је видљив и у примени теорије пробијања правне личности, где непотребно настављање пословања компаније „на прагу стечаја“ није типично цитирани случај као несавесно или непропис-

³⁸ К. Vandekerckhove (2001), 291–297.

³⁹ Неки амерички судови и коментатори рутински прихватају овакав прилаз (то произлази из чињенице да повериоци имају првенство наплате пре акционара као својеврсних резидуалних поверилаца). У делу америчке правне теорије овај прилаз је критикован заузимањем става да то зависи од околности случаја, те када се таква ситуација може правно подвести под *trust* (уговор о поверавању неке имовине на старање): оснивање друштва, ликвидација, престанак, почетак стечајне процедуре, онда постоји таква дужност према повериоцима, док је у осталим случајевима то питање у најмању руку спорно. Наиме, у пракси неких судова САД се, према доктрини *trust-a*, кад је корпорација у стечају или кад је још солвентна али финансијски угрожена, сматра да директори немају више дужности према компанији већ према повериоцима. Ова доктрина се примењује и код преварног трансфера имовине као основа пробијања правне личности. У неким судским одлукама и председник и „главни“ акционари су оглашавани одговорним за преварни трансфер имовине контролисаног друштва или инсолвентне компаније акционарима без противнакнаде – одлучивано је да они имају и тада фидуцијарну дужност према повериоцима. Вид. К. Vandekerckhove (2001), 246. У сваком случају, мишљења о овом питању су подељена између оних који прихватају постојање такве фидуцијарне дужности према повериоцима (у смислу компанијског права), не само у стечају, већ и у „близини“ стечаја, и оних који мисле да таква дужност може постојати само на основу посебног уговора који повериоцима даје таква права, а да у смислу компанијског права као фидуцијарна дужност другачије не постоји. Прихватање уговорне концепције дужности корпоративних агената према повериоцима, иако би могло решити дилему у вези са таквом дужности код уговорних поверилаца, посебно финансијских, оставља проблем поверилаца из деликта, као и раније запослених чији је уговор о раду истекао, а у доброј мери и малих поверилаца из трговачких послова. Вид. Jonathan Lipson, „Directors’ Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation“, *UCLA Law Review*, 50/2003, 1200–1207, 1229–1258, 1211–1214.

но пословање које подлеже одговорности. Поред тога што одговорност у оваквим случајевима ретко настаје, није, уз то, често ни јасно из судских случајева да ли је лоша финансијска позиција компаније резултат почетне поткапитализације или накнадног лошег управљања.⁴⁰ Водећа судска одлука у тражењу одговора на ово питање свакако је *Credit Lyonnais v. Pathe Communications (Delaware Chancery Court)*.⁴¹

Коначно, дакле, у земљама које имају строга законска правила о одговорности директора (укључујући и контролно друштво као фактичког директора или директора из сенке, кад се таква квалификација може правно оправдати) „на прагу стечаја“ за лоше управљање или несавесно и преварно пословање (као и у стечају), попут В. Британије и Француске, чини се да нема пуно простора за примену правила о одговорности чланова компаније (контролних) применом установе злоупотребе правног субјективитета / пробијања правне личности. У земљама у којима ова правила не постоје пробијање правне личности на основи злоупотребе правног субјективитета може бити реална алтернатива за одговорност акционара (контролних) по основу непотребног настављања пословања „у близини стечаја“, што продукује губитке и води стечају (Немачка), али се чини да је солуција одговорности контролних (и евентуално значајних) чланова друштва за повреде

⁴⁰ K. Vandekerckhove (2001), 308–313.

⁴¹ *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communications Corp.*, (CLBN), No. 12150, 1991 Del. Ch. Lexis 215, at. 108-09 (Del. Ch. Dec. 30, 1991). Ова одлука практично је промовисала постојање такве дужности (правне) у случају „близине стечаја“ (*the „vicinity“ of insolvency*): директори корпорације у финансијским невољама имају дужност не само према акционарима, већ „заједници интереса“ који „одражавају корпорацију“. Ова одлука била је доста предмет критике „због креирања несигурности“ (кад таква дужност директора временски тачно настаје – пре стечаја свакако, али када тачно, то се не зна, која врста финансијских тешкоћа рађа такву дужност директора – у ком износу и према којим повериоцима настаје таква дужност и које је природе таква дужност: приоритет плаћања или нешто друго и слично). Суштински, ова одлука поново отвара питање циљне функције компаније: максимизација профита акционара (доминантан став америчке економске и правне доктрине) – дужност рада лица са дужностима према компанији у интересу акционара; максимизација профита компаније као правног субјекта – дужност рада лица са дужностима према компанији у интересу компаније (који укључује и интерес акционара, али и интерес других конституената компаније, укључујући и сопствене интересе компаније – повериоце, запослене, државу, локалну заједницу, друштво у социолошком смислу речи); најзад, максимизација интереса поверилаца – дужност рада лица са дужностима према компанији у интересу поверилаца (посебно код компаније у „близини стечаја“), независно од тога шта је интерес акционара или компаније као правног лица. Вид. J. Lipson, 1208–1212.

прописаних општих компанијскоправних дужности према друштву, са одговарајућим санкцијама, у компаративној предности (евентуално унапређења са разумном потребом прописивања посебне компанијскоправне дужности контролних чланова у смислу установе пробоја правне личности и према повериоцима друштва). У САД, премда се пробијање правне личности по овом основу примењује, судови генерално немају посебну вољу да ангажују одговорност акционара према повериоцима за радње предузете „у близини стечаја“ компаније. Исто тако, право САД не говори ништа о одговорности директора за стечај (како федерално, тако ни право држава), а нарочито не судски случајеви, јер у принципу пре стечаја директори су дужни да раде у интересу чланова компаније (или компаније), а повериоци их не могу тужити за лоше управљање све док је компанија финансијски здрава, док су након покретања стечаја дужни да раде у интересу поверилаца (у својству органа стечаја) – тзв. „*trust fund doctrine*“ (блиска енглеској установи *fraudulent trading*).⁴²

Српско компанијско право, као и компанијско право Републике Српске (такође и евентуално стечајно право) не познају посебне прописане дужности „лица са дужностима према друштву“ (компанији као правном лицу) код компанија „на прагу стечаја“, изван таквих општих дужности, те самим тим не постоје ни установе посебне одговорности (према повериоцима посебно). Остаје дакле општи правни режим компанијскоправних дужности према компанији (компанија је и даље субјект заштите) ових лица (укључујући и директоре контролног друштва у позицији фактичког директора контролисаног друштва, као и одређене чланове друштва у случају недопуштених плаћања), па самим тим и опште установе имовинске одговорности тих лица према компанији (макар и на „прагу стечаја“) или чланова друштва (по основу општег режима установе „пробијања правне личности“). Дакле, субјект заштите је и у овом случају компанија као правно лице (могућност директне тужбе или деривативне тужбе), али не директно и повериоци (индиректно су заштићени у овој фази преко установе побојне тужбе ван стечаја или пробоја правне личности по општим правилима). Изузетно, чини се, српско компанијско право и директно штити повериоце (субјект заштите) и преко установе ограничења плаћања члановима друштва ако при расподели добити не искључе добит у висини „значајног и не само привременог смањења имовине друштва“.⁴³

⁴² К. Vandekerckhove (2001), 308–313, 312–315.

⁴³ ЗОПД, чл. 184–185, 275 и чл. 558 и ЗОПДРС, чл. 128 и 129, чл. 225 и 226. О општем

3.2. Стечајно право и питање субјекта заштите

У поступку стечаја уопште (укључујући и поступак реорганизације ради спречавања банкротства), а посебно у поступку банкротства (када реорганизација не успе), укључено је више субјеката, од којих сваки има неку меру посебног интереса: друштво које је у стечају – стечајни дужник (који правно још постоји све до окончања овог поступка и брисања из регистра), повериоци стечајног дужника (посебно необезбеђени), држава као јавноправни поверилац (порези и доприноси) и држава као комерцијални поверилац, власници стечајног дужника (*ex lege*) суспендованих власничких права *usus-a* и *abusus-a* (са могућом својеврсном реституцијом свих власничких права ако успе реорганизација, односно са формалноправно могућим власничким правом *fructus-a* – право на тзв. стечајни вишак након намирења поверилаца), суд као орган државе са јавноправним овлашћењем вођења стечајног поступка, стечајни управник (као орган суда и поверилаца, са *ex lege* овлашћењима управљања стечајним дужником), одбор поверилаца и скупштина поверилаца (као органи необезбеђених поверилаца и поверилаца са недовољно обезбеђеним потраживањем), друштво у социолошком смислу речи (интерес бивших запослених и запослених код стечајног дужника). Сви ови субјекти учествују у поступку стечаја, имају одговарајућа овлашћења, дужности и одговорности од правног значаја, али и одређене интересе од економског значаја. За стечајно право је од посебног значаја питање ко је централни субјект стечаја – стожер стечаја, у чијој „служби“ су сви стечајноправни институти и сви органи стечаја са својим правним статусом? Чини се да је то без сумње стечајни поверилац (необезбеђени и недовољно обезбеђени) и то и индивидуални поверилац са својим индивидуалним правима (са рестрикцијама за сврхе стечаја), а посебно, с обзиром на то да се отварањем стечаја индивидуална права поверилаца стечајног дужника редуцирају и *ex lege* у доброј мери конвертују у својеврсна колективна права (дејство побојне тужбе од стране повериоца у стечају према стечајној маси, принципи расподеле стечајне масе – принцип хијерархије и принцип сразмерности, стечајни редови и слично).

Специфичност, дакле, института стечаја (у смислу банкротства кад не успе реорганизација) јесте редуцирање института индивидуалних пра-

режиму компанијскоправних дужности лица са таквим дужностима према компанији види нарочито: Јелена Лепетић, Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности, Београд 2015.

ва поверилаца у интересу института заштите колективних права углавном непривилегованих и необезбеђених поверилаца. На овој основи врши се и својеврсна суспензија правила компанијског права и на сцену ступају правила стечајног права као подгране компанијског права. У овом случају, ако дође до отварања стечаја, суспендују се и аутономна права органа овог друштва (па и скупштине и управе), а именују органи стечајног дужника од стране суда или поверилаца.

Ако је с предлогом за отварање стечаја поднет и унапред припремљени план реорганизације, не суспендују се органи таквог субјекта стечаја ако се такав план прихвати и тиме не отвори стечајни поступак. У овом случају са становишта заштитног субјекта и интереса који штите органи друштва важе правила која се иначе примењују код друштва „на ивици стечаја“. Ако се пак одлучује о плану реорганизације поднетом у прописаном року након отварања стечајног поступка, када су суспендовани органи стечајног дужника и именовани органи од стране суда (стечајни управник) и поверилаца (одбор поверилаца, скупштина поверилаца), онда заштитни субјект за време трајања тог поступка неспорно постају необезбеђени повериоци (у смислу у ком то важи за стечајни поступак). Коначно, ако је стечајни поступак обустављен прихватањем плана реорганизације, уз задржану ранију управу или нову, отворено је питање да ли заштитни субјект за време рокова извршења плана реорганизације постају повериоци или пак компанија као правни субјект. Иако би било могуће пронаћи аргументе и за један и други став, чини се ипак да претежу разлози да се компанија као правни субјект сматра заштитним субјектом (што је нов квалитет у односу на мултиинтересни приступ али не и негација тог приступа).⁴⁴ Коначно, ако се план реорганизације не усвоји или након усвајања не спроведе и тиме испуни стечајни разлог, поново се активарају правила о повериоцу (необезбеђеном) као заштитном субјекту (и сами повериоци у стечајном поступку су у потенцијалном сукобу интереса, посебно када је више класа поверилаца), с обзиром на то да се тада мења и циљна функција стечаја.

Строго правно посматрано, међутим, генерална формула о дужности органа у стечају компаније да воде рачуна о заштити интереса поверилаца (првенствено необезбеђених) тешко да је присутна у свом чистом виду у стечајној регулативи, али она несумњиво постоји као таква. У српском сте-

⁴⁴ Упор. Иван Годоровић, Правне последице усвајања плана реорганизације, докт. теза, Београд 2015, 96.

чајном праву ова формула произлази посебно из циља стечаја и стечајног начела колективне „заштите стечајних поверилаца“ (необезбеђених).⁴⁵

У Великој Британији постоји снажна подршка постојању фидуцијарне дужности директора према повериоцима у одређеним случајевима. Скорије судске одлуке могу се сумирати у наредном ставу: „Кад је компанија инсолвентна или сумњиве солвентности или на ивици инсолвентности, реч је о новцу поверилаца који је изложен ризику понашања директора када у извршавању дужности у компанији морају водити рачуна о интересима поверилаца као примарним, посебно у извршавању дискреционих дужности.“⁴⁶ Ипак, ова дужност директора је имперфектна јер не може бити предмет принудног извршења од стране поверилаца, који морају чекати све до отварања поступка банкрота и именована управника.

У САД, традиционално, судови у принципу одбијају да прошире фидуцијарну дужност директора према повериоцима корпорације и наглашавају да су права поверилаца ограничена на права из уговора. Отуда, од директора се не захтева да узме у обзир интересе поверилаца при доношењу својих одлука. Ипак, неки судови говоре о промени фидуцијарне дужности у случају стечаја, када она престаје да постоји према корпорацији (или/и акционарима) и почиње да постоји према повериоцима.⁴⁷

Означење повериоца (необезбеђеног) као заштитног субјекта у случају стечаја, преко директне норме (упитно постојање) или индиректно (преко стечајних начела и принципа), што је редовније и присутније, има сасвим ограничене домете са становишта заштите интереса поверилаца. Ово нарочито имајући у виду да се може односити само на имовинску одговорност органа стечајног дужника (посебно стечајног управника и евентуално одбора поверилаца – правно неперфектну), покривену обавезним осигурањем од

⁴⁵ Упор. Закон о стечају (Службени гласник РС, бр. 104/09, 99/11, 71/12, 83/14, 113/17, 44/18, 95/18), чл. 2 („циљ стечаја“), чл. 3 („начело заштите стечајних поверилаца“), чл. 48 (ограничење на повериоце с необезбеђеним потраживањима) и чл. 193 (заштита поверилаца код признања главног и споредног страног стечајног поступка у случају међународног стечаја) и Закон о стечају Републике Српске (Службени гласник РС, бр. 16/16), чл. 2. ст. 2, чл. 9 и 10. О окретању фидуцијарне дужности директора према акционарском друштву у случају стечаја ка повериоцима: В. Dennis, В. Nancy, R. Stephen, п. 590–629.

⁴⁶ Вид. Holger Fleischer, „The Responsibility of the Management and of the Board and Its Enforcement“, *Reforming Company Law in Europe* (ed. G. Ferrarini, K. Hopt, J. Winter, E. Wymeersch), Oxford 2004, 394.

⁴⁷ Ira M. Millstein, Holly J. Gregory, Ashley R. Altschuler, „Fiduciary Duties Under US Law“, ABA – Section of Business Law – *The Director's Relationship to the Corporation*

одговорности (стечајног управника) свакако је ограниченог домашаја (па и кад је по самом закону одговорност целом имовином – статус предузетника). С обзиром на то да су управљачка овлашћења стечајног управника императивне природе, под строгим надзором стечајног судије и одбора поверилаца, практично је тешко очекивати постојање основа његове одговорности. Чак и у случају изостанка побојних тужби од стране стечајног управника, поред постојања неспорног основа, с обзиром на то да његова активна легитимација није искључива, већ конкурентна с таквом легитимацијом поверилаца (посебно необезбеђених), тешко да се може поставити питање његове одговорности у смислу непоступања „у интересу поверилаца“.

Значајнију вредност у смислу заштите интереса поверилаца у стечају би могло да има непоступање стечајног управника као заступника стечајног дужника на терену директних тужби против лица са компанијскоправним дужностима „према компанији“ (овде стечајној маси и стечајном дужнику) због повреде тих дужности пре наступања стечајног разлога (неистекли рокови застарелости) и пре дејства стечаја (посебно у фази „прага стечаја“, где српско компанијско и стечајно право имају ослонац на опште институте дужности и одговорности и где не постоје посебни институти), што је оштетило имовину друштва и тиме и њене необезбеђене повериоце (умањење стечајне масе). Ово и посебно имајући у виду да српско компанијско право не даје ни у овим случајевима активну легитимацију повериоцима за подизање деривативних тужби за друштво (анахроност оваквог искључења посебно је тада видљива) по основу евентуалне имовинске одговорности лица са овим дужностима према компанији (са овим не треба мешати побјање правних послова и радњи), а мањински чланови друштва који имају такву легитимацију немају у стечајној позицији друштва посебан интерес за подизање ових тужби.

Коначно и сам институт побојне тужбе у стечају са ретроактивним дејством пре отварања стечаја (дужина рока зависи од основа побојности), са активном легитимацијом стечајног управника и индивидуалних поверилаца, најбољи је доказ да су органи компаније („лица са прописаним компанијскоправним дужностима према привредном друштву“) дужни, посебно у роковима побојне тужбе са ретроактивним дејством на правне послове и радње пре наступања дејства стечаја (свакако дакле „на прагу стечаја“), да раде „у интересу и компаније и поверилаца“, с обзиром на правно дејство ове тужбе

– *A Multijurisdictional Forum on Fiduciary Duties*, presented by Committee on Corporate Governance and Committee on Corporate Laws, 2004, 34–35.

(отклањање дејства према стечајној маси). Додуше, правно ова „дужност“ није санкционисана и имовинском одговорношћу ових лица према компанији или повериоцима, али у економском смислу побијање таквог правног посла или радње са трећим лицем и увећање стечајне масе по том основу производи ефекат за повериоце и без такве правне одговорности. Сукоб економског (фактицитет) и правног (изостанак формалног), у правном смислу, не дозвољава извођење закључка о формалноправној дужности ових лица у предстечајној фази (шире у роковима ретроактивног побијања таквих правних послова и радњи) према повериоцима, али тај недостатак компензује постојање формалне активне легитимације поверилаца стечајног дужника да подижу побојну тужбу за рачун стечајног дужника и стечајне масе, чиме смо на самом прагу промовисања и у формалном смислу постојања дужности рада ових лица и „на прагу стечаја“ у „интересу компаније“, али и у „интересу поверилаца“. С друге стране, правна дејства стечаја (трансформација индивидуалних права необезбеђених поверилаца у колективна права) и правна природа института „пробијања правне личности“ (правни однос члан компаније и индивидуални поверилац), воде нас закључку о немогућности примене правила „пробијања правне личности“ у стечајном поступку.⁴⁸

4. ПРАВО ПРЕУЗИМАЊА АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА – АКЦИОНАР СУБЈЕКТ ЗАШТИТЕ

У редовним случајевима пословања акционарског друштва, као што је речено, универзално је правило (са одређеним нијансираним решењима) да је управа друштва (једнодомна или дводомна) дужна да извршава своје дужности у „најбољем интересу друштва“, поштујући притом интересе „акционара, улагача, запослених, поверилаца, потрошача и јавне интересе“. За разлику од овог општег правила које важи за редовно пословање акционарског друштва, у одређеним специфичним случајевима ово опште правило уступа место специфичном правилу насталом на основама потребе да се тада пружи заштита неком посебном интересу. Ово је управо случај код института преузимања јавних акционарских друштава јавним путем (понуда за преузимање упућена свим акционарима друштва чије акције „нападач“ таквом понудом жели да преузме у смислу управљачке контроле – тзв. циљно друштво), када се заштита интереса акционара тог друштва

⁴⁸ Супротно: Марко Радовић, Пробијање правне личности у стечајном поступку, Београд 2018.

намеће као примарни интерес и потреба. Отуда, у овом случају успоставља се други стандард дужности управе овог друштва (дигнут на ниво општег начела закона) – управа циљног друштва „дужна је да поступа у најбољем интересу акционара (курзив аутор) овог друштва“, при чему сви акционари овог друштва имају равноправан положај у овом поступку.⁴⁹ Насупрот овом стандарду, Закон о преузимању акционарских друштава Републике Српске промовише и код преузимања исти стандард као и код дужности управе у редовним случајевима управљања друштвом: „управа емитента дужна је да поступа у најбољем интересу емитента“, а такође промовише и дужност управе да обезбеди да сви акционари емитента на које се односи понуда за преузимање у току поступка преузимања „имају равноправан положај“.⁵⁰

За разлику од концепта српског закона који регулише преузимање, а истоветно као и код предметног закона који регулише преузимање акционарских друштава у Републици Српској, релевантна директива ЕУ о овом питању садржи решење (дигнуто такође на ниво општег начела) које је такође блиско решењу компанијског права за редовне случајеве дужности управе: „управа циљне компаније мора деловати у интересу компаније као целине (курзив аутор) и не сме ускратити имаоцима хартија од вредности могућност да одлуче о меритуму понуде“.⁵¹ Имајући у виду сврху института преузимања контроле у ком поступку је заштитни субјект акционар, чини се да је концепт српског закона прихватљивији и оправданији (акционар је директан субјект заштите а не индиректан као у директиви). Како је сврха института преузимања циљног друштва преузимање управљачке контроле над друштвом, то се понуда за преузимање упућује првенствено и обавезно акционарима који поседују акције с правом гласа а она „може истовремено обухватити и преференцијалне акције“.⁵²

Стандард дужности заштите акционара циљног друштва код преузимања контроле над циљним друштвом у поступку јавне понуде проистекао је из тзв. стратегије решавања првог агенцијског проблема корпоративног управљања (сукоб интереса дисперзованих акционара и управе друштва), а нарочито из потребе решавања тзв. другог агенцијског проблема корпо-

⁴⁹ Закон о преузимању акционарских друштава – ЗОПАД (Службени гласник РС, бр. 46/2006, 107/2009, 99/2011 и 18/2016), чл. 3 тач. 4.

⁵⁰ Закон о преузимању акционарских друштава Републике Српске – ЗОПАДРС (Службени гласник РС, бр. 65/2008, 92/09, 59/13, 19/2019), чл. 3а и в.

⁵¹ Directive 2004/25/EC on takeover bids, OJ L 142/2004 (тзв. Тринаеста директива ЕУ о преузимању контроле), чл. 3(1) (с).

⁵² ЗОПАД, чл. 2. тач. 2 и 2а.

ративног управљања (сукоб интереса већинског/контролног акционара и мањинских акционара).⁵³ Наиме, редовна последица преузимања акционарског друштва на овај начин је смена постојеће управе друштва након преузимања, те би она у одсуству овог стандарда (санкционисаног и имовинском одговорношћу) могла да „кокетира“ са потенцијалним преузимачем („нападачем“) који је дао јавну понуду за преузимање штитећи његове интересе (уместо интереса акционара), за шта би као награду могла да задржи статус и након преузимања. С друге стране, институт преузимања акционарског друштва јавном понудом за преузимање упућеном акционарима циљног друштва може водити преузимању акционарског друштва од стране даваоца такве понуде („нападач“) једино у случају ако су акционари незадовољни радом постојеће управе и у овом поступку депонују за продају своје акције као израз тога (у противном неће депоновати за продају своје акције и преузимање неће успети), чиме практично изражавају своју вољу за преузимање и смену постојеће управе друштва.

Постављање акционара циљног друштва у центар института права преузимања акционарских друштава условило је и обликовање подинститута овог права према мери ове потребе: забрана управи друштва да предузима било које мере одбране акционарског друштва од преузимања – принцип неутралности управе или принцип акционарског одлучивања (осим уз претходну сагласност скупштине акционарског друштва – дакле осим већински изражене воље акционара циљног друштва);⁵⁴ дужност управе друштва да у поступку преузимања тражи конкурентску понуду за преузимање како би акционари циљног друштва продали своје акције по најбољој могућој цени; дужност управе циљног друштва да у току поступка преузимања објави образложено мишљење о понуди за преузимање, којим „јасно изражава свој став да ли подржава или не понуду за преузимање“ (дакле, може се изјаснити само позитивно – за понуду или негативно – против понуде, а никако не може у смислу српског закона о преузимању имати неутралан став), чиме доприноси лакшем опредељењу акционара за депонovanje акција ради продаје или недепонувању (одбијање понуде).⁵⁵

⁵³ Више: М. Васиљевић, 2009 (I део), 14–15 и 19–20.

⁵⁴ Упор. ЗОПАД, чл. 38 и ЗОПАДРС, чл. 26; Тринаеста директива ЕУ о преузимању контроле, чл. 9 (2); вид. Вук Радовић, Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле, Београд 2008, 37–56.

⁵⁵ Упор. ЗОПАД, чл. 23 (конкурентска понуда) и чл. 40 (образложено мишљење управе), ЗОПАДРС, чл. 11 (конкурентска понуда) и чл. 27 (образложено мишљење управе).

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Компанијско право, стечајно право и право преузимања акционарских друштава питање субјекта права прописаних дужности законом одређених лица не решавају на јединствен начин. И не само то, одређење субјекта права прописаних дужности ни у једној од ових трију грана права није учињено на недвосмислен начин. То је и разлог што смо ову чињеницу, са релевантним правним последицама, означили управо до данас неогонетнутом енигмом „бермудског троугла“, с уверењем да ће наш брод, „брод права“, бити боље судбине од поморских бродова или авиона који се нађу у овом троуглу. Наиме, у компанијском праву, чини се да је преовлађујућа формула да је заштитни субјект сама компанија као правно лице (субјект права по основу прописаних компанијскоправних дужности лица са таквим дужностима), али се срећу и други приступи (чланови компаније као заштитни субјекти, компанија и чланови компаније, компанија и други конститутивни интереси и слично). Ова формула остаје изгледа важећа и за ситуацију размеђа компанијског и стечајног права („компанија на прагу стечаја“), али са евидентном тенденцијом промовисања специјализованих института који обезбеђују посебну промоцију повериоца као заштитног субјекта. У стечајном праву, пак, и поред изостанка директног одређења заштитног субјекта (субјекта права компанијскоправних и стечајноправних дужности лица са прописаним дужностима према компанији, односно стечајном дужнику), чини се да је то стечајни поверилац (необезбеђени), али са правно неперфектном позицијом са становишта остварења права према лицима са таквим дужностима повређеним док није настао стечајни разлог и није наступило дејство стечаја (посебно наглашено у фази „на ивици стечаја“). Чини се да је у овом погледу ипак најефикаснији правни инструмент и доказ индиректне промоције стандарда заштите поверилаца могућност побојне тужбе са ретроактивним дејством које управо обухвата поступање ових лица „на прагу стечаја“. Најзад, у праву преузимања акционарских друштава јавним путем чини се да је заштитни субјект сам акционар (субјект права по основу повреде дужности управе компаније за време овог поступка), иако и овога пута има задржавања доминантне формуле компанијског права о компанији као примарном заштитном субјекту (субјекту права по основу повреде ових дужности).

6. ЛИТЕРАТУРА

1. Block Dennis, Nancy Barton, Stephen Radin, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, I, II, New York, 1998⁵
2. Cannu Paul L., Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris 2012
3. Cheffins Brian, *Company Law – Theory, Structure and Operation*, Oxford 2004
4. Choper Jesse, John Coffee, Ronald Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, New York 2000
5. Ferran Eillis, *Company Law and Corporate Finance*, Oxford 1999
6. Fleischer Holger, „The Responsibility of the Management and of the Board and Its Enforcement”, *Reforming Company Law in Europe* (ed. G. Ferrarini, K. Hopt, J. Winter, E. Wymeersch), Oxford 2004
7. Gerner-Beuerle Carsten *et al.*, „The Evolving Structure of Directors’ Duties in Europe“, *European Business Organization Law Review (EBOLR)*, 15/2014
8. Gower Laurence C., *Principles of Modern Company Law*, London 1992
9. Griffin Stephen, *Company Law – Fundamental Principles*, Essex 2006
10. Hamilton Robert, *The Law of Corporations*, Minnesota 1991
11. Hansell Carol, *Corporate Governance*, Toronto 2003
12. Hansen Charles, *A Guide to the American Law Institute Corporate Governance Project*, National Legal Center for the Public Interest, Washington, 1995
13. Јевремовић Петровић Тајјана, Групе привредних друштава, Београд 2014
14. Lipson Jonathan, „Directors’ Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation“, *UCLA Law Review*, 50/2003
15. Лепетић Јелена, Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности, Београд 2015
16. Keenan Denis, *Company Law*, London 1988
17. Keenan Denis, *Company Law*, Essex 2005
18. Коевски Горан, Компаративно корпоративно управување, Скопје 2005
19. Коевски Г., „Социјална одговорност великих акционарских друштава“, *Правни живот* (ПЖ) 11/2005
20. Mulbert Peter, „A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection“, *EBOLR*, 7/2006
21. Millstein Ira M, Holly J.Gregory, Ashley R. Altschuler, „Fiduciary Duties Under US Law”, ABA – Section of Business Law – *The Director’s Relationship to the Corporation – A Multijurisdictional Forum on Fiduciary Duties*, presented by Committee on Corporate Governance and Committee on Corporate Laws, 2004
22. Радовић Марко, Пробијање правне личности у стечајном поступку, Београд 2018
23. Радовић Вук, Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле, Београд 2008

24. Scholastique Estelle, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés de droit français et anglais*, Paris 1998
25. Vandekerckhove Karen, *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*, Katholike Universiteit Leuven 2001
26. Табороши Светислав, „Друштвена одговорност компанија”, ПЖ, бр. 11/2005
27. Васиљевић Мирко, Пробијање правне личности у компанијском праву – члан компаније vs. поверилац компаније, Београд 2020
28. Васиљевић М., „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми“, Анали Правног факултета Универзитета у Београду (Анали ПФ), I део, 1/2009, 5–24 и Анали ПФ, II део, 2/2009, 5–28
29. Васиљевић М., „Друштвена одговорност компанија (Од политике, преко морала до права)“, Анали ПФ, бр. 1/2013
30. Васиљевић М., „Морализовање компаније“, Правна ријеч, бр. 40/2014
31. Vidal Dominique, *Grands arrêts du droit des affaires*, Paris 1992, 428–440.

Mirko Vasiljević⁵⁶

**“THE BERMUDA TRIANGLE“ OF COMPANY, BANKRUPTCY
AND LAW ON TAKEOVER OF JOINT STOCK COMPANIES
(three subjects of protection: company, creditor and shareholder)**

***Summary:** Company, bankruptcy and the law on takeover of joint stock companies, by regulating the duties (obligations – debtor of the obligation) of members of the management of the public joint stock company (first of all), do not have the same approach in determining the subject of protection to which there is a prescribed duty (creditor of the prescribed obligation). On the other hand, the regulation of this issue is not uniform in the relevant comparative laws of these branches of law, both at the level of legal (“hard”) law as well as at the level of autonomous (“soft”) law.*

In this paper, the author seeks, first of all, to determine the dominant position of comparative regulations regarding the determination of the subject of law (the subject of protection) of the prescribed duty of the management of a company, as well as the reasons for such determination. The author takes the

⁵⁶ Academic ANURS, Professor emeritus University of Belgrade, President of the Permanent Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce and Industry. E-mail address: mvaske@mts.rs

position, based on the appropriate argumentation, that in the company law the subject of protection is a joint stock company (company as a legal entity), in the bankruptcy law it is an unsecured creditor while in the takeover law it is a shareholder. Since there is no unique position on these issues in legal theory, legislation and jurisprudence, the author refers to this situation as a kind of “Bermuda triangle“.

Key words: *Management duty, Interest of a company, Creditor’s interest, Shareholder’s interest, Company law, Bankruptcy law, Takeover law.*

НАЧЕЛА КОД ПОСЛОВАЊА БАНАКА СА ДОКУМЕНТАРНИМ АКРЕДИТИВИМА

Проф. др Зоран Васиљевић¹

***Резиме:** У овом раду аутор настоји да изведе основна начела пословања са документарним акредитивима и њихове најзначајније последице на примјену овог услужног банкарског посла. Два основна начела која се издвајају, а која имају упориште и у регулативи овог института, јесу начело независности акредитивних односа, које се примјењује на односе између учесника у овом сложеном правном послу, и начело пословања документима, а не робом. Ово друго начело односи се на банчину обавезу испитивања акредитивних докумената и из њега се развила доктрина строге саобразности, која у свом пуном капацитету не дозвољава одступања. Ипак, разлози правичности, као и потреба за флексибилношћу у циљу спречавања безразложног неуспјеха акредитивне трансакције, налажу и одређена одступања од наведених начела, која се, прије свега, односе на спречавање превара и толерисање несаобразности, које нису битне за банчиног налогодавца. Овим одступањима, поготово из разлога што немају адекватно упориште у регулативи (прије свега, Једнообразним правилима и обичајима за документарне акредитиве), треба приступати опрезно и с дужном пажњом, како се не би довела у питање правна сигурност и повјерење у овај сложени правни инструмент.*

***Кључне ријечи:** документарни акредитив, начело аутономије, начело пословања са документима, начело строге саобразности.*

¹ Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, e-mail: zoran.vasiljevic@pf.unibl.org

1. УВОД

Правна правила из области права документарних акредитива почела су се развијати тек у XX вијеку, с тим да су значајнији развој доживјела она на међународном нивоу. Највећи значај у њиховој унификацији има Међународна трговинска комора (у даљем тексту: МТК), са сједиштем у Паризу. Ради се о правилима под називом Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве (скраћено: ЛПДА). Ова правила повремено се мијењају пратећи развој и потребе пословања са документарним акредитивима.² Посљедња ревизија ступила је на снагу 2007. године,³ а од 2002. године се за потребе електронског пословања паралелно користе и електронска Правила (скраћено: еUCP).⁴ Из пословне праксе са документарним акредитивима, као и њене регулативе, могла би се извући и одређена начела којих банке треба да се придржавају код обављања ових послова, без обзира на то у којој се улози јављају. За ова начела би се могло рећи да су, уз мање разлике, готово универзална.⁵

Начела пословања банака са документарним акредитивима нису опширно образлагана у правној теорији. Међутим, она се могу извести уопштавањем правила пословања са документарним акредитивима која се односе како на субјекте који учествују у овим правним односима, тако и на само испитивање документарних акредитива. У правној теорији, ипак, постоје извјесне разлике у набрајању ових начела. Тако Росенберг наводи четири основна начела, а то су: начело пословања документима, а не робом, начело одвојености акредитивног посла од основног посла, начело одвојености и самосталности правних односа насталих унутар документарног акредитива и начело банчиног испитивања докумената.⁶ Сличне подјеле

² Више: Зоран Васиљевић, Извори права за документарне акредитиве, *Правна ријеч*, бр. 64/2021, 392–396.

³ Ревизија UCP 600. Један од иницијалних разлога ревизије налази се у томе да су претходно важећа постала препрека несметаном протоку докумената. Правила нове Ревизије су јаснија, концизнија, а смањен је и њихов број са 49 на 39. Више о новинама посљедње ревизије ЛПДА: Страхиња Миљковић, Документарни акредитив и нова UCP 600 rev. 2007. Правила, *Зборник радова: Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности*, Косовска Митровица, 2016, 138–143.

⁴ Тренутно је на снази верзија 2.0. из 2019. године.

⁵ Тако се, нпр., у Њемачкој из саме теоријске дефиниције документарног акредитива као апстрактног обећања види његова независност од уговора о продаји. Оп. цит. Е. Р. Ellinger, *Documentary Letters of Credit*, Singapore, 1970, 187.

⁶ Људевит Росенберг, *Право међународних плаћања*, Загреб, 1975, 25 (видјети и *Уговори*

чине и неки други аутори.⁷ Међутим, чини се да би се и нека од ових начела могла и даље уопштити као саставни елементи једног основног начела, па би се као два основна начела пословања са документарним акредитивима могли издвојити: начело аутономије (независности) акредитива и начело пословања документима, а не робом,⁸ при чему би се прво начело при-мјењивало на правне односе настале између учесника у правном послу до-кументарног акредитива, а друго на испитивање и плаћање документарних акредитива од стране банака, при чему су оба начела суштински битна за рјешавање питања одговорности банака у овом правном послу.

2. НАЧЕЛО АУТОНОМИЈЕ (НЕЗАВИСНОСТИ) АКРЕДИТИВНИХ ОДНОСА

Начело аутономије акредитива може се схватити као једно збирно на-чело које се састоји из више подначела, а то су: независност документарног акредитива од основног правног посла (нпр. уговора о продаји) поводом које је и настао и независност правних односа унутар конструкције доку-ментарног акредитива, што се, дакле, односи на све правне односе који могу настати зависно од броја учесника овог правног посла, као нпр. однос између налогодавца и акредитивне банке, однос између акредитивне и кон-фирмирајуће банке, однос између акредитивне и негоцирајуће банке, однос између акредитивне банке и корисника акредитива, итд.

Ово начело истакнуто је и у ЛПДА,⁹ према којима: „Акредитиви су по својој природи одвојене трансакције од комерцијалног(их) или другог(их) уговора на коме (којима) могу бити засновани, и банке немају никакве везе са истима нити их такав(ви) уговор(и) обавезује(у), чак ни у случају да се у акредитиву позива на такав(ве) уговор(е). Сходно томе, обавеза банке да

аутономног привредног права, Загреб, 1975, на стр. 45 у редакцији проф. Голдштајна)

⁷ Царић/Хрибовшек, *Спољнотрговинска плаћања*, Београд, 1990, 163–165; Анте Катунарић, умјесто начела банчиног испитивања докумената, наводи начело непреузимања обавеза за квалитативно и квантитативно стање робе. Види: Катунарић, *Банка, принципи и пракса банковног пословања*, Загреб, 1981, 478–479.

⁸ Тако и М. Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 2001, 796–797. и Р. Вукадиновић, *Правни односи из међународног документарног акредитива*, докторска дисертација, Крагујевац, 1985, 101.

⁹ Чл. 3а ЛПДА (ревизија из 1993. године – УСР 500), односно чл. 4а посљедње ревизије ЛПДА (УСР 600) из 2007. године. Такође, ради прегледности текста, у УСР 600 се не користи множина ријечи, већ се у посебном члану (чл. 3) појашњава да, када је при-мјењиво, ријечи у једнини укључују множину, и обрнуто.

плати, акцептира и плати мјеницу(е) или негоцира и/или изврши неку другу обавезу по акредитиву, није предмет захтјева или одбијања налогодавца који произлазе из његових односа са акредитивном банком или корисником.“ Други дио начела такође је усвојен у сљедећем ставу,¹⁰ према коме „корисник не може ни у ком случају користити за себе уговорне односе који постоје између банака или између налогодавца и акредитивне банке.“ Такође, и код домаћих акредитива је усвојено ово начело, о чему свједочи, додуше, не тако детаљна формулација из Закона о облигационим односима (скраћено: ЗОО): „Акредитив је независан од уговора о продаји или другог правног посла у поводу којег је акредитив отворен“.¹¹

Дакле, иако су сви односи код документарног акредитива међусобно повезани и представљају дијелове једног сложеног правног посла, они су истовремено и међусобно независни. Главни разлог за усвајање овог начела је потреба за правном сигурношћу уговорних страна из ових правних односа, прије свега банака, које, нпр., не морају ни знати за садржај односа из основног правног посла. Такође, овим начелом се доприноси и брзини и ефикасности пословања са документарним акредитивима, јер се обавеза банке третира апстрактном према претходним односима, али је условна и каузална у односу на подношење, по спољном изгледу, саобразних докумената.¹²

Најзначајнија последица овог начела је да се не могу истицати приговори из других правних односа. Тако, нпр., налогодавац не би могао истаћи банци приговор неизвршења обавезе из основног правног посла, акредитивна банка не би могла истаћи приговор кориснику акредитива да није добила покриће од налогодавца, корисник не би могао истаћи банци приговор да су основним послом уговорени другачији услови акредитива, и сл. Немогућност истицања приговора из других односа највише погодује кориснику акредитива, који може да тражи промптну исплату акредитивног износа, уколико поднесе саобразна документа. Тако је створено и правило „прво плати, а затим се спори“, које представља основу на којој почива комплетан правни посао документарног акредитива.¹³

¹⁰ Чл. 4а ЈПДА. У односу на претходну ревизију, у УСР 600 је додат нови ст. В, према коме „акредитивна банка треба да спречава било који покушај корисника да укључи као саставни дио акредитива, копије наведеног уговора, проформа фактуру, и сл.“

¹¹ Чл. 1074 ЗОО-а, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 17/93, 3/96, 37/01 – др. закон, 39/03 и 74/04.

¹² Вукадиновић, *наведена дисертација*, 101.

¹³ Види Thanuja Rodrigo, *UCP 500 to 600: A Forward Movement*, *Murdoch University*

Из чињенице да је документарни акредитив независан од основног правног посла слиједи да је обавеза банке да хонорише само она документа која су саобразна условима отвореног акредитива. Ти услови ће, по правилу, одговарати онима из основног посла, али ако се то ипак не деси, банка неће бити везана условима из основног посла, јер за њих не мора ни знати. И ЛПДА су изричита у том погледу, чак и у случају кад би се документарни акредитив позивао на те услове. Они би се могли примијенити само ако се изричито унесу у налог за отварање акредитива, а банка их затим пренесе његовом кориснику.

Овако је одлучено и у случају *Urquhart Lindsay & Co. Ltd. v. Eastern Bank Ltd.* из 1922. године.¹⁴ У овом случају, тужилац је уговорио производњу и снабдијевање са неколико пошилики машинерије једној фирми из Калкуте. Тужена банка је, на основу тог уговора, по налогу купца отворила неопозиви документарни акредитив за све пошилике. Двије мјенице су и биле презентоване и хонорисане. Тужилац је, међутим, у мјенични износ укључио и наводно повећање трошкова производње. Мада ове мјенице нису прелазиле одређени акредитивни износ, укључивање додатних сума било је супротно одредбама уговора о продаји. Стога је, по налогу купца, акредитивна банка одбила да акцептира и трећу мјеницу за трећу пошилку. Ни ова мјеница није прелазила акредитивни износ, али као ни претходне двије није била у складу са уговором о продаји. Тужилац је банчино одбијање схватио као кршење уговора и подигао тужбу за накнаду штете. Банка је покушала да се одбрани позивањем на уговор о продаји. Међутим, суд је одлучио у корист тужиоца, позивајући се на независност документарног акредитива од уговора о продаји. Дакле, купац није смио забранити банци да исплати мјеничну своту, јер она није прелазила акредитивни износ, већ је требало да то питање рашчисти непосредно са продавцем, на основу њиховог односа из уговора о продаји, јер акредитивни посао не води новацији основног уговора.¹⁵ Чак и ако се докаже да уговор о продаји није испуњен, банка је и даље обавезна да изврши преузете обавезе из документарног акредитива. Штавише, било би небитно чак и да је уговор о продаји раскинут.¹⁶

Дакле, између акредитивног и основног посла нема повратне спреге. Стога, као што ни престанак основног уговора не утиче на обавезе из от-

Electronic Journal of Law, No. 18(2), 2011, 5.

¹⁴ Види Ellinger (ћир. Елингер), *наведено дјело*, 183–184.

¹⁵ Види М. Васиљевић, *наведено дјело*, 797.

¹⁶ Елингер, *наведено дјело*, 187.

вореног акредитива, без обзира на разлоге који могу бити и околности на које уговорне стране не могу утицати (нпр., избијање рата, неке државне мјере попут ембарга на увоз робе или прописивање извозних дозвола), тако и ако се акредитивни посао не би остварио из било ког разлога, онда би још увијек остале обавезе купца из основног уговора недирнуте у погледу плаћања цијене.¹⁷

Ипак, у пракси београдске Спољнотрговинске арбитраже забиљежен је један споран став, према коме се „купопродајни уговор мора прилагодити акредитиву“.¹⁸ Наиме, радило се о томе да је југословенска компанија „Шипад“ продала дрвене кутије шпанском купцу „Мунозу“. Купац је прихватио робу, али није платио цијену образлажући то чињеницом да је његова обавеза да плати цијену повезана са уговором о продаји лимуна, који је он склопио са југословенским предузећем „Воће“. Како му Воће није платило за испоручени лимун, Муноз је одбио да плати Шипаду. Арбитража је првобитно утврдила да ови уговори нису повезани, али је промијенила став и закључила да је накнадно отворени акредитив довео до измјене уговора између Муноза и Шипада, везујући његово извршење за извршење уговора између Муноза и Воћа. Оваква одлука свакако заслужује критику јер се коси са начелом независности односа из документарног акредитива. Чак и кад купац, сагласно промјенама основног посла, да инструкције банци да измијени и услове отвореног акредитива, то неће обавезивати банку све док она тако измијењене услове не унесе у акредитив. Стога се уговорене измјене основног посла, све док их банка не прихвати, тичу једино уговорних страна из тог основног посла, па их банка није дужна узети у обзир приликом хонорисања поднијетих докумената.¹⁹

Не само да начело независности ослобађа банку од обавезе да испитује извршење основног уговора, већ јој намеће дужност да се од тога уздржи, без обзира на то да ли зна или основано вјерује да постоје мане у његовом извршењу.²⁰ У том смислу се може навести и случај *J. Yeevi and Sons Ltd. v. Grindlays Bank Ltd.* из Уганде, из 1975. године.²¹ Наиме, тужена *Grindlays Bank* издала је неопозиви негоцијациони доларски акредитив у

¹⁷ Царић/Хрибовшек, *наведено дјело*, 164.

¹⁸ Видјети Тијана Којовић, *Начело независности у документарном акредитиву, Право и привреда*, бр. 3-4/98, 62–63.

¹⁹ Вукадиновић, *наведена дисертација*, 103.

²⁰ Т. Којовић, *наведени чланак*, 63.

²¹ Видјети код Вукадиновић, *наведена дисертација*, 106–107. Наведено према коментару Kozolchuk, на стр. 120–121.

корист тужиоца, једног израелског друштва, у коме је било предвиђено да негоцијациона банка из Њујорка има право на рамбурс од њеног исплатног агента, National City Bank of New York. Међутим, прије истека важности акредитива, тужена банка је обавијестила исплатног агента да не смије рамбурсирати било коју негоцијациону банку, због једне одлуке владе Уганде којом је прогласила акредитиве издате израелским грађанима неважећим. Апелациони суд Њујорка одбио је екстериторијално дејство права Уганде и закључио да се мора пружити правна заштита оправданим очекивањима страна у акредитивном послу, па је пресудио у корист тужиоца.

С друге стране, важило би и обрнуто дејство. Чак и да је корисник акредитива у потпуности извршио своју обавезу из основног посла, он се не би могао наплатити из акредитивног износа уколико би поднио документе који нису сагласни са условима отвореног акредитива. Управо тако је и пресуђено једном америчком судском одлуком у случају North Woods Paper Mills v. National City Bank of New York из 1953. године.²² Чак и у случају нелегалности или ништавости основног уговора, банка би била обавезна да исплати суму из документарног акредитива, иако би њено извршење могло довести до кршења закона.²³

Са истом снагом, начело независности се примјењује и на односе унутар самог документарног акредитива, схваћеног у ужем смислу. Stoufflet (ћир. Стуфле) истиче да банка не може продавцу истаћи приговоре које има према купцу, као нпр., да није добила акредитивно покриће.²⁴ На овај начин се продавац осигурава од ризика да му купац неће платити уговорену цијену из уговора о продаји. Банка треба да питање покрића расправи са самим купцем, зависно од тога како је питање покрића регулисано њиховим уговором, односно да ли ће документарни акредитив имати и кредитну функцију или не, а поднијета документа може да одбије само ако нису саобразна са условима акредитива. Једино у случају да за акредитивну банку постане немогуће да изврши обавезу, нпр., због мораторијума у погледу плаћања или административне забране трансфера за вријеме које је дуже од рока важности акредитива, продавац би се за наплату цијене морао обратити купцу.²⁵

²² Опширније о случају, Т. Којовић, *наведени чланак*, 63.

²³ Ibid, 64 (као примјер наводи се случај Banka Nazionale Del Livorno v. SMS Hasenclever GmbH. из 1993. године, гдје је амерички суд пресудио да је конфирмирајућа банка одговорна кориснику акредитива, упркос томе што би њен покушај да се рамбурсира од акредитивне банке могао представљати кршење антибојкот закона).

²⁴ Jean Stoufflet, *Le credit documentaire*, Paris, 1957, 299.

²⁵ Вукадиновић, *наведена дисертација*, 110.

Дакле, могло би се закључити да начело независности акредитива понекад може бити и веома неповољно за уговорне стране.²⁶ Међутим, свако одступање било би супротно овом начелу, а угрозило би и правну сигурност, као и позитивне стране, због којих је ово начело и установљено, па се од њега може одступити само у изузетним случајевима, као што су преваре. Било би, наиме, неправично и штетно допустити бескрупулозном кориснику акредитива да се користи принципом строге саобразности подносећи фалсификована документа или генерално, поступајући преварно приликом подношења захтјева за хонорисање докумената. Тако је развијен и концепт преварног поступања као изузетка од начела независности и принципа строге саобразности. Овај изузетак први пут је прихваћен у америчкој судској пракси у случају *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporation* из 1941. године.²⁷

Водећи енглески случај у коме је прихваћен овај концепт је *United City Merchants (Investments) LTD v. Royal Bank of Canada (The American Accord)* из 1983. године.²⁸ Овдје је као преварно поступање наведено понашање продавца који свјесно подноси потврђујућој банци документа која садрже, изричито или имплицитно, материјално представљање нетачних чињеница. Ипак, ЛПДА не садрже одредбе из којих би се могао извести изузетак преварног поступања. Основни разлог је у томе што се ради о међународном извору права који оставља ово питање на рјешавање националним законодавствима и правосудјима.²⁹ У англосаксонској правној теорији се, међутим, оштро критикује недоследност судова у примјени правила изузетка преваре и постоје залагања да се у наредну ревизију ЈПДА угради и наведени изузетак, чиме би се ријешило овај проблем.³⁰

3. НАЧЕЛО ПОСЛОВАЊА ДОКУМЕНТИМА, А НЕ РОБОМ

Суштина овог начела је у томе да се у акредитивном послу роба не појављује у свом материјалном облику. Купац даје банци налог за плаћање

²⁶ Нпр., за продавца кад, иако изврши обавезу из основног посла, не може да се наплати за акредитивни износ због несаобразности докумената, а поготово за кушца, што је и много чешћи случај.

²⁷ Види Nevin Meral, *The Fraud Exception in Documentary Credits: A Global Analysis*, *Ankara Bar Review*, No. 2/2012, 45.

²⁸ Види T. Rodrigo, *наведени чланак*, 7.

²⁹ *Ibid*, 7–8.

³⁰ Види N. Meral, *наведени чланак*, 45–46, 66–67.

цијене продавцу, ако овај испуни одређене услове. Ти услови се састоје у подношењу тражених докумената, потпуно саобразних условима из отвореног акредитива, у одређеном року. Банка ни у једном тренутку не долази у додир са робом која је предмет уговора о продаји, већ је та роба представљена документима које подноси корисник акредитива.

Ово начело изричито је наведено и у ЈПДА, у којима се наводи да „у акредитивном пословању све заинтересоване стране послују са документима, а не робом, услугама и/или другим чинидбама на које се документи могу односити.“³¹

Дакле, иако документи садрже опис робе, услуга или других чинидби поводом којих је дошло до склапања основног посла, улога банке се само своди на испитивање саобразности датог описа са условима акредитива, а не и стварног стања предмета основног уговора. Ово је веома битно и за рјешавање питања одговорности банака. На основу овог начела установљена је и доктрина строге саобразности,³² која се састоји у томе да банка смије да прихвати само она документа која су потпуно саобразна са условима отвореног акредитива. Ако то није случај, банка је дужна да одбије несаобразна документа и не исплати акредитивни износ. С друге стране, банку не интересује какво је стварно стање робе која је описана у поднијетим документима. Тако су се у пракси дешавали и случајеви да је акредитивна банка исплатила акредитивни износ несавјесним лицима која су умјесто полароид камера купцу отпремила сандуке с камењем.³³ Али банка се не може чинити одговорном све док су сама документа саобразна условима отвореног акредитива. Стуфле истиче да банка чак треба да игнорише и жалбу купца да роба није одговарајућег квалитета. Али, наводи и да ако купац жели да се заштити у оваквим ситуацијама, може у условима акредитива предвидјети подношење посебног сертификата, који продавац треба да добије од купца, којим се потврђује да је роба уговореног квалитета.³⁴ Међутим, Елингер се не слаже са таквим ставом и сматра да је то у супротности са природом документарног акредитива,³⁵ што се чини исправнијим становиштем.

³¹ Чл. 5 ЈПДА.

³² Поједини аутори поред овог начела изводе и начело банчиног испитивања докумената. Видјети Царић/Хрибовшек, *наведено дјело*, 165. Међутим, ова обавеза банака произлази из њене улоге у овом правном послу и обухваћена је начелом строге саобразности.

³³ Види Царић/Хрибовшек, *наведено дјело*, 164.

³⁴ Стуфле, *наведено дјело*, 321.

³⁵ Елингер, *наведено дјело*, 189.

У сваком случају, документа морају у потпуности бити саобразна, тј. нема градације саобразности, нити правне аналогије с правилима о несаобразној испоруци робе, која омогућавају да само одређени степен несаобразности буде услов за раскид уговора.³⁶

Доктрина строге саобразности развила се и из једног од основних принципа заступништва да је заступник овлашћен да се рамбурсира од свог налогодавца само ако дјелује у складу са његовим инструкцијама.³⁷ Према томе, и банка која дјелује као заступник налогодавца за отварање акредитива може да тражи откуп докумената само ако је она претходно откупила од корисника акредитива документа која су у потпуности саобразна условима отвореног акредитива.

Ово начело одавно је потврђено и у англосаксонској судској пракси. У енглеском праву, основ за примјену доктрине строге саобразности је прецедент у случају *Equitable Trust Co. of New York v. Dawson Partners Ltd.* из 1927. године.³⁸ Иако се радило о спору између банке и купца, правило је проширено и на односе између банке и продавца. Судија *Viscount Sumner* је своју пресуду образложио сљедећим ријечима: „Основно правило и основни смисао је да банка која је прихватила документа може тражити одштету само ако их је строго прегледала. Нема мјеста за документе који су скоро исти или који би могли бити одговарајући. Ако банка одступи од ових услова, то чини на свој ризик.“³⁹ За ово правило може се рећи да је готово универзално у цијелом свијету, осим једног изузетка који је забиљежен у њемачком праву.⁴⁰

Стуфле се, такође, слаже са овим начелом и у том погледу истиче три захтјева. Прво, банка мора утврдити да су сви документи поднијети и, у том смислу, он се не слаже са одлуком париског суда из 1942. године гдје су тражена два сертификата (о инспекцији и санитарни), а банка је прихватила само један, који је служио у обје сврхе. Стуфле, наиме, сматра да банка није увијек у позицији да просуђује да ли су комбиновани документи задовоља-

³⁶ Владимир Стојиљковић, Међународни документарни акредитив, *Правни живот*, бр. 11/03, 540.

³⁷ Види *Hamed Alavi*, Risk Management and their Application to Documentary Discrepancy in Letter of Credit Transactions, *European Journal of Economic Studies*, No. 6(1), 2017, 5.

³⁸ Види Елингер, наведено дјело, 277–279.

³⁹ *Ibid*, *Eisemann/Eberth*, *Das Dokumenten – Akkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg, 1979, 155, *Schütze/Fontane*, *Documentary Credit Law*, Paris, 2001, 30.

⁴⁰ Види *Johanes C. D. Zahn*, *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, Berlin, 1976, 104–106.

вајући за купца.⁴¹ Други захтјев је да документи морају изричито бити оног типа који се тражи у условима акредитива,⁴² а трећи се тиче описа робе.⁴³

Међутим, и поред позитивних страна ове доктрине, она својом крутошћу и формализмом може довести у неугодну позицију како купца, тако и продавца. Наиме, њена сврха је да задовољи двије потребе, које се често могу и искључивати, а то су да, с једне стране, потпомогне брзо, једноставно и ефикасно обављање основног посла, и с друге стране, да свим учесницима у овом правном послу обезбиједи правну сигурност.⁴⁴ Зато се у правној литератури наводи и потреба за одступањима од њене строгости, поготово у случајевима кад акредитивна банка оцијени да је то у интересу њеног налогодавца.⁴⁵

У овом правцу је у немачком праву највеће упориште добила дискрециона теорија, коју је најбоље објаснио Zahn (ћир. Зан),⁴⁶ иако није њен творац. Овај аутор објашњава да постоје одређени случајеви гдје банка може, по својој дискреционој оцени, одступити од доктрине строге саобразности и хонорисати и документа која нису у потпуности саобразна. Штавише, дискрециона оцјена банке у таквим случајевима била би обавезујућа и за купца, али га то ипак не доводи у потпуну зависност од банке. Број ових случајева строго је ограничен. Међутим, ради се о случајевима који су веома уопштени, као нпр., без спецификације описа робе.⁴⁷

Ова теорија могла би имати упориште и у нашем праву, тачније у ЗОО,⁴⁸ према коме је налогопримцу дозвољено да одступи од добијених налога ако према околностима случаја оцијени да је то у интересу налогодавца. Међутим, опасност ове теорије је у нејасним границама дозвољености коришћења банчине дискреције и тиме довођења у опасност и правне сигурности овог правног посла. Уосталом, нису је прихватила ни друга

⁴¹ Стуфле, *наведено дјело*, 212–215.

⁴² Ibid, 216.

⁴³ Ibid, 220.

⁴⁴ Вукадиновић, *наведена дисертација*, 112.

⁴⁵ Види М. Васиљевић, *наведено дјело*, 797. (И Кребс истиче да ово треба прихватити у случајевима кад би неприхватање докумената довело до раскида уговора супротно интересима купца, видјети Елинггер, *наведено дјело*, 283).

⁴⁶ Зан, *наведено дјело*, 103–108.

⁴⁷ Дискреција банака има своје упориште у чл. 665 Њемачког грађанског законика (скраћено: BGB), који се примјењује и на уговор између банке и купца, као уговор о налогу, а који допушта агенту да одступи од инструкција налогодавца, ако је то у интересу налогодавца.

⁴⁸ Чл. 752 ЗОО.

права, осим у неколико случајева из америчке судске праксе. Ипак, и у САД је основна тенденција против допуштања дискреције.⁴⁹

Елингер се, такође, не слаже са теоријом дискреције, јер сматра да банка није у позицији да пресуђује које је одступање важно, а које није. По њему, ипак, постоје случајеви нејасних инструкција, гдје упућује на примјену правила из случаја *Ireland v. Livingston* из 1872. године, када је лорд *Herschall* рекао: „Ако налогодавац да наредбу агенту са тако нејасним терминима да се може тумачити на два различита начина, није у реду да налогодавац одбије агентову радњу као неовлашћену зато што је он мислио да наредба треба да се тумачи на други начин“. Међутим, Елингер наглашава да се овдје не ради о дискрецији банке и да ово правило треба примијенити кад би инструкција била нејасна разумном човјеку и банка примијени смисао одредбе за који вјерује да је налогодавац имао на уму, али додаје и да ако је банка, у тренутку пријема налога, свјесна нејасности инструкција, треба и да их одбије.⁵⁰

У том смислу и у ревизији ЈПДА из 1993. године се захтијевало да инструкције морају бити потпуне и прецизне, те да банке треба да обесхрабрују сваки покушај укључивања сувишних детаља који би могли довести до забуна и неспоразума.⁵¹ Овоме би се једино могло још додати да уколико ипак дође до превида и нејасноће се не уоче одмах, банка треба и накнадно, уколико је у могућности, да се обрати налогодавцу ради отклањања нејасноћа.

И у америчком праву постоје покушаји ублажавања доктрине строге саобразности, прије свега кроз забрану истицања тзв. техничких приговора, њихове застарјелости или ратификације,⁵² али то ипак не умањује снагу овог начела, које је и даље основно начело којим банке треба да се руководе приликом испитивања акредитивних докумената.

Као резултат свих наведених покушаја ублажавања и у стандардима испитивања докумената, према ЈПДА, прописано је да банке треба да испитају да ли поднијети документ „наизглед“⁵³ представља саобразну пре-

⁴⁹ Види Елингер, *наведено дјело*, 283–284.

⁵⁰ *Ibid*, 285–286.

⁵¹ Чл. 5 УСР 500. Овај члан није унијет у садржај посљедње ревизије, јер се сматра да то треба да се подразумијева као добра банкарска пракса.

⁵² Види Елингер, *наведено дјело*, 286–292.

⁵³ Енг. „on its face“. Сматра се, да сходно објашњењу датом од стране радне групе која је била задужена за израду нове ревизије ЈПДА, овај израз не треба тумачити буквално, у смислу испитивања по спољном изгледу, већ да испитивање треба спровести у складу

зентацију. Такође, подаци садржани у документима када се читају у контексту отвореног акредитива, самих докумената и међународних стандарда банкарске праксе, не морају бити идентични, али не смију бити у сукобу са другим подацима у том или неком другом поднијетом документу.⁵⁴ Овакво рјешење, с једне стране, олакшава позицију банака које учествују у испитивању докумената, лишавајући их одговорности за разумно одступање од примјене принципа строге саобразности, али, с друге стране, отвара и пут споровима приликом подношења докумената на рамбурсирање, било од стране кореспондентне банке акредитивној банци или од стране акредитивне банке налогодавцу. Ово може успорити процес реализације правног посла документарног акредитива, повећати трошкове и произвести губитак повјерења у његове предности.⁵⁵

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Начела пословања банака са документарним акредитивима развила су се из пословне праксе приликом коришћења овог института, али су нашла извор и у регулативи која се нарочито развила на међународном нивоу као природна посљедица чињенице да овај правни посао и његове предности посебно долазе до изражаја у међународним пословним односима, када се ради о привредним субјектима из различитих држава.

И поред извјесних неусклађености у њиховом навођењу, већина правних теоретичара се ипак усагласила у издвајању два начела, и то начела независности акредитивних односа и начела пословања документима, а не робом.

Прво начело се примјењује на појединачне односе између учесника у акредитивном послу, тј. односе између налогодавца за отварање акредити-

са стандардима међународне банкарске праксе и особинама самог документа који се испитује. Види Т. Rodrigo, *наведени чланак*, 10.

⁵⁴ Види чл. 14 ЛПДА.

⁵⁵ Најчешће несаобразности јављају се у виду недоследности датирања докумената, несаобразности транспортних докумената, грешкама у мјеници или непотписаним мјеницама, као и неодговарајућим фактурама и документима о осигурању робе у превозу. Услед тога се у економској теорији и пракси настоје креирати технике менаџмента ризика за случај неуспјеха посла са документарним акредитивом. Више Н. Alavi, *наведени чланак*, 5–15. Мора се, међутим, нагласити да спорове понекад изазивају и недовољно јасне одредбе ЛПДА. Као примјер се могу навести одредбе које се односе на тумачење појма чисте теретнице. Више о овоме: Časlav Pejović, *Clean Bill of Lading in Contract of Carriage and Documentary Credit: When Clean may not be Clean*, *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 55 (170), 2016, 16–29.

ва и корисника акредитива (основни посао, најчешће уговор о продаји), тј. независност акредитива од ових односа, затим односе између налогодавца и акредитивне банке (уговор о отварању акредитива), између више учествујућих банака (опциони односи између акредитивне и кореспондентних банака који имају правни основ у уговору о налогу) и између номиниране (акредитивне или кореспондентне) банке која треба да изврши рамбурс докумената и корисника акредитива (заснован на једностраној изјави воље номиниране банке). Ово начело, чија основна посљедица је немогућност истицања приговора из једног правног односа у другом правном односу, доприноси убрзању реализације овог правног посла, што је у складу са једним од најважнијих економских постулата „вријеме је новац“ и представља основну погодност овог сложеног правног посла, уз правну сигурност, која се обезбјеђује његовим учесницима. Ипак, покушавају се пронаћи и рјешења за отклањање неправичности до којих доводи досљедна примјена начела, а које се превасходно односе на преварно поступање корисника акредитива и злоупотребу начела. Наведени проблем за сада није адекватно ријешен у међународној регулативи, па се његово рјешавање оставља националним законодавствима и судској пракси, тамо гдје она има такву моћ. Тако је у англосаксонској судској пракси конципирано Правило изузетка преваре. У сваком случају, ради се о осјетљивом терену, јер свако неоправдано одступање од начела може нанијети штету некој од уговорних страна и угрозити правну сигурност акредитивног посла.

Друго начело се односи на поступање банака приликом испитивања поднијетих докумената у складу са условима акредитива, са циљем њиховог рамбурсирања. Из њега је видљиво да банке у реализацији овог услужног посла не долазе у контакт са робом, што је веома битно за рјешавање питања њихове одговорности. На основу наведеног начела конституисана је доктрина строге саобразности, чија досљедна примјена, међутим, може изазвати штетне посљедице за обје уговорне стране, односно може довести до неуспјеха акредитивне трансакције и у случајевима када за то не постоје оправдани разлози. Зато постоје залагања да се дозволи одступање од доктрине строге саобразности, посебно у случајевима када банка оцијени да је то у интересу њеног налогодавца. Ипак, и овдје, као и код одступања од начела независности, остаје проблем дефинисања граница банчине дискреције и довођења у опасност сигурности правног посла.

Остаје закључак да, у реализацији овог сложеног банкарског посла, банке морају поступати са дужном пажњом доброг привредника како не би угрозиле начело правичности, а тиме и повјерење у предности овог правног

инструмента, због којих је и доживио толики успјех и значајну примјену, поготово у међународној пословној пракси.

5. ЛИТЕРАТУРА

1. Alavi, Hamed, Risk Management and their Application to Documentary Discrepancy in Letter of Credit Transactions, *European Journal of Economic Studies*, No. 6(1), 2017.
2. Васиљевић, Зоран, Извори права за документарне акредитиве, *Правна ријеч*, бр. 64/2021.
3. Васиљевић, Мирко, *Пословно право*, Београд, 2001.
4. Вукадиновић, Радован, *Правни односи из међународног документарног акредитива*, докторска дисертација, Крагујевац, 1985.
5. Голдштајн А. / Розенберг Љ., *Уговори аутономног привредног права*, други свезак, Загреб, 1975.
6. Eisemann/Eberth, *Das Dokumenten – Akkreditiv im Internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg, 1979.
7. Ellinger, E. P., *Documentary Letters of Credit*, Singapore, 1970.
8. Zahn, Johannes C. D., *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, Berlin, 1976.
9. Катунарић, Анте, *Банка, принципи и пракса банковног пословања*, Загреб, 1981.
10. Којовић, Тијана, Начело независности у документарном акредитиву, *Право и привреда*, бр. 3-4/98.
11. Meral, Nevin, The Fraud Exception in Documentary Credits: A Global Analysis, *Ankara Bar Review*, No. 2/2012.
12. Миљковић, Страхиња, Документарни акредитив и нова UCP 600 rev. 2007. Правила, *Зборник радова: Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности*, Косовска Митровица, 2016.
13. Pejović, Časlav, Clean Bill of Lading in Contract of Carriage and Documentary Credit: When Clean may not be Clean, *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 55 (170), 2016.
14. Rodrigo, Thanuja, UCP 500 to 600: A Forward Movement, *Murdoch University Electronic Journal of Law*, No. 18(2), 2011.
15. Росенберг, Људевит, *Право међународних плаћања*, Загреб, 1975.
16. Стојиљковић, Владимир, Међународни документарни акредитив, *Правни живот*, бр. 11/03
17. Stoufflet, Jean, *Le credit documentaire*, Paris, 1957.
18. Schütze, R. A. / Fontane, G., *Documentary Credit Law*, Paris, 2001.
19. Царић, Славко / Хрибовшек, Франц, *Спољнотрговинска плаћања*, Београд, 1990.

Zoran Vasiljević, PhD⁵⁶

PRINCIPLES OF BANKING BUSINESS WITH DOCUMENTARY LETTERS OF CREDIT

***Summary:** In this paper, the author tries to derive the basic principles of business with documentary letters of credit and their most significant consequences for the application of this banking service business. Two basic principles that stand out, and which have a foothold in the regulation of this institute, are the principle of independence of letter of credit relations, which applies to relations between participants in this complex legal business, and the principle of dealing with documents, not goods. This second principle refers to the bank's obligation to examine the letter of credit documents and from it the doctrine of strict compliance was developed, which in its full capacity does not allow deviations. However, the reasons of fairness, as well as the need for flexibility in order to prevent the unjustified failure of the letter of credit transactions, require certain deviations from the above principles, which, above all, relate to the prevention of fraud and toleration of incompliances, which are not important for the principal of the bank. These deviations, especially due to the fact that they do not have an adequate basis in the regulations (first of all, Uniform rules and customs for documentary letters of credit), should be treated cautiously and with due care, so as not to call into question legal certainty and trust in this complex legal instrument.*

***Key words:** documentary letter of credit, principle of autonomy, principle of dealing with documents, principle of strict compliance.*

⁵⁶ Associate Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

РАЗРЕШЕЊЕ НЕДОУМИЦА О ПРЕДМЕТУ, УГОВОРНИМ СТРАНАМА И ЗАКЉУЧЕЊУ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

Др Страхиња Д. Миљковић¹

Резиме: Франшизинг као специфичан метод уговорног инвестиционог пословања, у савременим тржишним околностима све више добија на значају. Правни систем Републике Србије не познаје правни акт којим се непосредно регулише уговор о франшизингу. Све до тренутка усвајања *Нарцрта грађанског законика*, позитивно законодавство Републике Србије не регулише уговор о франшизингу, па самим тим не постоји уједначена терминологија у погледу предмета уговора и уговорних страна. Такође, једна од специфичности уговора о франшизингу, која изазива доста недоумица, а самим тим и непознаница, јесте закључење уговора односно његова предуговорна фаза – обавеза предуговорне објаве података (*disclosure law*). Значај рада је у томе да иако постоје правнотеоријско размимоилажења са старијом генерацијом правних теоретичара, аутор даје одређене одговоре на назначене недоумице, а све у циљу бољег разумевања уговора о франшизингу као савременог уговора аутономног трговинског права.

Кључне речи: уговор о франшизингу, франшиза, давалац франшизе, прималац франшизе, предуговорно обавештење, документ објаве.

¹ Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, Е-mail: strahinja.miljkovic@pr.ac.rs

1. УВОД

1.1. Појам франшизинга

Етимологија термина франшизинг (*franchising*) извориште налази у старој француској речи *la franchise*² којом се описује слобода, искреност, отвореност.³ Франшиза (*franchise*) као назив за споразум закључен између краља и града први пут је употребљена у средњовековној Француској, којим се градском савету гарантује право управљања у оквиру својих активности, а град познат под именом *Ville Franche*.⁴ Иако етимологија термина франшизинг има своје извориште у речи *la franchise*, у данашњој употреби је термин који настаје на англоамеричком говорном подручју.

Франшизинг као пословни концепт, а самим тим и уговор о франшизингу, прошао је у еволуцијском развоју кроз две фазе, и то: а) фазу традиционалног⁵ и б) интегралног концепта.⁶ Пословни франшизинг (*business format franchising*) као најрепрезентативнији облик интегралног концепта франшизинг пословања почива на текућој пословној сарадњи између даваоца франшизе и примаоца франшизе, која се, поред услуга, производа, *trademark*-а, односи на целокупно пословање, маркетинг (*advertising*) стратегије и планове, права интелектуалне својине, контролу, *know-how*, *goodwill* и методе пословања. Поред пословне сарадње, континуирана персонална комуникација уговорних страна представља још једну особеност интегралног концепта франшизинг пословања. Квалитет успостављених пословних и персоналних знатно утиче на функционисање и пословање франшизинг мреже (*franchising network*) и франшизинг јединице (*franchising unit*).

Уговором о франшизингу једна уговорна страна (давалац франшизе)⁷

² Живорад Златковић, Франшизинг, Ниш, 1999, 18.

³ Младен Драшкић, Уговор о франшизингу, Београд, 1983, 11.

⁴ Gerard Sautereau, An overview of Franchising in France, *Franchising in Europe*, London 1992, 107.

⁵ Традиционални концепт франшизинг пословања карактерише уступање права продаје производа уз право коришћења трговачког имена.

⁶ Mile Jović, Franchising u praksi, istine i zablude, Кооперација (franšizing) uslov opstanka malih privrednika i velike кооперације, *Zbornik radova sa sabora malih privrednika*, Vrnjačka Banja, 1990, 4.

⁷ Даваоцу франшизе, франшизинг као метод уговорног инвестиционог пословања пружа да, уз минимална инвестициона улагања и минималне инвестиционе ризике, проши-

на одређено време и на одређеној територији уступа право да послује под његовом фирмом коришћења франшизног пакета права (*franchise package*) уз обавезу обуке и пружања административних и маркетиншких услуга другој уговорној страни, примаоцу франшизе⁸ који се обавезује да ће у пословању своје франшизинг јединице користити уступљени франшизни пакет права и за то плаћати континуалну франшизну накнаду (*continuing franchise fee*).⁹ Може се истаћи да франшизинг не представља ништа друго до дистрибутивну технику који уговором интегрише дистрибутивни систем уместо ланцем власништва, а којим се управља из једног центра.¹⁰ Основна карактеристика франшизинг пословања без обзира на појавну форму уговора о франшизингу јесте да оно мора бити базирано на пословању које се у пракси показало успешним односно које је од стране потенцијалних потрошача производа или корисника услуга препознатљиво као пословања које одликује изграђен *image* и *brand*. Разлози који се могу индетификовати, а значајно утичу на експанзију франшизинг пословања, јесу: а) потреба за растом успешних пословних операција и б) способност постизања таквог раста повезивањем са другима који поседују капитал и радну снагу.¹¹

ри своје пословање на циљаном тржишту чинећи то на трошак примаоца франшизе уједно пребацујући на њега ризик несупеха развоја франшизинг мреже (*franchising network*).

⁸ Примаоцу франшизе закључењем уговора омогућава се приступ развијеној франшизинг мрежи (*franchising network*). Приступањем франшизинг мрежи прималац франшизе користи све предности развијеног и у пракси провереног и успешног система пословања даваоца франшизе које је од стране потенцијалних потрошача препознато као пословање које одликује изграђен *image* и *brand*. Коришћење успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици и самосталност пословања приликом вођења сопствене франшизинг јединице, представљају опредељујуће разлоге да потенцијални прималац франшизе приступи франшизинг мрежи.

⁹ Континуална франшизна накнада у себи обухвата накнаду за: 1) коришћење брэнда; 2) визуелног идентитета; 3) пратеће подршке и 4) *know-how*-а даваоца франшизе. Континуална франшизна накнада најчешће се наплаћује на месечном нивоу, с тим да није непозната ни пракса плаћања на недељном нивоу. Један од најприхваћенијих, а истовремено и најефикаснијих начина обрачуна висине континуалне франшизне накнаде је путем „метода процента бруто прихода“ (*royalties fee*). Као основица за процентуално утврђивање узима се у обзир бруто приход (*gross revenue*) који прималац франшизе остварује током пословања своје франшизинг јединице у текућој пословној години. Укупан просечан износ континуалних франшизних накнада креће се у распону од 5 до 7% оствареног бруто прихода примаоца франшизе.

¹⁰ Robert W. Emerson, *Franchising and the Collective Rights of Franchisees*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43:1503, 1990, 1508.

¹¹ Martin Mendelsohn, *Franchising Law*, Second edition, Richmond, 2004, 1.

2. О ПРЕДМЕТУ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

Иако термин, а самим тим институт настаје у *common law*-а систему, треба истаћи постојање разлика између термина франшизинг (*franchising*) и франшиза (*franchise*). Под појмом франшиза (*franchise*) подразумева се пакет права (*franchise package*) који се уступа на основу уговора о франшизингу, док франшизинг (*franchising*) означава систем пословних односа који настају на основу уговора о франшизи.¹² У складу са пословном праксом *common law*-а, а на основу изложеног, под франшизом (*franchise*) увек се подразумева предмет уговора о франшизи, док се франшизинг (*franchising*) сагледава као укупност пословних односа насталих као продукт уговора о франшизи.¹³

У правној теорији Републике Србије која припада *ius civilis* систему не постоји заједнички став о јединственом – генеричком термину којим би се означио предмет уговора о франшизингу. Примарно и искључиво становиште које преовладава јесте да термин франшиза не треба користити за предмет уговора. Наведено становиште своје оправдање налази у томе да је франшиза искључиво институт права осигурања.¹⁴ Сматрамо и заступамо став да је неопходно одредити јединствен – генерички термин за пакет

¹² М. Драшкић, 12.

¹³ Управо наведена разлика која је заступљена у англоамеричкој правној теорији и пословној пракси, коиндицира став да треба користити термин уговор о франшизи (*franchise agreement*), а не уговор о франшизингу (*franchising agreement*). Ипак, пословна пракса и правна теорија земаља са развијеним франшизинг пословањем које припадају *civil law*-у користи термин уговор о франшизингу (*franchising agreement*) (Art. 5, European Code of Ethics for Franchising) или термине својствене језичкоправној номенклатури одређене земље (Art. 1(1) „L'affiliazione commerciale (franchising) è il contratto...“ Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale Legge 6 maggio 2004, n. 129, – L 129/2004, *Gazzetta Ufficiale* n. 120 del 24 maggio 2004).

¹⁴ Закључењем уговора о осигурању ствари између осигуравача и осигураника може се предвидети да ће осигураник сносити део штете ако се догоди осигурани случај с тим што се део штете који сноси осигураник, тј. уговором предвиђени износ који пада на терет осигураника, назива франшиза. Франшиза може бити интегрална и одбитна. Интегрална франшиза је таква врста франшизе где се штета до одређеног износа не надокнађује, а ако износ штете прелази износ франшизе, штета се надокнађује у целости као и да није била уговорена франшиза. Одбитна франшиза је таква врста франшизе где се утврђени износ франшизе увек одбија, тј. ако је штета мања од утврђене франшизе она се неће надокнађивати, а ако је већа осигуранику ће се исплатити само разлика између износа франшизе и износа утврђене штете. Више о томе видети Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд 2001, 617–618.

права који чини предмет уговора о франшизингу. Први разлог зашто је потребно одредити јединствени термин предмета уговора је еволуција франшизинг пословања. Прва генерација франшизинга почива на концепту продаје и дистрибуције, где је предмет уговора само роба (производ). Предмет уговора франшизинга друге генерације, франшизинга пословног формата (*bussines format francising*), не чини само роба већ и права интелектуалног власништва, услуге и пословни методи као пакет права. Други разлог је да, без обзира на то да ли се ради о класичним или савременим уговорима аутономног трговинског права, предмет уговора одређен је јединственим термином. Трећи разлог је тај да је реч о уговору који је продукт савремене пословне праксе тржишно развијених земаља. У околностима када се тежи интеграцији тржишта, неопходно је прихватити терминологију која је препознатљива учесницима на тржишту. Термин франшиза је учесницима на тржишту препознатљив као термин који означава предмет уговора о франшизингу. Четврти разлог је непостојање адекватно изграђеног термина у српском језику којим би се одредио предмет уговора о франшизингу. Досадашња пракса је показала да послови који долазе са подручја *common law*-а правног у изворном термиолошком облику система су се имплементирали у домаће законодавство. На основу изнетих разлога заступамо став да се у изворном значењу прихвати термин франшиза (*franchise*) за предмет уговора о франшизингу. У ужем смислу франшиза је пакет интелектуалног власништва који се односи на жигове, фирму, моделе, узорке, *know-how* и друго, а који се користи у даљој продаји робе или услуга потрошачима или корисницима.¹⁵ У ширем смислу франшиза представља пакет права који, поред права интелектуалног власништва, обухвата пословне и технолошке методе, процедурални систем и друга права на производно власништво.¹⁶

Што се тиче става да је франшиза искључиво институт права осигурања и да би употреба термина франшизе за предмет уговора о франшизингу изазвала конфузију, сматрамо да наведени став нема оправдања. Мишљења смо да у стручним круговима и пословној пракси не би долазило до конфузије појмова, а из разлога јер се тачно зна сврха франшизе у контексту уговора о франшизингу и у области права осигурања. Ипак, иако

¹⁵ Deša Mlikotin-Tomić, Ugovor o franchisingu i pravo konkurencije, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 4, 2000, 54–73.

¹⁶ Под пакетом права подразумевају се: „...trade name, and/or trade mark and/or service mark, know-how, business and technical methods, procedural system, and other industrial and/or intellectual property rights...” – art. 1. European Code of Ethics for Franchising, доступно на: <https://eff-franchise.com/code-of-ethics/> 11.08.2022.

би у правној теорији могло доћи до настанка одређене конфузије поводом употребе појма франшиза, она би углавном била ограниченог теоријског карактера. Наведени став сматрамо оправданим из разлога да развој пословне праксе у области аутономног трговачког права утиче на еволутиван развој правнотеоријских ставова.

2.1. Шта чини садржину предмета уговора о франшизингу?

Предмет¹⁷ представља есенцију сваког уговорног односа па тако и уговора о франшизингу. Поводом одређивања предмета уговора о франшизингу јављују се одређене специфичности. Предмет уговора о франшизингу мора да испуни одређене услове да би се могао предвидети уговором, и то: а) начелне захтеве одређене законом и б) садржину.

Да би одређена престација могла бити предмет уговора, неопходно је да испуњава одређене начелне захтеве. Само могућа, допуштена и одређена престација може бити предмет уговора.¹⁸ На основу изнетог, а према одредбама закона, предмет уговора треба да одговара наведеним условима да би сагласност воља, сам уговор, био пуноважан, постојећ.¹⁹ Предмет уговора треба разликовати од садржаја уговора. Предмет уговора исцрпљује се у појму престације, док је садржина уговора одређена правима и обавезама уговорних страна.²⁰

Поред испуњавања начелних захтева, поставља се питање шта чини садржину предмета уговора о франшизингу. Одговор на наведено питање значајан је за јасније схватање уговора о франшизингу. У складу са развијеном пословном праксом, с једне стране, и непостојањем позитивноправних прописа који би се бавили садржином уговорног односа, с друге стране, немогуће је дати јединствен одговор на то шта чини садржину предмета уговора о франшизингу. Става смо да садржину предмета уговора о франшизингу чини франшизни пакет права (*franchise package*). Франшизни пакет обухвата укупност: а) права интелектуалне својине; б) пословни метод;

¹⁷ Предмет уговора је престација, према томе извесно активно (обавеза чињења, давања) или пасивно (обавеза пропуштања неке радње или права) понашање дужника – Јожеф Салма, Облигационо право, Нови Сад 2001, 247.

¹⁸ Члан 46 Закона 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 и „Сл. лист РС“, бр. 18/2020).

¹⁹ Ј. Салма, 247.

²⁰ Ј. Салма, 246.

в) *brand*; г) *goodwill*; д) *know-how* и ђ) услуге и помоћ (обука) које давалац франшизе пружа примаоцу франшизе. Шта чини садржину франшизног пакета пре свега зависи од појавне форме уговора о франшизингу.

Уговорне стране у складу са својим интересима у сваком конкретном случају одређују садржину уговора о франшизингу. Можемо истаћи да садржину уговора о франшизингу чини својеврсна комбинација нових и раније познатих права и обавеза (чинидби) које су кумулативно на страни даваоца и примаоца франшизе. Кумулативне обавезе на страни даваоца франшизе чини уступање: 1) искључивих права продаје робе и обављање услуга на уговореном подручју; 2) права искоришћавања робног или услужног жига, 3) искоришћавања *know-how*-а; 4) обављање услуга зависно о уговорној деоби рада и 5) обављање надзора и контроле квалитета послова продаје и услуга.²¹ Из уступљених права даваоца франшизе, аналогно произилазе обавезе примаоца франшизе, и то: 1) продаја робе и /или давање услуге потрошачима у складу са уговором; 2) искоришћавање уступљеног *know-how*-а; 3) искоришћавање права индустријског власништва, трговачког и услужног жига, модела и симбола и др. и 4) плаћање накнаде ако је уговорена.²²

3. О ТЕРМИНОЛОГИЈИ УГОВОРНИХ СТРАНА

Савремену српску правну теорију одликују размимоилажења у погледу употребе термилолошких одредница уговорних страна. Ауторе можемо поделити у две велике групе, и то: а) на оне које се користе српским књижевним језиком и) оне који користе англиканизме. У прву групу спадају аутори који заступају став да су уговорне стране: а) давалац и корисник *franchisinga*.²³ Другу групу аутора чине аутори којима је блиска употреба англиканизма, па су уговорне стране: а) франшизиста (*franchisor*) и б) франшизат (*franchisee*).²⁴ Оправдање употребе изворних термилолошких одредница налазе у закључењу уговора о супфраншизингу (*sub-franchising*) где се као уговорне стране јављају а) *sub-franchisor* и б) *sub-franchisee*.

Ипак, иако је наведени став о употреби изворних термилолошких одредница донекле оправдан ако желимо да пратимо савремене тенденције, сматрамо га неоправданим. Полазећи од богатства термилологије како у срп-

²¹ Deša Mlikotin-Tomić, *Ugovor o franchisingu*, Zagreb, 1986, 29.

²² D. Mlikotin-Tomić, 29.

²³ Ivanka Spasić, *Ugovor o franchisingu*, Beograd, 1996., 14.

²⁴ Милан Париводић, *Право међународног франшизинга*, Београд, 2003, 37–45.

ском књижевном језику, тако и у правној терминологији, мишљења смо да је неоправдана употреба англиканизма у домаћој правној терминологији. Става смо да за уговорне стране треба користити следеће термилошке одреднице, и то: а) давалац франшизе и б) прималац франшизе. Разлог оваквог ставовишта налазимо у заступању става да је франшиза назив предмета уговора о франшизингу. Опредељујемо се за термин прималац франшизе, а не за термин корисник франшизе, и то из разлога што се под корисником подразумева крајњи корисник услуга и потрошач производа чија су права једносмерна. За разлику од корисника, прималац франшизе налази се у правном односу према даваоцу франшизе, с једне стране, и у правном односу према кориснику услуга – крајњем потрошачу, с друге стране. Комплексност франшизинг уговорног односа имплицира специфична права и обавезе која примаоца франшизе стављају у правни положају који је сложенији и комплекснији од положаја који има корисник приликом закључења корисничких уговора.

Такође смо става да уговорне стране код уговора о мастер франшизингу (*master franchising agreement*) јесу: а) давалац мастер франшизе (*franchisor*); б) прималац мастер франшизе (*subfranchisor*) и в) прималац потфраншизе (*subfranchisee*). На основу уговора о мастер франшизингу, лице које на циљаном тржишту прима франшизу, у односу на даваоца мастер франшизе јавља се као прималац мастер франшизе. Прималац мастер франшизе има право да на циљаном тржишту закључује појединачне – индивидуалне уговоре о франшизингу. Закључењем појединачног – индивидуалног уговора прималац мастер франшизе јавља се у улози даваоца франшизе. Лице које са примаоцем мастер франшизе закључује појединачне уговоре о франшизингу јавља се као прималац подфраншизе у односу на мастер уговор, односно као прималац франшизе у односу на појединачни уговор.

4. СПЕЦИФИЧНОСТИ ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

И на крају као једно питање које тражи да буде обрађено у раду које је по својим карактеристикама специфично, а не познаје га позитивно законодавство Републике Србије, јесте начин закључења уговора о франшизингу односно његова предуговорна фаза.

Савремене аутономне уговоре трговинског карактерише адхезионост. Могућности друге уговорне стране која приступа уговору да промени или донекле утиче на садржину уговора су мале или уопште не постоје. Страна која приступа уговору може у одређеном степену дати предлоге или сугес-

тије које се тичу уговорне садржине, али од друге уговорне стране зависи да ли ће предлоге или сугестије уважити. Поступак закључења уговора о франшизингу у делу који се односи на финалну фазу закључења не разликује се умногоме од закључења савремених уговора трговинског права.²⁵

Ипак, *specificum* закључивања уговора о франшизингу јесте фаза која претходи финалном закључивању уговора, позната под називом предуговорна фаза. У предуговорној фази стварају се сви неопходни основи за финално закључење уговора о франшизингу. Код класичних уговора трговинског права или савремених уговора трговинског права, свака заинтересована страна може приступити уговору најчешће без икаквих ограничења, и то само под условом да јој упућена понуда одговара. За разлику од тих уговора, код уговора о франшизингу није неопходно да само потенцијалном заинтересованом субјекту одговара упућена понуда, већ је неопходно да прође и одређене квантитативне и квалитативне услове утврђене од стране даваоца франшизе.²⁶ Управо у предуговорној фази, а на основу спроведених радњи које су селекционог карактера, долази до закључења уговора о франшизингу.

4.1. Предуговорна објава података (*disclosure law*)

Релевантне информације којима располаже давалац франшизе представљају основ успеха конкурентности примаоца франшизе на тржишту. Између даваоца и примаоца франшизе постоји асиметрија располагања релевантним информацијама. Давалац франшизе располаже поменутиим информацијама које се односе на франшизинг пословање, док прималац франшизе може располагати тим истим информацијама уколико му се учине доступним. Информације које имају значаја за примаоца франшизе, а односе се на пословање даваоца франшизе, познате су као предуговорне информације (*disclosure information*).²⁷

Сматрамо да је неопходно посебну пажњу посветити обавези откривања података, у делу који се односи на фазу закључења уговора. Обавеза

²⁵ Уговор се може закључити било прихватањем понуде, било понашањем страна које довољно указује на њихову сагласност. – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, art. 2.1.1, доступно на: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (12.08.2022).

²⁶ Martin Mendelsohn, *The Guide to Franchising*, 7 ed., London 2005, 130–131.

²⁷ Страхинја Миљковић, Да ли је Србији потребан закон о франшизингу, Правни живот, бр. 11, 2014, 223.

откривања података јавља се само у предуговорној фази закључења уговора и представља тренутну обавезу даваоца франшизе. За разлику од обавезе откривања података, све остале обавезе давалац франшизе дужан је да пружа примаоцу франшизе током трајања уговорног односа.

Давалац франшизе, без обзира на то о којој је појавној форми франшизинг пословања реч, у обавези је да примаоцу франшизе учини доступним адекватне податке о пословању. Значај откривања предуговорних података је да се потенцијалном примаоцу франшизе омогући увид у пословање франшизинг мреже. Документ који је давалац франшизе дужан да поднесе потенцијалном примаоцу франшизе на увид, а који садржи неопходне предуговорне податке, познат је под називом документ објаве (*disclosure document*). Прималац франшизе, све док претходно не потпише „документ о тајности података“, не може добити документ објаве, а то из разлога што његову садржину чине поверљиве информације (*confidential information*). Документом о тајности података давалац франшизе штити себе, а то на начин што потенцијалног примаоца франшизе обавезује да све оне податке које је сазнао, а који се тичу пословања франшизинг мреже, не сме учинити доступним другом лицу или их учинити јавним.

Предуговорна обавеза даваоца франшизе да учини доступним податке о пословању франшизинг мреже или о личном пословању правни основ налази у националном²⁸ и међународним актима.²⁹ Треба истаћи да је повећана пажња националних правних аката пре свега стављена на предуговорну обавезу објаве података (*disclosure law*) и садржину документа објаве (*disclosure document*).³⁰ Разлог оваквог става и тренда легислативе

²⁸ California Franchise Investment Law, California Corporations Code, Div. 5, Parts 1-6, Section 31000et. Seq., CCH Business Franchise Guide 3050; Loi, n. 89-1008 du 31 decembre 1989 relative au developpement des entreprises commerciales et artisanales et a l'amelioration de leur environnement economique, juridique et social, JCP 1990; „Legge 6. maggio“ 2004 n. 129 „Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale“ – Law no. 129 Provisions for the discipline of commercial affiliation, итд.

²⁹ UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law 2002 – MFDL, доступно на: <https://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law/> (12.08.2022).

³⁰ Смерницама *UFOC – Uniform Franchise Offering Circular Guidelines* донетим од стране *North American Securities Administrators Association (NASAA)* и *Midwest Securities Commissioners Association (MSCA)* предвиђа се 23 области информација које давалац франшизе треба учинити доступним примаоцу франшизе, и то о: 1) даваоцу франшизе и продужницама; 2) пословном искуству; 3) споровима; 4) банкроту; 5) почетној франшизној накнади; 6) другим накнадама; 7) почетним инвестицијама; 8) ограничењима везаним за изворе производа и услуга; 9) обавезама примаоца франшизе; 10) финан-

узрокован је могућим фраудалним понашањем даваоца франшизе. Давалац франшизе као економски јача уговорна страна, уз појачану и агресивну маркетиншку кампању, може неискусног потенцијалног примаоца франшизе навући на причу о обећаном брзом стицању богатства ако приступи управо његовој франшизинг мрежи. Обавезу даваоца франшизе да примаоцу учини доступним податке о пословању познаје и судска пракса,³¹ која је од значаја за формирање правноваљане законске регулативе.

5. ЛИТЕРАТУРА

1. Васиљевић, Мирко, Пословно право, Београд 2001.
2. Драшкић, Младен, Уговор о франшизингу, Београд, 1983.
3. Emerson, W. Robert, Franchising and the Collective Rights of Franchisees, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43:1503, 1990.
4. Jović, Mile, Franchising u praksi, istine i zablude, Kooperacija (franšizing) uslov opstanaka malih privrednika i velike kooperacije, *Zbornik radova sa sabora malih privrednika*, Vrnjačka Banja, 1990.
5. Mendelsohn, Martin, *The Guide to Franchising*, 7 ed., London 2005,
6. Mendelsohn, Martin, *Franchising Law*, Second edition, Richmond, 2004.
7. Миљковић, Страхиња, Да ли је Србији потребан закон о франшизингу, Правни живот, бр. 11, 2014.

сирању; 11) обавезама даваоца франшизе; 12) територији; 13) робним маркама; 14) патентима, ауторским правима и власничким информацијама; 15) обавези учествовања у актуелним операцијама франшизинг пословања; 16) ограничењима везаним за то шта прималац франшизе може продавати; 17) одредбама о обнови, прекиду, преносу и споровима; 18) о јавним личностима; 19) потврди о заради; 20) листи огранака; 21) финансијском извештају; 22) уговорима и 23) потврди – признаници.

- ³¹ Прималац франшизе је затражио поништење уговора с обзиром на то да је уговор склопљен под заблудом. Он је тврдио да су трговачке користи биле много ниже од оних које је предвидео давалац франшизе и које су стога биле очекиване. Суд је закључио да давалац франшизе није испунио своју обавезу да примаоцу франшизе пошаље резултате истраживања тржишта на бази озбиљних критеријума. – Вид. *Cass.com. 04 décembre 1990, JCP 1991, n. 39, 305*. Прималац франшизе је затражио поништење уговора на основу заблуде везане за карактеристике робне марке и *know-how*-а, као и потенцијала успеха франшизног пословања. Суд је потврдио недостатак истраживања тржишта, али је закључио да је давалац франшизе испунио своју обавезу слања информација с обзиром на то да су послате информације (демографска студија, информације о конкурентима и привременом буџету) биле довољне да прималац франшизе склопи уговор уз потпуно познавање релевантних чињеница. – Вид. *CA Colmar 09 mars 1990, D. 1990, 232, somm.*

8. Mlikotin-Tomić, Deša, Ugovor o franchisingu i pravo konkurencije, *Pravo u gospodarstvu*, br. 4, 2000.
9. Mlikotin-Tomić, Deša, *Ugovor o franchising: suvremeni pravni okviri prometa usluga*, Zagreb 1986.
10. Париводић, Милан, Право међународног франшизинга, Београд, 2003.
11. Sautereau, Gerard, An overview of Franchising in France, *Franchising in Europe*, London 1992.
12. Салма, Жежеф, Облигационо право, Нови Сад 2001.
13. Spasić, Ivanka, *Ugovor o franchisingu*, Београд, 1996.
14. Златковић, Живорад, Франшизинг, Ниш, 1999.

Dr. Strahinja D. Miljković³²

RESOLUTION OF DOUBTS ABOUT THE SUBJECT, CONTRACTUAL PARTIES AND CONCLUSION OF THE FRANCHISE AGREEMENT

Summary: *Franchising as a specific method of contractual investment business has become increasingly important in modern market circumstances. The legal system of the Republic of Serbia does not know the legal act that directly regulates the franchising agreement. Until the adoption of the Draft Civil Code, the positive legislation of the Republic of Serbia does not regulate the franchising agreement, therefore, there is no uniform terminology regarding the subject of the contract and the contracting parties. Also, one of the specifics of the franchising contract, which causes a lot of doubts, and therefore unknowns, is the conclusion of the contract, i.e. its pre-contractual phase - the pre-contractual disclosure obligation (disclosure law). The significance of the work is that although there are legal-theoretical disagreements with the older generation of legal theorists, the author provides certain answers to the indicated doubts, all with the aim of better understanding the franchising contract as a modern contract of autonomous commercial law.*

Keywords: *franchise agreement, franchise, franchisor, franchisee, disclosure law, disclosure document.*

³² Associate Professor, University of Priština in Kosovska Mitrovica, Faculty of Law E-mail: strahinja.miljkovic@pr.ac.rs

КАТЕДРА ЗА МЕЃУНАРОДНО ПРАВО

КАРАКТЕРИСТИКЕ РЈЕШАВАЊА ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА

Академик проф. др Витомир Поповић¹,
Академик проф. др Радован Вукадиновић²

Апстракт: Из сложених пословних односа, посебно везаних за инвестиције, могу настати бројни спорови, што показује и правна пракса. Често ти спорови имају и међународни привредни карактер. Спорови се могу рјешавати судским путем, али не треба занемарити ни могућност вансудског, посебно арбитражног, рјешавања спорова. Циљ овог рада јесте испитивање могућих начина рјешавања инвестиционих спорова и проблеми који се могу јавити у вези са тим.

Кључне ријечи: рјешавање спорова, суд, арбитража, ICSID.

1. УВОД

Инвестициони спорови представљају спорове који су везани за улагања (инвестиције) улагача. Како се ради о сложеним пословним односима, могу настати бројна спорна питања. Спорови се уобичајено рјешавају судским путем, али не треба занемарити значај вансудског рјешавања спорова. Једни од посебних спорова ове врсте на нашем подручју јесу спорови везани за инвестиционе пословне односе некадашњих југословенских република које су постале самосталне државе. Примјер за то јесте случај распоdjеле електричне енергије из прве фазе „Хидроелектрана на Требишњици“ између „Хидроелектрана на Требишњици“ / “Електропривреде Републике Српске“ и „Хидроелектране Дубровник“ / “Хрватске електропривреде“. Распоdjела електричне енергије је од 1966. године до 01.11.1994. године била у складу

¹ Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

² Редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

са договором односно споразумом бивших југословенских република Босне и Херцеговине и Хрватске у одређеном омјеру, а договорени принцип расподеле једнострано је промијењен од стране „Хидроелектране Дубровник“ д.о.о. односно „Хрватске електропривреде“ д.д. Загреб, па је спорно да ли је неиспоруком договорене количине електричне енергије проузрокована материјална штета другој страни. Спорни су односи и у предметима у вези са Нуклеарном електраном „Кршко“ и Термоелектраном „Угљевик“. Али, рјешавање спорова овог типа повезано је и са питањем сукцесије држава. Под сукцесијом држава подразумијева се прихватање права и обавеза везаних за територију неке државе од стране друге државе, усљед промјене суверенитета на тој територији, односно као улажење неке државе у правне односе друге државе, која долази као посљедица оснивања власти или проширења власти те државе на подручју које је до тада припадало другој држави.³ Све то говори о ширини правних проблема и извора права са којима се срећу правници када је ријеч о инвестиционим споровима. Међутим, у овом раду нагласак неће бити на конкретним инвестиционим споровима, већ општим карактеристикама њиховог рјешавања.

2. УОПШТЕНО О СТРАНИМ ИНВЕСТИЦИЈАМА И НАЧИНИМА РЈЕШАВАЊА ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА

Према Међународном монетарном фонду, међународна инвестиција одржава циљ субјеката у једној националној економији да постигне трајан економски интерес у привредном субјекту са сједиштем у другој националној економији. Ради се о улагањима којима се стиче право власништва и управљања. Међународне инвестиције утичу на привредни раст, повећавају запосленост и подижу животни стандард.⁴ Присутно је тражење обостране користи државе и приватног инвеститора. Међутим, из тих комплексних правних односа могу настати разни спорови.

Дакле, биће размотрени могући начини рјешавања инвестиционих спорова. Поред судског рјешавања спорова, посебна пажња ће бити посвећена арбитражном рјешавању спорова⁵ с посебним освртом на рјеша-

³ С. Борђевић, „Сукцесија држава и Хашке конвенције МПП“, Југословенска ревија за међународно право 1–3/1966, 28. Ј. Andrassy, Међународно право, Загреб 1990, 217.

⁴ В. Станковић и др, „Економско правна анализа међународних инвестиција“, Одитор 3/2020, 90.

⁵ Треба имати у виду случајеве кад је уговорена арбитража и случајеве кад она није уговорена.

вање спорова пред Међународним центром за рјешавање инвестиционих спорова (ICSID).

Рјешавање спорова може се посматрати на сљедеће начине: спорови се могу рјешавати судским и вансудским путем; судско рјешавање спорова могуће је путем судске одлуке (процесне или мериторне/пресуде) или судског поравнања. С друге стране, вансудско рјешавање спорова обухвата: арбитражу, рјешавање спора пред Међународним центром за рјешавање инвестиционих спорова (ICSID), споразум странака (вансудско поравнање) и билатералне (међудржавне) споразуме. Могуће је неколико ситуација арбитражног вансудског рјешавања спорова: ситуације гдје је уговорено арбитражно рјешавање спора ранијим споразумима/уговорима страна и ситуације гдје није уговорено арбитражно рјешавање спора ранијим споразумима/уговорима страна (потребно уговарање арбитраже).

3. КАРАКТЕРИСТИКЕ СУДСКОГ РЈЕШАВАЊА СПОРОВА

Код овог начина рјешавања спорова, спор се износи тужбом пред надлежни суд. Неопходно је исправно одредити активно и пасивно легитимисано лице, тј. тужиоца и туженог, јер се најчешће на обје стране налазе велики пословни системи са својом организационом структуром (мјешовити холдинг, зависна предузећа итд.). Правила о надлежности често су смјештена у Закону о парничном поступку, с тим да долази у обзир и примјена Закона о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља који предвиђа случајеве када би било могуће поднијети тужбу надлежном суду у држави у којој сједиште има тужилац, иако не постоји општа надлежност овог суда, али уз испуњење одређених услова прописаних тим законом. Затим, неопходно је код ових спорова водити рачуна о формулисању тужбеног захтјева. Некад ће подношење тужбе једне стране узроковати подношење тужбе, односно противтужбе друге стране (са сједиштем у другој држави). Потребно је водити рачуна и о застарјелости спорних потраживања, прописаним законом о облигационим односима датих држава.

4. КАРАКТЕРИСТИКЕ АРБИТРАЖНОГ РЈЕШАВАЊА СПОРОВА

У посљедње вријеме актуелно је рјешавање спорова путем међународних трговачких арбитража. Спор је могуће повјерити некој сталној или институционалној арбитражи, као што су нпр. Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије (бивша југословенска арбитража),

Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Републике Српске са сједиштем у Бањој Луци, Московској, Украјинској, Бечкој или било којој другој институционалној арбитражи. Поред тога, могуће је да стране постигну споразум и да спор повјере на рјешавање *ad hoc* арбитражи, која би се формирала само за рјешавање конкретног спора и након доношења своје одлуке престала би са постојањем. Али, у оба случаја странке треба да постигну споразум којим оне повјеравају на рјешавање евентуални спор који би као такав могао проистећи из одређеног уговорног или било каквог другог пословног односа, или се договарају да у случају након што дође до спора, спор повјере на рјешавање одређеној арбитражи. У првом случају кажемо да се ради о компромисорној клаузули у уговору, а у другом да се ради о компромису.

Арбитражно рјешавање спорова у односу на судско рјешавање спорова има читав низ предности, али и одређених недостатака, који се уочи-чајено износе у литератури. Предности се састоје у могућности странака да утичу на избор арбитра, водећи прије свега рачуна о њиховој стручности, поступак је много једноставнији и бржи ради непостојања правних лијекова, а тиме и ефикаснији, својом аутономијом уговорне стране могу утицати на примјену процесног права, материјалног права, постоји већа еластичност код уговарања сједишта арбитраже, јер се оне по правилу обављају на неутралном подручју и земљи којој странке не припадају. Она није државна институција и у правилу је руковођена потребама и начелима међународне трговине.

Недостаци арбитраже могле би се огледати у сљедећем: при самом избору арбитра могу се јавити одређене потешкоће, непознавање материјалног права, брзина рјешавања спорова често може да буде контрапродуктивна, нарочито постоји неизвјесност и несигурност када се арбитражи повјери да одлучује по принципу правичности „*ex aequo et bono*“, затим недостатак двостепености и могућности преиспитивања одлуке, итд.

Сматра се да би рјешавање спора пред уговореном арбитражом имало читав низ предности у односу на рјешавање спора пред судом опште мјесне и стварне надлежности. Међутим, арбитражно рјешавање спора изискује да стране уговоре надлежност арбитраже, што код ових спорова може бити (пословно-политички) проблем. У случају оптирања у погледу начина рјешавања спора, свакако да би предност постојала пред арбитражом.

У случају да се уговорне стране определијеле да спор повјере на рјешавање одређеној арбитражи, компромисорна клаузула би морала, раз-

мишљање о искључењу рјешавања по принципу правичности⁶, да садржи следеће елементе: мора се тачно, недвосмислено и са пуним називом навести којој арбитражи се повјерава на рјешавање одређени спор, да ли се спор повјерава на рјешавање арбитражу као појединцу или арбитражном вијећу, ако се повјерава арбитражном вијећу, мора се утврдити колико арбитражно вијеће броји чланова, на који начин се они бирају, како се бира предсједник вијећа, које процесно право ће се примијенити пред овом арбитражом, тј. да ли су то процесна правила те арбитраже, неке друге арбитраже, или нпр. правила УНЦИТРАЛ-а, итд., које је то материјално право на основу којег ће се мериторно ријешити предметни спор, на којем језику ће се водити поступак, какав је правни карактер арбитражне одлуке, тј. да ли она постаје коначна њеним доношењем, итд. Уговарање примјене неког страног, умјесто домаћег права (бившег југословенског, права Републике Српске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске) исто тако представља одређени ризик и опасност да изазове одређене последице, јер може на другачији начин да регулише овакве односе.

5. РЈЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ ЦЕНТРОМ ЗА РЈЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА (ICSID)

СФРЈ је потписала и ратификовала Вашингтонску конвенцију од 18. марта 1965. године о рјешавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава, која предвиђа рјешавање инвестиционих спорова пред Међународним центром за рјешавање инвестиционих спорова – *International Center for Settlement of Investment Disputes* – ICSID. Приликом

⁶ Принцип *pacta sunt servanda* спада у старе принципе који се примјењују у области међународног права и он полази од тога да се “споразуми морају поштовати». За разлику од овог принципа, принцип *ex aequo et bono*, у случају да стране прихвате његову примјену, даје слободу суду, односно арбитражи да одлучује (“фер и правично”) како би могао да донесе непристрасну одлуку засновану на томе шта је правично под датим околностима. Суд, односно арбитража која се руководи овим принципом на неки начин дјелује слично посреднику, препуштајући му да он “а не стране” одлучују о томе. То са собом често носи велике ризике и опасности, јер оно што је правично за суд или арбитражу не мора да буде правично за саме стране. Уговорена арбитража би, на примјер могла да се позове на “промијењене друштвене околности” које су проузроковале распад бивше СФРЈ, и да их узме као реалне и занемари односе настале између бивших социјалистичких република, тј. у социјализму на бази друштвених договора, самоуправних споразума, забиљешки другова, итд.

потписивања, бивша Југославија је депоновала и ратификациони инструмент, па је, сходно томе, Конвенција за Југославију ступила на снагу 20. априла 1967. године. Босна и Херцеговина је ратификовала Конвенцију 14. маја 1997. године.

Поред тога, Босна и Херцеговина је закључила и билатералне уговоре са другим државама, нпр. Уговор између Владе Републике Босне и Херцеговине и Владе Републике Хрватске о потицању и узајамној заштити улагања („Службени лист РБиХ – међународни уговори“, бр. 6/1996). Овај уговор касније је мијењан и допуњаван (Одлука о ратификацији Уговора између БиХ и Републике Хрватске о измјени Уговора између Владе БиХ и Владе Републике Хрватске о потицању и узајамној заштити улагања, „Службени гласник БиХ – међународни уговори“, број 7/2003 и Одлука о ратификацији додатног протокола између БиХ и Републике Хрватске о измјенама и допунама Уговора између БиХ и Републике Хрватске о потицању и узајамној заштити улагања, „Службени гласник БиХ – међународни уговори“, број 18/2013).

Основни извор права за рад овог центра чини Конвенција, Правила о додатној олакшици Конвенције, билатерални и мултилатерални споразуми о заштити инвестиција. Конвенција се искључиво односи и регулише питања од значаја за рјешавање инвестиционих спорова између земаља чланица, а не питањима од значаја за начин улагања итд.

Надлежност Центра прописана је чланом 25 Конвенције, а за његово заснивање надлежности потребно је испуњење одређених претпоставки, односно услова арбитрабилности: а) постојање сагласности страна; б) да су држава поријекла инвеститора и држава домаћин ратификовале *ICSID* конвенцију, као и в) да је спор правне природе и да је директно настао из „инвестиције“ (улагања).

Постоје два начина рјешавања спорова пред овим центром. Један је посредовање, а други арбитража.⁷ У свом досадашњем раду овај центар је донио велики број одлука а знатан број спорова налази се у поступку рјешавања.

Иако се ради о релативно ефикасном начину рјешавања спорова, било путем посредовања или пред арбитражом Центра за рјешавање инвестиционих спорова, велики број економско јачих држава никада није потписао нити ратификовао Конвенцију о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава.

⁷ Поближе о томе видјети код М. Милосављевић, “Решавање инвестиционих спорова

Потписани билатерални споразуми, уз чињеницу да је БиХ извршила ратификацију Конвенције о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, представљају правни основ за рјешавање инвестиционих спорова пред Међународним центром за рјешавање инвестиционих спорова у Вашингтону.

Интересантан је однос судског и овог вида арбитражног рјешавања спорова. Искрпљивање локалних правних средстава не тражи се на основу Вашингтонске конвенције, ако то није изричито предвиђено споразумом странака. Али, члан 26 Вашингтонске конвенције каже да се „пристанак на арбитражу сходно овој конвенцији сматра ...пристанком на ту арбитражу са искључењем сваког другог правног лијека, изузев ако је друкчије уговорено.“⁸ Бројне клаузуле о рјешавању спорова дају инвеститору право да тужи државу било пред домаћим судом, било пред ICSID-ом. Од текста конкретног споразума зависи тумачење, па тако избор улагача да се обрати националном суду може се тумачити као одрицање од права да се касније обрати ICSID-у.⁹

Међународни центар за рјешавање инвестиционих спорова је посебна међународна организација са својством правног лица основана Конвенцијом о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава. Чланице Центра су државе чланице Свјетске банке које су земље уговорнице Конвенције, а на основу члана 67 ове конвенције друге државе које нису чланице Свјетске банке могу се придружити овом центру уколико потпишу Статут Међународног суда правде, о чему одлуку доноси Административни савјет Центра двотрећинском већином, а којом се држава позива да приступи Конвенцији.¹⁰

Основни извор права за рад овог центра чини Конвенција, Правила о додатној олакшици Конвенције, билатерални и мултилатерални споразуми

између држава и држављана других држава посредовањем у складу са Вашингтонском конвенцијом”, Српска правна мисао 42-43/2010; Вилус Јелена и др., Међународно привредно право, Правни факултет – Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2008 и Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, Међународно пословно право, општи део, Бања Лука – Крагујевац 2005.

⁸ М. Станивуковић, “ICSID и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије”, *LIBER AMICORUM ДОБРОСАВ МИТРОВИЋ*, електронска верзија, <http://www.pf.uns.ac.rs/images/maja/7.pdf>, 01.02.2020

⁹ *Ibid.*, 8–9.

¹⁰ Пближе о томе видјети члан 9–10 Конвенције о оснивању Центра за рјешавање спорова између држава и држављана других држава уговорница (у овом поглављу: Конвенција), која је усвојена у Вашингтону 1965, а ступила на снагу 14. октобра 1966. године.

о заштити инвестиција. Конвенција се искључиво односи и регулише питања од значаја за рјешавање инвестиционих спорова између земаља чланица, а не питањима од значаја за начин улагања итд.

Надлежност Центра прописана је чланом 25 Конвенције, а за његово заснивање надлежности потребно је испуњење одређених претпоставки, односно услова арбитрабилности:

- а) постојање сагласности страна;
- б) да су држава поријекла инвеститора и држава домаћин ратификовале Конвенцију, као и
- в) да је спор правне природе и да је директно настао из „инвестиције“ (улагања).

Постојање арбитражног споразума о надлежности обавезан је услов за покретање и вођење поступка пред Центром. Међутим, из члана 25 Вашингтонске конвенције не произлази да странке располажу апсолутном слободом у погледу права избора да њихов спор рјешава управо Центар. Он може утврдити да конкретни спор излази из оквира његове компетенције, било на захтјев једне од странака, било на основу сопствене иницијативе. У том смислу може се говорити о својственом праву на компетенцију—компетенције Центра.¹¹

Ипак, и спорови који не испуњавају наведене услове се, према Правилима о додатној олакшици од 1978. године, могу изнијети пред Центар. Према одредбама члана 2 наведених правила, Секретаријат Центра је овлашћен да, под условима и у складу са овим правилима, рјешава и спорове између држава, конституената или агенција државе и држављана друге државе, када држава у спору или земља поријекла приватног лица нису државе уговорнице Конвенције, као и када спор не потиче директно из инвестиције. Користећи ову могућност, велики број билатералних и мултилатералних споразума о заштити инвестиција садрже клаузулу о рјешавању спорова према Правилима о додатној олакшици.¹²

Основну карактеристику Центра за рјешавање инвестиционих спорова чини његова независност. Неки правни аутори то називају делокализацијом.¹³ Ова независност се остварује:

¹¹ Поближе о томе видјети Александар Љ. Тирић, *Међународно трговинско право*, Ниш, 2010, 356.

¹² Поближе о томе видјети Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, општи део, Бања Лука – Крагујевац, 2005, 171.

¹³ R. Bruno and J. H. H. Weiler, „Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis“, *Jean Monnet Working Paper*, 13/97, <http://www.jeanmonnetprogram.com>.

а) независним утврђивањем правила процедуре, као и одређивањем надлежног материјалног права;¹⁴

б) ограничењем права страног улагача да користи „национална правна средства заштите“¹⁵ уз сагласност за рјешавање спорова пред Центром;

в) коначношћу одлуке Центра¹⁶.

Другим ријечима, непосредан приступ правди, поред права странака да самостално одреде правила поступка и мјеродавно материјално право, остварује се преко права странака да непосредно и самостално без посредовања држава траже и остварују заштиту својих права пред, од држава, независном и неутралном институцијом. Овај тзв. искључиви карактер надлежности Центра постоји у односу на могућност коришћења правних средстава, не само пред националним него и међународним тијелима. Тако нпр. чланом 26 Конвенције прописано је да:

„Пристанак странака на арбитражу, сходно овој конвенцији, сматра се пристанком на ту арбитражу са искључењем сваког другог правног лијека, изузев ако је друкчије уговорено. Држава потписница може захтијевати да се исцрпе локална административна или судска средства као услов пристанка на арбитражу, сходно овој конвенцији“.

Поред наведеног, Конвенција на изричит начин искључује право коришћења дипломатске заштите и сваког другог међународног правног средства према страним инвеститорима држављанима државе уговорнице.¹⁷ То практично подразумијева обавезу националних судова свих држава уговорница, па и оних које нису у спору, да признају и изврше арбитражне одлуке које су донесене у корист страних инвеститора и против одговорне државе уговорнице на исти начин као и коначне одлуке својих судова. Другачије речено, оваквим арбитражним одлукама признаје се директна примјена и директно дејство у државама уговорницама без спровођења поступка признања.¹⁸

Међутим, у односу на ова основна правила о надлежности Центра за рјешавање инвестиционих спорова и његове независности постоје одређени изузеци. Ови изузеци огледају се у сљедећем:

org/papers/97/97-13.html, 10.02.2020.

¹⁴ Поближе о томе видјети члан 42 Конвенције.

¹⁵ Поближе о томе видјети члан 26 Конвенције.

¹⁶ Поближе о томе видјети члан 54 став 1 Конвенције.

¹⁷ Поближе о томе видјети члан 27 став 1 Конвенције.

¹⁸ Поближе о томе видјети Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, Међународно пословно право, општи део, Бања Лука – Крагујевац, 2005, 172.

а) домаћа држава, сходно члану 25 става 4 Конвенције, може задржати право контроле над њеним споровима са страним инвеститорима, или неприхватањем јурисдикције овог центра уопште, или ограниченим прихватањем (само у односу на одређене врсте спорова);

б) домаћа држава може, али не мора да третира локално основано тијело као тијело друге државе уговорнице.

Постоје и неки други облици ограничења нпр. у погледу признавања права домаћој држави да „захтијева примјену локалних административних или судских средстава као услов за њен пристанак на арбитражу из Конвенције“.¹⁹

Центар за рјешавање инвестиционих спорова обухвата сваки правни спор између државе потписнице (или саставне области или органа државе потписнице о којима је та држава обавијестила Центар) и држављанина друге државе потписнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се странке у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар. Кад се странке сагласе о томе, ниједна странка не може једноставно повући своју сагласност.²⁰

Постоје два начина рјешавања спорова пред овим центром. Један је посредовање, а други арбитража.

Посредовање. Сврха посредовања је да се постигне мирољубиво рјешење спора, на који начин странке задржавају слободу свог дјеловања у свим фазама поступка. Основна сврха је да се спор ријешити брзо и ефикасно, без великих трошкова, што иначе није карактеристика других начина рјешавања спорова, посебно судских.²¹

С обзиром на то да је рјешавање спорова посредовањем односно мирењем и од обостране користи за обје стране и држи их у даљем пословном односу, за разлику од рјешавања спорова путем арбитраже или суда кад у правилу, страна која изгуби спор увијек буде незадовољна. И Конвенција о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава овом начину рјешавања, у својим члановима 28–35, поклања посебну пажњу.

Услов за покретање овог поступка јесте подношење писменог захтјева генералном секретару од стране сваке државе потписнице или држављанина државе потписнице који жели да покрене поступак. Достављени захтјев

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Члан 25 став 1 Конвенције.

²¹ Вилус Јелена и др., Међународно привредно право, Правни факултет – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2008, 170.

генерални секретар доставља другој странци. У случају да захтјев спада у надлежност Центра, он ће одмах обавијестити странке да је захтјев завео у регистар, а у противном обавијестиће странке да је одбио да га заведе.

У случају постојања надлежности Центра образује се посебна Комисија за посредовање, која се састоји од једног посредника или ма ког непарног броја посредника, који ће се одредити како се странке сагласе. У противном, Комисија ће се састојати од три посредника тако што ће свака странка именовати по једног, а трећег, који ће бити предсједник Комисије, странке ће одредити споразумно. У случају непостизања споразума између странака и немогућности образовања комисије у року од 90 дана, рачунајући од дана када генерални секретар обавијести странке о регистровању захтјева, предсједник ће, на захтјев једне странке и пошто се консултује са обје странке, уколико је то могуће, одредити посредника односно посреднике који још нису били одређени. Они се могу одредити и ван листе посредника изузев када их одређује предсједник.²²

Захтјев треба да садржи основне елементе, као што су: подаци о предмету спора, имена и адресе странака, доказе и сл. Неопходно је да се достави писмена сагласност друге странке да се спор ријеши посредовањем. Ова могућност, која је предвиђена у Конвенцији, указује на то да се субјекти, без обзира на то што су потписали Конвенцију, исту не морају да примјењују у свим својим међусобним споровима.²³

Поступак пред Центром започиње подношењем захтјева, а у случају истицања приговора ненадлежности Комисија за посредовање одлучује сама о својој надлежности и доноси одлуку да ли ће приговор одмах направити као претходно питање или заједно са предметом спора.

Сам поступак посредовања води се према одредбама Конвенције,²⁴ и ако се странке другачије не договоре, према правилнику који је био на снази на дан кад су странке пристале на посредовање. Евентуална спорна питања која нису регулисана Конвенцијом или Правилником о посредовању, или правилима на које су се сагласиле стране, ријешиће Комисија.

У случају непостојања спорних питања, Комисија ће настојати да међу странама постигне споразум и у свакој фази поступка ће им препоручивати услове споразума.

²² Поближе о томе видјети члан 30 у вези са чланом 31 Конвенције.

²³ Поближе о томе видјети у: Мирослав Милосављевић, “Решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава посредовањем у складу са Вашингтонском конвенцијом”, Српска правна мисао, година 16, 42-43/2010, 157.

²⁴ Поближе о томе видјети чланове 32–35 Конвенције.

Ако странке постигну споразум, Комисија ће саставити извјештај у коме ће изложити спорни предмет и констатовати да су странке постигле споразум. Ако у ма којој фази поступка Комисија сматра да нема изгледа да странке постигну споразум, она ће закључити поступак и саставити извјештај, у коме ће изложити да је спор изнијет на рјешавање и да странке нису постигле споразум. Ако једна странка не дође или не учествује у поступку, Комисија ће закључити поступак и констатовати у извјештају да та странка није дошла односно није учествовала у поступку.²⁵

У случају да странке у току посредовања не постигну споразум којим се рјешава спор или се у спору другачије не договоре, ниједна од њих нема право да се у ма ком другом поступку, било пред судом или на другом мјесту, позива или ослања на неко гледиште, изјаву или признање или понуду споразума коју је дала друга странка у поступку посредовања или на извјештај или неку препоруку Комисије.²⁶

Међутим, и код овако јасно, Конвенцијом прописаног поступка за рјешавање спорова посредовањем, треба имати у виду и чињеницу да је Правилником о додатној олакшици, који је донијет 1978. године, предвиђена могућност да Секретаријат Центра, у одређеним ситуацијама, дозволи рјешавање спорова који не проистичу из инвестиционих улагања, као и рјешавање спорова оних субјеката који нису потписали Конвенцију. Суштина тих правила је проширивање надлежности Центра за рјешавање спорова између државе и приватно-правних лица и када држава у спору или земља поријекла приватног лица није држава уговорница Конвенције, односно када спор не произлази директно из инвестиције. При томе је важно да је бар једна од странака у спору (држава учесник спора, или држава чије је физичко или правно лице, странка у спору) чланица Вашингтонске конвенције.

У случају да стране током поступка затраже изузеће Комисије или посредника, због тога што је очигледно да не посједују висока морална и стручна својства, као и непристрасност за рјешавање спора, о изузећу посредника одлучују остали чланови Комисије, а ако посредује један посредник, о његовом изузећу одлучује предсједник Центра.

Рад Комисије и поступак посредовања у правилу се одвија у сједишту Центра, изузев уколико стране другачије не предвиде а идентична правила важе и за арбитражно рјешавање спора пред овим центром.²⁷

²⁵ Поближе о томе видјети члан 34 став 2 Конвенције.

²⁶ Поближе о томе видјети члан 35 Конвенције.

²⁷ Поближе о томе видјети чланове 62 и 63 Конвенције.

Трошкове коришћења олакшица Центра одређује генерални секретар према прописима које усвоји Административно вијеће, а свака комисија и сваки суд утврђује награде и издатке својих чланова у границама које одреди Административни савјет у консултацији са генералним секретаром. Међутим, то не спречава стране да се унапријед споразумију са надлежном комисијом или судом о наградама или издацима њихових чланова.

Чланом 61 Конвенције прописано је да:

„У случају поступка посредовања, награде и издатке чланова Комисије, као и накнаде за коришћење олакшица Центра носе странке равноправно. Свака странка сноси све остале трошкове које је имала у вези са поступком.

У случају арбитражног поступка Суд ће, ако се странке другачије не споразумију, процијенити трошкове које су странке имале у вези са поступком и ријешити како и ко ће платити те трошкове, награде и издатке чланова Суда и накнаде за коришћење олакшица Центра. Ово рјешење чини дио одлуке“.

Арбитражни начин рјешавања спорова. Поред посредовања, као начина рјешавања спорова пред овим центром, Конвенција прописује и могућност рјешавања спорова путем арбитраже. Услов за покретање поступка пред арбитражом је да држава потписница или држављанин државе потписнице упути писмени захтјев генералном секретару, који ће препис захтјева доставити другој странци. Садржина захтјева, начин његовог завођења у регистар, поступање у случају да тај спор очигледно не спада у надлежност Центра, образовање арбитражног суда, број арбитра, начин њиховог одређивања, рокови образовања, именовања арбитра ван листе арбитра, идентични су као и код захтјева, односно поступка посредовања. На идентичан начин арбитражни суд поступа и када рјешава у својој надлежности, затим разматрању приговора странака у спору да тај спор не спада у надлежност Центра или из других разлога не спада у надлежност Суда. Он одлучује и о томе да ли ће приговор расправити као претходно питање или заједно са предметом спора.

Спор се рјешава према правним правилима око којих се сагласе странке, а у случају неслагања странака о томе Суд ће примијенити право државе потписнице стране у спору као и њене прописе о сукобу закона и одговарајуће прописе међународног права. Странке се могу договорити да се арбитражни поступак води према одредбама Конвенције, а у случају да међу њима нема договора онда се овај поступак води према правилнику о арбитражи који је био на снази на дан кад су странке на њу пристале.

Евентуална процедурална питања која нису обухваћена овим правилником ријешитиће арбитражни суд.

Суд може у свакој фази поступка, ако се странке нису другачије договориле, позвати их да поднесу документе или друге доказе, и посјетити мјесто повезано са спором и тамо извршити испитивања која сматра потребним.

У члану 45 Конвенције прописано је:

(1) Ако странка не дође или не изложи свој случај, то се неће сматрати као признање навода друге странке.

(2) Ако странка не дође или не изложи свој случај у ма којој фази поступка, друга странка може тражити да суд расправи питања која су му поднијета и донесе одлуку. Прије него што донесе одлуку, Суд ће обавијестити странку која није дошла или није изложила свој случај и оставити јој накнадни рок да то учини, изузев ако сматра да странка не намјерава да поступи тако.

Суд може, у случају да се стране другачије не договоре и ако сматра да то захтијевају околности, препоручити доношење одређених привремених мјера ради заштите њихових права.

О свим питањима од значаја за поступак и рад арбитражног суда као и доношење одлуке, суд одлучује већином гласова свих својих чланова. Уздржани глас сматра се негативним гласом.

Правила за процедуру у арбитражном поступку која је усвојио Административни савјет Центра на основу члана 6(1)(ц) Конвенције у свом члану 16 став 2 предвиђају могућност суда да он може донијети одлуку путем кореспонденције између чланова суда, уз услов да су сви чланови консултовани и да ова правила не предвиђају другачије или суд не одлучи другачије. Тако донијету одлуку потврђује предсједник суда.²⁸

Након провођења арбитражног поступка приступа се доношењу арбитражне одлуке. Арбитражна одлука мора бити у писменој форми и морају је потписати сви чланови суда који су гласали за њу. У одлуци се расправљају сва питања изнијета пред суд и излажу разлози на којима се она заснива. Сваки члан суда може прикључити одлуци своје лично мишљење, било да се он слаже са већином или не, или да образложи неслагање. Одлука се може објавити само уз сагласност странака у спору.²⁹

Конвенцијом је предвиђена могућност суда да на захтјев странке који је поднијет у року од 45 дана од доношења одлуке, пошто о томе обавијести

²⁸ Поближе о томе видјети члан 16 Правила у вези са чланом 6(1)(ц) Конвенције.

²⁹ Поближе о томе видјети члан 48 Конвенције.

другу странку, ријешити свако питање које је пропустио да ријешити у одлуци и исправи сваку правописну, аритметичку и сличну грешку у одлуци. Њихово рјешење чини дио одлуке и доставља се странкама на исти начин као и одлука.³⁰

Службени језици на којима се води поступак, у случају да се странке у избору језика поступка не сагласе, јесу енглески, француски или шпански.³¹

У случају да странке изаберу два језика поступка, сваки поднесак може бити сачињен на једном од њих. Сваки од изабраних језика може бити коришћен на расправама, уз услов да се, ако то затражи суд, обезбиједи превод и тумачење. Налози и одлука суда доносе се и записник се води на оба језика поступка, с тим да се обје верзије сматрају једнако аутентичним.

Трошкови поступка посредовања и арбитражног поступка регулисани су чланом 61 Конвенције и чланом 28 у вези са чланом 14 Административног и финансијског правилника. Члан 61 Конвенције гласи:

(1) У случају поступка посредовања, награде и издатке чланова Комисије, као и накнаде за коришћење олакшица Центра сноси странке равноправно. Свака странка сноси све остале трошкове које је имала у вези са поступком.

(2) У случају арбитражног поступка суд ће, ако се странке другачије не споразумију, процијенити трошкове које су странке имале у вези са поступком и ријешити како и ко ће платити те трошкове, награде и издатке чланова суда и накнаде за коришћење олакшица Центра. Ово рјешење чини саставни дио одлуке.

У случају да међу странкама дође до спора око тумачења и обима одлуке, свака од њих може упутити генералном секретару писмену молбу и тражити њено тумачење. Молба се у правилу упућује суду који је доноси одлуку ако је то могуће, а ако није образоваће се нови суд. Конвенција предвиђа могућност суда да обустави извршење одлуке док се не донесе рјешење ако то произлази из захтијеваних околности.

У случају откривања нове чињенице која би могла битно утицати на одлуку и под условом да суд и молилац нису знали за ту чињеницу у вријеме доношења одлуке и да та чињеница није остала непозната молиоцу из његовог нехата, могуће је, у року од 90 дана од дана откривања те чињенице, а најкасније у року од три године од дана када је одлука донијета, поднијети писмену молбу генералном секретару и тражити њену ревизију.

³⁰ Поближе о томе видјети члан 49 Конвенције.

³¹ Поближе о томе видјети члан 34 Административног и финансијског правилника.

Поред захтјева за ревизију одлуке, Конвенција прописује и могућност подношења писменог захтјева генералном секретару за њено поништење и то у сљедећим случајевима:

- а) да суд није био прописно образован;
- б) да је суд очигледно прекорачио своје овлашћење;
- в) да је један члан суда био подмићен;
- г) да је дошло до озбиљног скретања од основних правила поступка;

или

- д) да у одлуци нису изнијети разлози на којима се она заснива.³²

Што се тиче правила признања и извршења донесених одлука овог центра, одлуке су обавезне за обје стране и не подлијежу жалби или другом правном лијеку, изузев оних које предвиђа Конвенција, и стране су дужне да их проведу.

Донесене одлуке обавезне су за обје странке и не подлијежу жалби или ком другом правном лијеку, изузев оних које предвиђа Конвенција и странке су дужне да се њима повинују и спроведу.

Сам поступак признања и извршења регулисан је чланом 54 Конвенције, који гласи:

(1) Свака држава потписница признаће као обавезну одлуку донијету на основу ове конвенције и извршиће на својој територији новчане обавезе одређене том одлуком као да је то коначна пресуда суда те државе. Држава потписница која има федерално уређење може извршити такву одлуку преко свог савезног суда, а може и предвидјети да савезни судови поступају са таквом одлуком као да је она коначна пресуда суда државе чланице.

(2) Странка која тражи признање или извршење на територији државе потписнице, доставиће надлежном суду или другом органу који те држава одреди за ту сврху препис одлуке који је овјерио генерални секретар. Свака држава потписница обавијестиће генералног секретара који је надлежни суд или други орган одредила за ту сврху, као и о доцнијим промјенама у том погледу.

(3) За извршење одлуке важе прописи о извршењу пресуде који су на снази у држави на чијој се територији тражи извршење.

³² Поближе о томе видјети члан 52 у вези са чланом 50 Правила процедуре у арбитражном поступку (Арбитражна правила).

6. ЗАКЉУЧАК

Када је ријеч о сложеним пословним односима, посебно у вези са страним инвестицијама, настају разна спорна питања. Код њих претеже и међународноправни елемент. Спорови се могу рјешавати судским, али и вансудским, с посебним акцентом на арбитражни начин рјешавања. У овом раду испитани су неки методи могућих начина рјешавања инвестиционих спорова са њиховим карактеристикама. Код арбитражног рјешавања спорова треба водити рачуна о пословно-политичким разлозима да би стране пристале на арбитражу. Инвестициони спорови могу се рјешавати и пред Међународним центром за рјешавање инвестиционих спорова (ICSID). Међународни центар за рјешавање инвестиционих спорова је посебна међународна организација са својством правног лица основана Конвенцијом о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава. Чланице Центра су државе чланице Свјетске банке које су земље уговорнице Конвенције, а на основу ове конвенције друге државе које нису чланице Свјетске банке могу се придружити овом центру уколико потпишу Статут Међународног суда правде, о чему одлуку доноси Административни савјет Центра двотрећинском већином, а којом се држава позива да приступи Конвенцији. Спорови се пред овим центром могу рјешавати посредовањем и арбитражом, а сваки од ових облика рјешавања карактеришу одређене особине. Поред тога, потписани су и билатерални споразуми који представљају основ за арбитражно рјешавање ових спорова.

7. ЛИТЕРАТУРА

1. Ј. Вилус и др., Међународно привредно право, Правни факултет – Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2008.
2. R. Bruno and J. H. N. Weiler, „Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analyzis“, *Jean Monnet Working Paper*, 13/97, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>, 10.02.2020.
3. Александар Љ. Ђирић, Међународно трговинско право, Ниш, 2010.
4. В. Станковић и др, „Економско правна анализа међународних инвестиција“, Одитор 3/2020.
5. Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, Међународно пословно право, општи део, Бања Лука – Крагујевац, 2005.
6. Конвенција о оснивању Центра за рјешавање спорова између држава и држављана других држава уговорница која је усвојена у Вашингтону 1965, а ступила на снагу 14.

октобра 1966. године.

7. М. Милосављевић, “Решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава посредовањем у складу са Вашингтонском конвенцијом”, Српска правна мисао 42-43/2010.
8. М. Станивуковић, “ICSID и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије”, *LIBER AMICORUM ДОБРОСАВ МИТРОВИЋ*, електронска верзија, <http://www.pf.uns.ac.rs/images/maja/7.pdf>, 01.02.2020.
9. С. Ђорђевић, „Сукцесија држава и Хашке конвенције МПП“, Југословенска ревија за међународно право 1–3/1966, 28.
10. J. Andrassy, Међународно право, Загреб 1990.

Academician Professor Vitomir Popovic, PhD
Academician Professor Radovan Vukadinovic, PhD

CHARACTERISTICS OF SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

***Abstract:** Numerous disputes can arise from complex business relationships, especially those related to investments, as evidenced by legal practice. These disputes often have an international economic character. Disputes can be settled through the courts, but the possibility of out-of-court, especially arbitration, settlement of disputes should not be ignored either. The aim of this paper is to examine the possible ways of solving investment disputes and the problems that may arise in connection with it.*

***Keywords:** dispute resolution, court, arbitration, ICSID*

AZIL U UNUTRAŠNJEM I MEĐUNARODNOM PRAVU

Akademik prof. dr Boris Krivokapić¹

Apstrakt: Rad nastoji da od davnina poznati institut azila osvetli na novi način. U tu svrhu azil se prvo posmatra kao pravni institut, pri čemu se obrađuje kako iz ugla unutrašnjeg prava država, tako i sa stanovišta međunarodnog prava, s tim da autor navodi niz zanimljivih primera iz prakse. Zatim se azil analizira kao faktičko ponašanje, s tim da se pravi razlika između ponašanja u ostvarivanju utvrđenih pravnih rešenja i faktičkog davanja utočišta. Tu se autor osvrće i na problem tzv. diplomatskog azila, kao i na razliku između njega i tzv. privremenog skloništa. U trećem delu rada azil se posmatra kao ljudsko pravo, s tim da se ukazuje na relevantne uslove odn. ograničenja, koji se tiču titulara, mesta gde se uživa azil i same sadržine prava. Najzad, u četvrtom delu, azil se posmatra kao subjektivno pravo s tim da autor ističe da se može govoriti o dva subjektivna prava, priznata međunarodnim pravom: onom koje pripada državi i onom koje pripada konkretnom licu (tražioci azila). U okviru zaključka autor konstatuje da ne samo što će, sve dok postoje države kao suverene jedinice, ostati njihovo pravo da na svojoj teritoriji daju utočište progonjenima, već mogu nastati novi oblici azila i neka nova pitanja koja će zahtevati međunarodnopravno regulisanje, kao što su mogući azil koji u određenim okvirima daju međunarodne organizacije i, naročito, nove perspektive koje se mogu očekivati usled predstojećih prodora u osvajanju kosmosa i naseljavanju nebeskih tela.

Ključne reči: azil, međunarodno pravo, države, diplomatski azil.

¹ Inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka (RAEN), Moskva (Odeljenje za socio-ekonomska i pravna pitanja); redovni profesor Poslovnog i pravnog fakulteta Univerziteta "MB", Beograd; profesor Pravnog fakulteta Samarskog nacionalnog univerziteta "Akademik S. P. Koroljov", Samara. +381 64 22 00 907, krivokapicboris@yahoo.com.

1. UVOD

Rad je pokušaj da se jedan tako star i dobro poznati pravni institut kao što je azil, osvetli iz nešto drugačijeg ugla. U tom smislu, ovde će biti dat kratak osvrt na nekoliko međusobno povezanih pitanja: 1) azil kao pravni institut; 2) azil kao faktičko delovanje; 3) azil kao ljudsko pravo i 4) azil kao subjektivno pravo države i pojedinca.

2. AZIL KAO PRAVNI INSTITUT

Ako se ne precizira ništa drugo, pod azilom se ima u vidu poseban pravni institut tj. skup pravnih normi koje uređuju društvene odnose u vezi sa davanjem nekome utočišta.² Te norme delom pripadaju međunarodnom pravu, a delom unutrašnjem pravu svake konkretne države.

1. Azil kao institut unutrašnjeg prava država. – Mnogi korene azila vide još u dalekoj prošlosti, u tada rasprostranjenom pravilu o nedodirljivosti svakoga ko sklonio u opštepriznatu „zonu bezbednosti“, kao što su hram nekog božanstva, neposredna blizina kipa nekog boga, oltar ili drugo za datu zajednicu „sveto“ mesto.³

Tako u staroj Grčkoj lica koja su iz nekog razloga bila progonjena (robovi, dužnici, zločinci, devojke koje izbegavaju prisilnu udaju, žene koje su pobeogle od muževa) bila zaštićena od svojih progonitelja čim bi uspela da se dokopaju neke od bezbednih zona.⁴ Oni ih tamo nisu smeli napadati, telesno kažnjavati ili odatle nasilno izvoditi, niti preduzimati akcije usmerene na to da ih posredno nateraju da napuste zaštitu koju uživaju u hramu.⁵ Ipak, postojala su i određena

² Ponekad se dodatno precizira da kao pravni institut azil predstavlja „skup pravnih normi koje uređuju društvene odnose u sferi saradnje država u oblasti ljudskih prava i borbe protiv krivičnih dela i drugih kršenja prava.“ Безверхов А. Г., Кривокапич Б. Д., „О комплексном понимании убежища по праву“, Вестник Тверского государственного университета, Серия «Право», No 1, 2022, 106.

³ Po potrebi, funkciju utočišta vršila su u principu sva svetišta, s tim da su neka među njima češće korišćena od drugih, obično zbog svoje lokacije ili naročitog ugleda koji su uživala. U staroj Grčkoj primeri su hramovi Tezeja u Atini, Atine u Sparti i Tegeu, Zeusa na brdu Likeju u Arkadiji, Here u Argosu i na Samosu, Artemide u Efesu, Apolona u Delosu, Posejdona na ostrvu Kalaurija i rtu Tenar na Peloponezu, itd.

⁴ Sinn U., „Greek sanctuaries as place of refuge“, in: Marinatos N. & Hägg R. (eds.) *Greek Sanctuaries: New approaches*, London and New York: Routledge 1993, 70–87; Rabben L., *Sanctuary and Asylum: A Social and Political History*, University of Washington Press, 2016.

⁵ Tako je npr. bilo zabranjeno da se sprečava doturanje vode i hrane u hram, da se izaziva požar u blizini hrama da bi lica koja se u njemu nalaze izašla izvan njegovih zidina, da se zazida

ograničenja, pa i, izuzetno, kršenja ovog pravila.

Ova zaštita ponegde nije priznavana onima koji su osuđeni na smrt ili su podvrgnuti sankciji lišenja građanskih i političkih prava (atimija).

Primer kršenja pravila o zaštiti koju pruža sveto mesto je slučaj Pausanija, spartanskog vojskovođe i regenta (478-477. pre n. e.) Kada je bio optužen za izdaju (saradnju sa Persijancima) spas je potražio u hramu boginje Atine na akropolju (uzvišenom delu) Sparte. Međutim, efori (visoki državni činovnici Sparte) zazidali su sve izlaze iz hrama, ostavivši ga da umre od žeđi i gladi. Naredili su da se skine krov sa hrama da bi mogli da posmatraju njegovo stanje i dozvolili su da se on iznese tek posle nekoliko dana, kada je već bio na samrti. Po predanju, prvi kamen kojim je zazidan, stavila je njegova majka, koja ga se pred svima odrekla.

Ovaj institut imao je vrlo široku primenu. O tome nam, između ostalog, svedoče činjenice da je zaštitu uživao čak i rob u odnosu na svog gospodara, kao i to da se radilo o trajnoj zaštiti – neka od lica koja se uspela da se sakriju u svetilištu živela su tamo godinama, što je bilo moguće zato što su područja određenih hramova bila vrlo velika.

Poznato je npr. da su u hramu Atine u gradu Tegeja u Arkadiji spas našli spartanski kraljevi Leotihid II i Pausanija II. Prvi je pobjegao tu kada je otkriveno da ga je potkupio neprijatelj, a drugi kada je shvatio da će biti osuđen na smrt za izdaju jer je prekasno stigao na bojno polje i time prouzrokovao poraz spartanske vojske u bici Halijarta (395. pre n. e.). Obojica su u tom hramu provela poslednje godine svog života – Leotihid II je tu bio 476–469. pre n. e., a Pausanija II 395–385. pre n.e. Progonitelji su toliko poštovali institut utočišta u ovom svetilištu, da nisu nikada tražili da im se begunci izruče.

Još duže je u sigurnoj zoni svetilišta živeo otac Pausanija II, spartanski kralj Pleistoanakt. Nakon što je 446. pre n. e. proteran iz Sparte pod optužbom da je primio mito, čitavih 19 godina proveo je na teritoriji svetilišta Zeusa na brdu Likeju u Arkadiji.

Postavlja se pitanje zašto se uopšte pojavilo takvo rešenje. Nema sumnje da je ono osnov imalo u pobožnim osećanjima, tačnije zahtevu da se ne vrši nasilje na „svetoj“ zemlji, da se takvim njenim skrnavljenjem ne navuče gnev bogova. Ovo zato što se smatralo da hramovi i druga svetilišta pripadaju božanstvu kojem su posvećeni i da su stoga nepovredivi i neotuđivi.

U potvrdu tome dovoljno je ukazati na slučaj već pomenutog regenta i vojskovođe Pausanija (ne treba ga mešati sa takođe pomenutim kraljem Pausanijem II, koji je živio nešto kasnije). Naime, posle njegove surove smrti boginja Atina

ulaz u hram da bi lica koja su unutra umrla od žeđi i gladi itd.

je kroz proročište u Delfima iskazala nezadovoljstvo zbog sknavljenja svetosti njenog hrama i zaštite koju on pruža i zahtevala da se onaj ko je uživao njenu zaštitu „vrati“. Pošto to, razume se, nije bilo moguće, Spartanci su radi iskupljenja u hramu Atine postavili dve bronzane statue Pausanija.

Tu se, dakle, radilo o posebnom sakralnom imunitetu koji je osnov imao u religijskom obzirima i pravilima, a ne u svetovnom pravu. Kasnije je ovo pravilo preraslo u deo običajnog prava, postavši tako obavezno, čak i nezavisno od religijskih kanona. Uostalom, pošto su čak u vreme rata hramovi smatrani neprikosnovenima, bilo je prirodno priznati im takav status u vreme mira. Istovremeno, nasilje nad onim ko uživa zaštitu svetilišta ili njegovo nasilno odvođenje, smatrani su zločinima.

Bili su prisutni i drugi, praktični momenti. Bez obzira na neobično veliku ekonomsku, vojnu, kulturnu, pa i pravnu razvijenost pojedinih antičkih država, u to vreme primena krivičnih sankcija nije bila organizovana u današnjem smislu reči, tako da je gonjenje i kažnjavanje učinilaca krivičnih dela u velikoj meri bilo u rukama oštećenih pojedinaca i grupa. Međutim, zbog toga je postojala opasnost da se odnosna lica olako i možda čak bez osnova ili greškom, izlože nasilju onih koji veruju da na njega imaju pravo.

U tom kontekstu javio se institut neke vrste “opšteg” utočišta, onog koji pripada svima, sa praktičnom ulogom da spreči ili bar smanji samovolju i sačuva odnosno lice od neosnovane ili prekomerne osvete. Ovo pod uslovom da se odnosno lice zatekne na nekom “svetom” mestu ili uspe da se dokopa njega.

Tokom vremena ovo pravilo je naročito počelo da se vezuje za lica koja su optužena da su izvršila ubistvo ili drugo teško krivično delo. Tu ovaj institut dobija nešto drugačiju ulogu, pretvarajući se u zaštitu ovih lica od krvnog osvetnika do njihovog izvođenja pred sud. Drugim rečima, on nije značio zaštitu od kazne, već samo privremenu nepovredivost do okončanja postupka.

U nekim državama antičkog sveta ovako shvaćeno pravo utočišta bilo je vezano za tačno definisane gradove. Tako su npr. drevni Jevreji imali šest takvih gradova (Nedes, Golan, Ramot, Sihem, Voson i Hevron) koji su bili sigurne zone, ali ne za sve progonjene, već samo za one koji su bili krivi zbog krvne osvete i koji su bežali od takve osvete rođaka svoje žrtve. Smisao tog rešenja nije bio da se zaštite konkretna lica, već da se zaustavi beskonačni lanac krvne osvete, koja je ugrožavala interese čitave zajednice.

Ustanova prava utočišta u hramovima i drugim svetim mestima održala se i u srednjem veku i to u raznim društvima.

U Vizantiji su usvojena i posebna pravila. Između ostalog, da progonjeni ne bi bili prinuđeni da stalno borave u samoj crkvi utvrđeno je da granice cr-

kvenog utočišta obuhvataju ne samo zdanje hrama, već i ceo ograđeni prostor oko njega; u čuvenu carigradsku Crkvu Sveta Sofija mogli su da se sklone svi progonjeni, nezavisno od težine prestupa i toga da li su Grci ili pripadnici nekog drugog naroda, itd. Tokom vremena uvedena su i neka ograničenja, kao što su npr. pravila da odbegli rob ima zaštitu samo jedan dan posle čega se predaje gospodaru, koji, međutim, mora da se zakune da će mu oprostiti; da se utočište priznaje pripadnicima drugih naroda samo ako prihvate hrišćanstvo; da je zabranjeno davanje utočišta ubicama, krivoklenicima i otmičarima ljudi; itd.

Sa druge strane, rimske pape proširile su bezbednu zonu na groblja, manastire, kuće episkopa i neka druga mesta, s tim da je onaj ko bi se usudio da povredi svetost zaštite koju pružaju ta mesta bio anatemisan i kažnjavan u skladu sa svetovnim pravom.

Po ugledu na sakralno utočište i pojedini vladari daju određenim gradovima pravo da budu utočišta za određene vrste uslovno rečeno lakših zločina, kao što je npr. za ubistvo u afektu.

Pravila o zaštiti u svetištima donekle su se razlikovala kako na raznim prostorima, tako i u raznim epohama. Ponekad je onome kome je pružena zaštita davano vreme od 40 dana da izabere da li će se predati svetovnim vlastima ili napustiti državu; u drugim slučajevima zločinci koji su dobili utočište izdavani su sudijama, ali pod uslovom da ne mogu biti pogubljeni niti podvrgnuti sakaćenju; itd.

Pojavom moćnih država sa snažnom centralnom vlašću i razvijenim pravosudnim sistemom, sakralno pravo utočišta i slično pravo privilegovanih gradova se postepeno gubi. Formalno se gasi u Zapadnoj Evropi počev od XVI i, naročito, XVII veka.

Važno je primetiti da, premda se u pravnoj literaturi često pominju kao prvi primeri azila, svi pomenuti slučajevi zaštite u svetištima zapravo nisu predstavljali azil u onom smislu u kojem taj institut shvatamo danas. Nekoliko je razloga za to:

- suštinski, tu se nije radilo o nekakvim pravima odnosnih lica, već o poštovanju posebnog statusa odnosnog objekta ili prostora, tako da je lice koje je npr. našlo spas u hramu samo posredno dobijalo zaštitu, koristeći se nepovredivošću hrama;
- zaštita koja se dobijala odnosila se uglavnom na progon iznutra, onaj koji potiče iz nekog izvora sa tla one iste zemlje u kojoj se nalazi odnosno lice. Danas se azilom naziva samo zaštita stranca od progona spolja, onog koji potiče iz inostranstva;
- zaštita se odnosila ne samo na progon od strane državnih vlasti, već i od privatnih lica, kao što su poverilac, vlasnik roba, krvni osvjetnik itd.;

- ovu zaštitu koristili su prvenstveno domaći stanovnici, a tek retko stranci. Stranci su u to vreme uglavnom bili omraženi i obespravljeni. S druge strane, razvoj političkih, ekonomskih i drugih odnosa, sve više je zahtevao prisustvo stranih izaslanika i pregovarača, trgovaca, umetnika, putujućih zanatlija, filozofa, sportista itd. Stoga je ovim licima putem ugovora ili zvaničnim obećanjem priznavana posebna zaštita, jedna vrsta ličnog imuniteta, koja nije bila vezana za neka bezbedna mesta. Bez nje oni jednostavno ne bi ni dolazili. U onim izuzetnim okolnostima kada su i pored toga morali da traže hitan spas od neposredne opasnosti (npr. od osвете ili progona rulje) i stranci su mogli da ga potraže u zaštićenoj zoni nekog hrama ili drugog svetilišta;⁶
- utočište je obezbeđivalo odnosno mesto, tačnije njegov izuzetan status, dok azil u savremenom shvatanju daje država, na osnovu svog suvereniteta;
- dugo vremena radilo se o pravno nedovoljno regulisanoj praksi, a onda o institutu sakralnog prava, dok je savremeni azil uređen normama međunarodnog prava i unutrašnjeg prava država.

Kada je reč o unutrašnjem pravu, institut azila u današnjem smislu reči, u značenju utočišta koje se daje strancima – političkim emigrantima, prvi put je formulisan odredbom iz čl. 120 Ustava Francuske (1793). Ona glasi: “Francuski narod pruža utočište strancima koji su isterani iz svoje domovine zbog odanosti slobodi. On ne daje utočište tiranima.”

U naše vreme pitanja koja se odnose na azil regulisala su već odgovarajućim odredbama ustava i relevantnim zakonima savremenih država.

Primeru radi, ova materija uređena je u Republici Srbiji čl. 57 Ustava (2006),⁷ Zakonom o azilu i privremenoj zaštiti (2018), a delimično i drugim propisima (Krivični zakonik, Zakon o strancima, Zakon o graničnoj kontroli i dr.).⁸

⁶ Čak i u Atini, koja se slavila svojom demokratijom i kulturom, postojao je pravni institut *androlepsija*, koji je predstavljao jedan vid privatnih represalija prema strancima. Svodio se na pravilo prema kojem u slučaju kada je atinski građanin ubijen u stranoj državi, pa ona odbije da ubicu kazni ili izruči, porodica ubijenog ima pravo da uhvati i izvede pred atinski sud bilo koja tri građanina odnosno države (tj. lica koja nisu ni u kakvoj vezi sa ubistvom).

⁷ “1. Stranac koji osnovano strahuje od progona zbog svoje rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili pripadnosti nekoj grupi ili zbog svojih političkih uverenja, ima pravo na utočište u Republici Srbiji. 2. Postupak za sticanje utočišta uređuje se zakonom”.

⁸ O raznim aspektima prava na azil u Republici Srbiji vidi: Trifunović A., ur. *Pravo na azil u Republici Srbiji 2021*, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava 2022.

Svoje propise o azilu, uslovima za njegovo dobija i ostalim s tim povezanim pitanjima imaju sve savremene države.

2. Azil kao institut međunarodnog prava. – Kao što je već istaknuto, istorijsko pravo zaštite u sakralnim objektima, nije, strogo uzev, pravilno nazivati azilom. Međutim, već u antici nalazimo i primere azila kako se on doživljava u naše vreme tj. shvaćenog kao zaštita koja se daje strancu od progona strane države, najčešće one čiji je državljanin.⁹

Pre svega, logično je pretpostaviti da su oduvek dovoljno moćni vladari, kada su smatrali da je to opravdano ili da odgovara njihovim interesima, svojim jednostranim odlukama pružali zaštitu strancima koje je progonio neki drugi vladar.

Nije, međutim, samo reč o pretpostavci. Imamo i konkretne podatke i dokumente koji potvrđuju tu praksu. Dovoljno je svega nekoliko primera.

Zna se da je pre više od 3.500 godina egipatski faraon Senusret II (vladao 1897–1878. pre n. e.), zajamčio bezbednost i pružio azil grupi Azijaca.

Kada je u XIII v. pre n.e. posle smrti cara Muvatalija, vlast u hetitskom carstvu uzurpirao Hatušil III, Mursil III, carev sin i zakoniti naslednik prestola, bio je prinuđen da pobegne u Egipat, gde mu je faraon Ramzes II dao azil. Taj azil je potrajao i nakon zaključenja ugovora o miru i savezu između Ramzesa i Hatušila oko 1278. pre n. e., kojim su regulisana i pitanja ekstradicije, jer je Ramzes odbio da ugovoru (i time obavezama o ekstradiciji) prizna povratno (retroaktivno) dejstvo.

U Rimu je u hramu boga Asileja, zaštitnika skitnica, pružan azil stanovnicima drugih država tj. strancima, a ne onima koji su prekršili zakone Rima. Kasnije je i samo brdo na kojem se nalazio hram počelo da se zove Azil (lat. *asylum* – utočište).

Činjenica da je takva praksa bila dovoljno raširena svedoči da je postojala svest o pravu države da na svojoj teritoriji pruži zatitu strancu, ali i o tome da se razvilo i odgovarajuće pravilo običajnog međunarodnog prava.

Uostalom, pravo azila bilo je predmet i važnih međunarodnih ugovora antičkog sveta.

To potvrđuje glinena ploča iz diplomatskog arhiva vladara Ugarita u Ras-Šamriju (današnja Sirija) iz XV–XIII v. pre n. e., koja predstavlja sporazum kojim su se Nikmeta (vladar Mukiša i Alalaha) i Irimi (vladar Tunipe) međusobno obavezali i pred bogovima zakleli da neće zatvarati niti jedan drugome izda-

⁹ Loddo L. (ed.), „Political Refugees in the Ancient Greek World: Literary, Historical and Philosophical Essays“, *Pallas Revue d'études antiques*, No. 112, 2020.

vati emigrante (begunce) i odbegle zarobljenike, već da će jedan drugog samo obavještavati o mestu njihovog boravka. Dakle, oni su se sporazumeli da će odnosnim licima pružati neku vrstu azila. Ovo rešenje važno je samo za slobodne građane, dok je za robove istim ugovorom bilo predviđeno da se imaju uhvatiti, zatvoriti i predati gospodaru kada po njih dođe.¹⁰

U naše vreme pravo azila predstavlja deo univerzalnog i regionalnog međunarodnog prava i regulisano je i čitavim nizom višestranih i dvostranih ugovora.¹¹

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, čija su rešenja prerasla u opšte međunarodno običajno pravo, što znači da su obavezna za sve, propisuje u čl. 14:

“1. Svako ima pravo da traži i uživa u drugim zemljama azil od proganjanja.

2. Na ovo pravo se ne može pozvati u slučaju gonjenja koje se istinski odnosi na krivična dela nepolitičke prirode ili na postupke protivne ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija.”

Premda postoji razlika između onih koji traže azil i izbeglica,¹² njihov po-

¹⁰ Istini za volju, još u Starom svetu zaključivani su i ugovori o ekstradiciji. Najpoznatiji među njima je već pomenuti ugovor između Ramzesa II i Hatušila III koji precizira da od izručenja nije isključeno nijedno lice, bez obzira na to da li je u pitanju “veliki čovek”, plemić ili “nepoznato lice”, ali i to da će begunci biti tretirani sa poštovanjem i vraćeni bez kažnjavanja i sakaćenja.

¹¹ Green L. C., “The Right of Asylum in International Law”, *University of Malaya Law Review*, 2/1961, 223–242; Weis P., “The Right of Asylum in the Context of the Protection of Human Rights in Regional and Municipal Law”, *International Review of the Red Cross*, No. 66, 1966, 470–477; Boed R., “The State of the Right of Asylum in International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1/1994, 1–33; Edwards A., “Human Rights, Refugees, and the ‘Right to Enjoy’ Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, 2/2005, 293–330; Worster W. T., “The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, 4/2014, 477–499; Harvey C., “Time for Reform? Refugees, Asylum-seekers, and Protection Under International Human Rights Law”, *Refugee Survey Quarterly*, 1/2015, 43–60; O’Nions H., *Asylum – A Right Denied: A Critical Analysis of European Asylum Policy*, Routledge 2017.

¹² Azil je pravo na boravak i zaštitu koji se odlukom nadležnog organa teritorijalne države daje strancu za koga se utvrdi da opravdano strahuje od progona u državi porekla ili (za apatride) državi uobičajenog boravišta. Sa druge strane, izbeglica je stranac koji se zbog opravdanog straha od progona zbog svoje rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili zbog svojih političkih uverenja ili iz straha od druge objektivne opasnosti ne nalazi u državi svog porekla ili (za apatride) uobičajenog boravišta i ne može ili zbog tog straha ne želi da se stavi pod zaštitu te države. Neke od razlika su i sledeće: lice koje traži azil beži od političkog progona; njemu se na teret obično stavlja neko teško krivično delo; to lice uživa azil samo od momenta kada mu ga odobri nadležni organ te-

ložaj je umnogome sličan. U oba slučaja reč je o licima koja: bila su prinuđena da napuste svoju državu da bi spas potražila u tuđoj zemlji; ne žele da se vrate u državu svog porekla; suočavaju se sa ozbiljnim pravnim i životnim problemima (potreba obezbeđenja smeštaja, hrane, zdravstvene nege, sredstava za život, zaposlenja itd.); ne mogu se osloniti na diplomatsko-konzularnu zaštitu države iz koje su pobjegli; itd. Zapravo, neće se pogrešiti ako se kaže da je azil – posebno pravo koje se daje izbeglicima. Drugim rečima, svako ko dobije azil je jedna vrsta izbeglice, ali nema svaka izbeglica azil – izbeglička zaštita je nešto uža od skupa prava koji podrazumeva odobreni azil.

Pomenuti momenti imali su za posledicu da u godinama posle Drugog svetskog rata pitanja azila na univerzalnom nivou često povezivana sa zaštitom izbeglica.¹³ Stoga se u vezi sa azilom primenjuju odgovarajuća rešenja Konvencija o izbeglicama (1951) i Protokol o status izbeglica (1967).

Od značaja su i odredbe nekih drugih univerzalnih sporazuma, kao npr. čl. 12–13 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966); čl. 3 Konvencije protiv mučenja i drugih svirepih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka (1983); čl. 22 Konvencije UN o pravima deteta (1989) itd.

Važni su i univerzalni akti koji spadaju u tzv. “meko pravo”, što znači da strogo uzev nisu pravno obavezujući, ali imaju veliki moralno-politički značaj.¹⁴ Najvažniji među njima je Deklaracija UN o teritorijalnom azilu (1967), koju je

ritorijalne države; kada za to postoji osnov država može da odbije da pruži utočište i da izruči odnosno lice državi koja to traži; povratak lica koje je dobilo azil u državu porekla dolazi u obzir samo ako iz nekog razloga prestane njegov progon (npr. ako zbog promene režima u toj zemlji budu povučene optužbe protiv njega); azil se obično daje pojedincima; itd. Za razliku od toga, izbeglice beže ne samo od političkog progona, već i od drugih opasnosti (rata, građanskog rata, prirodnih katastrofa, epidemije itd.); njihov status u principu nije povezan sa optužbama za izvršenje nekog krivičnog dela; izbeglice to postaju čim ispune predviđene uslove što znači i pre nego što im organ teritorijalne države prizna izbeglički status; izbeglice se ne izručuju državi iz koje su pobjegle niti u bilo koju državu u kojoj bi njihov život i sloboda bili ugroženi; njihov status je privremen – kada prestanu razlozi koji su ih naterali u izbegništvo oni bi, u principu, trebalo da se vrate u zemlju svog porekla; izbeglice obično dolaze u velikim grupama; itd.

¹³ Weis P., “The Development of Refugee Law”, *Michigan Journal of International Law*, 1/1982, 27–42; Hathaway J. C. & Foster M., *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press, 2014; Fiddian-Qasimiyeh E., & Loescher G., Long K., Sigona N., *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford University Press, 2014; Nicholson F. & Kumin J., *A guide to international refugee protection and building state asylum systems*, Inter-Parliamentary Union & UNHCR, 2017.

¹⁴ Krivokapić, B., *Međunarodno javno pravo*, Beograd, Poslovni i pravni fakultet & Institut za uporeodno pravo, 2017, 97–104.

usvojila Generalna skupština UN. Ona konstatuje “da je pružanje azila od strane država... miroljubiv i human čin koji se, kao takav, ne može smatrati neprijateljskim od strane bilo koje druge države”); precizira da “pozivati se na pravo sticanja i uživanja azila ne mogu lica za koja se, na osnovu ozbiljnih razloga, smatra da su počinila zločin protiv mira, ratni zločin ili zločin protiv čovečnosti”; propisuje da “nijedno lice... neće biti podvrgnuto takvim merama kao što su proterivanje sa granice ili, ukoliko je dotično lice već ušlo na teritoriju države u kojoj traži azil, proterivanju sa te teritorije, odnosno prisilnom vraćanju u državu u kojoj može biti gonjen”, s tim da se izuzetak “može napraviti samo ako preovlađuju razlozi nacionalne bezbednosti ili sigurnosti stanovništva, kao prilikom masovnog priliva lica”; predviđa obavezu država koje pružaju azil da ne smeju “dopustiti licima koja uživaju azil da se bave aktivnostima koje su suprotne ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija” itd.

Kada je reč o regionalnom međunarodnom pravu, Evropska konvencija o ljudskim pravima (1950) ne predviđa pravo na azil, ali je ono delimično pokriveno nekim drugim aktima, uključujući niz dokumenata evropskog “mekog prava”, pre svega preporuke najviših organa Saveta Evrope.¹⁵

Pravo azila potvrđeno je najvažnijim regionalnim sporazumima usvojenim u Americi i Africi – čl. 22/7 Američke konvencije o ljudskim pravima (1969)¹⁶ i čl. 12/3 Afričke povelje o ljudskim pravima i pravima naroda (1981).¹⁷

Uzimajući u obzir sve pomenuto, može se doći do nekoliko zaključaka:

- savremeno međunarodno pravo, i univerzalno i regionalno, i običajno i ugovorno, poznaje i priznaje institut azila, premda u odgovarajućim dokumentima ne daje njegovu definiciju;

¹⁵ Deklaracija o teritorijalnom azilu, koju je usvojio Komitet ministara (1977), Preporuka Komiteta ministara o usklađivanju nacionalnih postupaka o azilu (1981), Preporuke Parlamentarne skupštine br. 1088 (1988), 1163 (1991), 1236 (1994), 1237 (1997), 1440 (2000), 1645 (2004) i dr. Više: Mole N., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000; Costello C. „Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored“, *Human Rights Law Review*, No. 2, 20212, 287–339; Lavrysen L., „European Asylum Law and the ECHR: An Uneasy Coexistence“, *Goettingen Journal of International Law*, N. 4, 2012, 217–262; *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, EU Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, 2020.

¹⁶ “Svako lice ima pravo da zatraži i dobije azil na stranoj teritoriji u skladu sa zakonom države i međunarodnim konvencijama, u slučaju da je progonjeno zbog političkih ili srodnih opštih krivičnih dela.”

¹⁷ “Ako je progonjen, svaki pojedinac ima pravo da zatraži i dobije azil u drugim zemljama u skladu sa njihovim zakonima i međunarodnim konvencijama”.

- kada se misli na azil uvek se radi o zaštiti koju država daje stranom državljaninu ili apatridu, a ne domaćem građaninu;
- u pogledu sadržine, zaštita koju pruža azil prvenstveno se sastoji u odbijanju da se odnosno lice preda državi koja zahteva njegovu ekstradiciju, ali se ne svodi samo na to. Licu kojem je dato utočište moraju biti obezbeđeni makar najosnovniji uslovi i mogućnosti za normalan život dostojan čoveka – smeštaj, mogućnost zaposlenja, zdravstvena zaštita, opšte obrazovanje maloletnih lica i dr. U protivnom, azil ne bi ispunio svoju humanitarnu svrhu;
- pravni osnov takve zaštite proističe iz principa suvereniteta i zabrane intervencije tj. počiva na odluci odnosno države da iz nekog razloga odbije izručenje;
- azil se ne daje za “obična”, nepolitička krivična dela, niti za međunarodna krivična dela, kao što su zločin protiv mira, ratni zločin, zločin protiv čovečnosti, zločini protiv međunarodno zaštićenih lica, zločini protiv bezbednosti civilnih vazduhoplova itd. U takvim slučajevima teritorijalna država je dužna da izruči osumnjičenog ili da sama pokrene krivični postupak protiv njega (princip *aut dedere, aut judicare*).

3. AZIL KAO FAKTIČKO PONAŠANJE

Tu treba razlikovati dva momenta – ostvarivanje utvrđenih pravnih rešenja i, s druge strane, faktičko davanje utočišta.

1. Ostvarivanje pravnih rešenja. - Azilom ili davanjem azila naziva se i samo davanje utočišta, tj. faktičko delovanje odnosno praksa koja ima oslonac u nekoj opštoj pravnoj normi – odredbi ustava, zakona ili međunarodnog ugovora. Drugim rečima, to je implementacija (primena, ostvarivanje) utvrđenih pravnih rešenja.

Po pravilu radi se o tzv. unutrašnjem (teritorijalnom) azilu, tj. onom koji se daje na teritoriji odnosno države, a podrazumeva pravo boravka odnosno lica na teritoriji države koja daje utočište, uz istovremeno odbijanje njegovog izručenja i druga prateća prava. Može ga dati svaka suverena država.

Smatra se da je krajem 2021. u svetu bilo 84 miliona prisilno raseljenih lica, od čega 48,0 miliona interno raseljenih, 26,6 miliona izbeglica i 4,4 miliona tražilaca azila.¹⁸ Dakle, tražioci azila činili su 5,24% svih prisilno raseljenih i 14,2% ukupnog broja izbeglica i tražilaca azila.

¹⁸ UNHCR: 84 million forcibly displaced people worldwide, 10 November 2021, www.unhcr.org/refugee-statistics/, 5. 6. 2022.

Oružani sukobi (posebno novi, u Ukrajini),¹⁹ razni oblici nasilja i grubog kršenja ljudskih prava, velike poplave i niz drugih faktora imali su za posledicu da za samo 1,5 godinu značajno poraste broj ovih lica. Prema podacima visokog komesara UN za izbeglice, sredinom 2022. godine u svetu je bilo rekordnih 100 miliona prisilno raseljenih, što je iznad 1% svetskog stanovništva ili broj koji odgovara stanovništvu 14. najmnogoljudnije zemlje sveta.²⁰ Većina njih bili su interno raseljena lica (53,2 miliona) a ostatak (46,8 miliona) izbeglice i tražioci azila. Premda nemamo podatak koliko su među njima činili tražioci azila, razumno je pretpostaviti da, premda je nesumnjivo i dalje daleko manji od broja izbeglica, i njihov ukupan broj se u međuvremenu povećao. Druga stvar je koliko je zaista pravih tražilaca azila, a koliko tzv. lažnih azilanata (onih koji na taj način pokušavaju da se domognu bogatih i razvijenih država iz ekonomskih i socijalnih razloga) ali to je problem koji je uvek prisutan.

2. Faktički azil. – On postoji u slučaju pružanja utočišta faktičkom radnjom, bez odgovarajućeg pravnog osnova. Tu su moguće dve osnovne situacije.

U principu, može se raditi o davanju azila bez formalne odluke nadležnog organa – npr. jednostavnim ignorisanjem zahteva druge države za izručenje. Tu, drugim rečima, stanje koje se može kvalifikovati kao davanje utočišta proističe iz neaktivnosti, nečinjenja organa teritorijalne države, čak i njenog propuštanja da uopšte razmotri zahtev za ekstradiciju. Razlozi za to mogu biti različite prirode (npr. nemogućnost razmatranja zahteva za izručenje i postupanja po njemu usled velikih unutrašnjih problema izazvanih građanskim ratom, epidemijom, prirodnom katastrofom i slično) ali se u užem smislu ipak misli na situaciju koja postoji kada organi teritorijalne države objektivno mogu da odgovore na pomenuti zahtev, ali iz nekog razloga, najčešće političkog, biraju da to ne učine.²¹

Ipak, mnogo češće reč je o pružanju utočišta izvan granica odnosno države, što je praksa poznata kao spoljni, eksteritorijalni ili diplomatski azil. Misli se na one slučajeve kada država daje zaštitu nekom licu u prostorijama svoje diplomatske misije u stranoj zemlji ili na svom ratnom brodu koji se nalazi izvan

¹⁹ Prema procenama UN iz maja 2022, samo je rat u Ukrajini stvorio 7,7 miliona interno raseljenih lica i 5,7 miliona onih koji su spas i bolji život potražili u inostranstvu. UNHCR: The Refugee Brief – 6 May 2022, www.unhcr.org/refugeebrief/the-refugee-brief-6-may-2022/, 5. 6. 2022.

²⁰ UNHCR: A record 100 million people forcibly displaced worldwide, UN, 24 May 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/05/1118772>, 5. 6. 2022.

²¹ Razlozi ne moraju uvek biti političke prirode. Može se npr. raditi o prostoju korupciji ili nekoj drugoj ličnoj zainteresovanosti šefa države, šefa vlade ili drugog funkcionera odn. moćnika.

njenog teritorijalnog mora. Za razliku od unutrašnjeg (teritorijalnog) azila, čiji je osnov suverenost teritorijalne države, ovde zaštita počiva na međunarodnim pravom priznatom posebnom statusu (nepovredivosti) diplomatskih prostorija i ratnih brodova. Taj poseban pravni položaj pomenutih objekata sprečava organe teritorijalne države da u njih nasilno uđu i iz njih izvedu traženo lice.

Pošto su po međunarodnom pravu ti objekti nedostupni organima teritorijalne države, to je dovelo do toga da su u njima spas povremeno tražila lica koja su bežala od progona lokalnih vlasti. Štaviše, on im je u praksi relativno često i davan, s tim da je to nazivano diplomatskim azilom. Takva praksa razvila se u Evropi naročito od XVI v., kada se relativno masovno otvaraju prve savremene stalne diplomatske misije. Pravdana je fikcijom o ekstrateritorijalnosti misije po kojoj su njene prostorije i okolno zemljište deo teritorije države imenovanja, iz čega se zaključivalo da se i lice koje je uspeo da se domogne strane diplomatske misije nalazi na teritoriji države imenovanja, te da, ako misija sama ne bi rešila da ga izruči, tamo uživa azil.²²

Ova rešenja su u Evropi postepeno napuštana, ali su zato nametana zemljama u kojima je važio režim kapitulacija (niz azijskih i afričkih zemalja) koji je neretko značio da nepovredivost uživaju čitave gradske četvrti u kojima se nalaze strana diplomatska predstavništva odnosno u kojima žive strani diplomatski predstavnici, pa i zapadni stranci uopšte (institut poznat pod francuskim nazivom *franchise du quartier*).

Pošto je bila povezana sa nizom problema i sporova, pa i sa očiglednim zloupotrebama (institut o kojem je reč nisu koristila samo lica koja su bila progonjena iz političkih, verskih i sličnih razloga, već su to neretko činili i obični kriminalci) ova praksa je postepeno napuštana, tako da se već u XIX veku u velikoj meri gasi. Tome je dodatno doprinela činjenica da se u to vreme sve više sagledava to da fikcija o ekstrateritorijalnosti diplomatske misije ne samo ne odgovara stvarnosti, već je i sasvim nepotrebna, jer se poseban status misije može objasniti drugim razlozima.

Savremeno opšte (univerzalno) međunarodno pravo ne poznaje institut diplomatskog azila. Ako lice koje gone organi teritorijalne države uspe da se skloni u stranu diplomatsku misiju, ona je dužna da ga preda tim organima i to bez posebnog ekstradicionog postupka, kakav se primenjuje onda kada se odnosno lice nalazi na teritoriji države imenovanja.²³

²² Na sličan način shvatana je i zaštita koja je progonjenom licu davana na stranom ratnom brodu – on je doživljavan kao “ploveći deo teritorije” države kojoj pripada.

²³ Dovoljno je podsetiti da čl. 41/3 Bečke konvencije o diplomatskim odnosima (1961) preci-

I pored toga, praksa, kao i uvek, poznaje i određene izuzetke i granične slučajeve. Čak i danas strane ambasade su ponekad sklone da pruže neku vrstu utočišta licima za koja veruju da su žrtve nezakonitog ili bar nepravednog progona. Navešćemo nekoliko primera.²⁴

Za vreme Mađarske revolucije (1956) grupa mađarskih političara na čelu sa premijerom Imreom Nađom (mađ. Imre Nagy) našla je utočište u ambasadi Jugoslavije u Budimpešti. Premda je novi mađarski lider, Janoš Kadar (János Kádár) pismeno garantovao bezbedan slobodan prolaz ovih lica, autobus sa njima je skrenut sa puta i ona su uhapšena od strane sovjetskih snaga, a zatim predata novim mađarskim vlastima. Na tajnom procesu Nađ je osuđen za izdaju i pogubljen.

U isto vreme i u vezi sa istim događajem u Budimpešti je 1956. utočište u zgradi ambasade SAD dobio kardinal Jožef Mindsenti (József Mindszenty). Premda se verovalo da je reč o privremenom rešenju, ono se produžilo na punih 15 godina, što je postalo ozbiljan problem za sve – i za kardinala (jer je bio u nekoj vrsti kućnog pritvora), i za ambasadu SAD (jer je morala da se stara o tome da Mindsentiju omogući što pristojniji život), i za mađarske vlasti (jer se kardinal pretvorio u neku vrstu posebnog političkog disidenta). Kardinal je napustio zgradu ambasade i oputovao u Vatikan tek 28. 9. 1971, nakon sporazuma postignutog sa papom Pavlom VI.

Zabeleženi su i slučajevi grupnog, pa i masovnog traženja diplomatskog azila. Tako je 1989. g., neposredno pred pad Berlinskog zida, oko hiljadu državljana Istočne Nemačke prodrlo u ambasadu Zapadne Nemačke u Pragu i zatražilo azil. Između tri uključene zemlje nastala je komplikovana politička situacija, koja je rešena tako što su vlasti Čehoslovačke dopustile pomenutim licima da posebnim vozom oputuju u Zapadnu Nemačku.

Najpoznatiji slučaj iz savremene prakse tiče se australijskog novinara Džulijana Asanza (Julian Assange), osnivača poznatog internet sajta Vikiliks (engl. WikiLeaks)²⁵ na kojem je objavljen ogroman broj poverljivih dokumenata koji kompromituju pojedine vlade, među njima i vladu SAD.²⁶ U momentu kada

zira da se prostorije diplomatske misije ne smeju upotrebljavati za ciljeve koji nisu u skladu sa funkcijama misije onako kako su određene tom konvencijom ili drugim pravilima opšteg međunarodnog prava ili posebnim sporazumima na snazi između države koja akredituje i države kod koje se akredituje, te na činjenicu da davanje azila nipošto ne spada u funkcije diplomatskog predstavništva.

²⁴ Krivokapić, B., op. cit., 587–588.

²⁵ www.wikileaks.org/

²⁶ Objavio je više od 250.000 depeša, izveštaja i drugih poverljivih dokumenata koje su mu

se Asanž nalazio u Ujedinjenom Kraljevstvu, Švedska je tražila njegovo izručenje zbog navodnog silovanja. Asanž je to odbacio kao nameštaljku i izjavio da se u stvari radi o nameri da se on izruči Švedskoj da bi ga ona isporučila vladi SAD, kako bi mu ova zbog objavljivanja tajnih dokumenata sudila za špijunažu. Tvrdeći da ne može biti reči o špijunaži (jer se nije bavio špijuniranjem, već je samo objavljivao dokumente koje su mu drugi dostavljali, što i jeste posao novinara) Asanž je zatražio i 16. 8. 2012. dobio azil u ambasadi Ekvadora u Londonu. Obrazlažući davanje azila, ministar spoljnih poslova Ekvadora je istakao da su Asanžova strahovanja od političkog suđenja opravdana. U narednih sedam godina Asanž je živeo u ambasadi Ekvadora. Britanske vlasti nisu pokušavale da upadnu u prostorije misije i na silu ga izvedu odatle, ali ni on nije smeo da izađe na ulicu, znajući da će, ako to učini, odmah biti uhapšen. Nakon što su izjavile da je prekršio uslove pod kojima mu je dat azil, vlasti Ekvadora su Asanžu 11. 4. 2019. ukinule azil i predale ga Britancima, koji su ga odmah uhapsili. Nakon što je londonski Visoki sud 10. 12. 2021. doneo odluku da on može biti izručen SAD, Asanž se žalio ali je Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva odbacio tu žalbu. Dok ovo pišemo, Asanž suštinski čeka da bude izručen SAD.

Premda su privukli manju pažnju javnosti, bilo je i drugih slučajeva. Tako je 1996. g. predsednik Burundija Ntibantunganja (Sylvestre Ntibantunganya) posle državnog udara našao utočište u ambasadi SAD u kojoj je proveo 11 meseci; 2012. g. dotadašnji predsednik Malija Ture (Amadou Toumani Toure) je nakon državnog udara spas našao u ambasadi Senegala, u kojoj je ostao četiri meseca; 2012. g. kineski disident Guančeng (Chen Guancheng) našao je utočište u ambasadi SAD u Pekingu, gde je proveo šest dana i ubrzo sa porodicom emigrirao u SAD; 2013. g. bivši predsednik Maldiva Našid (Mohamed Nasheed) je spas od hapšenja potražio u prostorijama ambasade Indije gde je ostao 10 dana; itd. Jedan od kurioziteta je činjenica da su nakon njegovog pada, četvorica visokih funkcionera prethodnog režima u Etiopiji pobegla u ambasadu Italije, u kojoj su dvojica ostala do svoje smrti (dve odn. 13 godina) dok su preostala dvojica odatle izašla tek 30. 12. 2020, kada su dobili pomilovanje i nakon što su u prostorijama misije proveli 29 godina, sedam meseci i tri dana.

Ovde ja važno zapaziti da se u navedenim i sličnim slučajevima zapravo nije radilo o stvarnom diplomatskom azilu. Da podsetimo, prema opštem međunarodnom pravu, diplomatska misija nema pravo da pruža utočište. Stoga ako prihvati u svoje prostorije neko lice i dozvoli mu da u njima boravi, takav postu-

dostavili tzv. uzbunjivači, a koji su svedočili o ratnim i drugim zločinima američkih snaga i njihovih saveznika, o stradanjima civila u Avganistanu, Iraku i druge i dr.

pak sam po sebi nema pravni značaj. Na delu je politička odluka i procena koja počiva na uverenju da će teritorijalna država poštovati nepovredivost prostorija diplomatske misije i neće pokušavati da na silu proдре u njih.²⁷

Gledajući iz drugog ugla, premda formalno ne priznaju ovaj vid azila, države ga u praksi faktički ipak obično poštuju. Razlog je što bi drugačije postupanje (nasilni upad radi hapšenja odnosnog lica) predstavljalo ozbiljno kršenje osnovnog principa savremenog međunarodnog prava o zabrani upotrebe sile i pretnje silom u međunarodnim odnosima i istovremeno značilo gaženje jednog od najstarijih načela diplomatskog prava, onog o nepovredivosti prostorija diplomatske misije. Kada bi se to jednom dozvolilo, takva praksa bi se mogla proširiti u smislu da bi čak i sa lažnim i izmišljenim razlozima, teritorijalne države mogle kršiti nepovredivost pomenutih prostorija što bi onda obesmisllilo i samo postojanje diplomatskih predstavništava. Takav razvoj događaja sasvim sigurno nije u interesu nikome. Pored toga, nasilni upad radi hapšenja nekog lica doveo bi i do vrlo ozbiljnih političkih posledica – teško bi pokvario odnose između države imenovanja i države prijema, izazvao bi opravdanu osudu svetske javnosti, dao bi povod opoziciji u državi prijema da oštro kritikuje vladu itd.

Ipak, treba voditi računa o tome da sve rečeno važi samo za opšte (univerzalno) međunarodno pravo kao i za većinu, ali ne i sva regionalna međunarodna prava. Naime, suprotno onome što važi u ostatku sveta, u odnosima između mnogih država Latinske Amerike postoji regionalni običaj davanja diplomatskog azila onima koji su žrtve političkih progona, koji je, štaviše, potvrđen i preciznije uređen putem niza međunarodnih ugovora.²⁸ Njima je utvrđen niz zanimljivih pravila – da se diplomatski azil ne može davati običnim kriminalcima i vojnim beguncima, da država prijema ima pravo da traži da lice koje je dobilo azil u stranoj diplomatskoj misiji napusti njenu teritoriju, ali mu u tom slučaju mora obezbediti nesmetan izlaz iz zemlje; itd.²⁹

²⁷ Pošto drugi oblik tzv. spoljnog (ekstrateritorijalnog) azila predstavlja zaštita koja se daje na stranom ratnom brodu, jasno je da slično kao šef diplomatske misije rezonuje i zapovednik takvog broda koji je primio progonjeno lice. Štaviše, on je još sigurniji u svoju poziciju, posebno ako je reč o ratnom brodu dovoljno moćne zemlje, iz razloga što je brod deo oružanih snaga države kojoj pripada. Stoga bi primena sile protiv njega predstavljala napad na oružane snage te države, a to bi u većini slučajeva moglo značiti početak oružanog sukoba između dve zemlje, što onda može izmaći svakoj kontroli.

²⁸ Havanska konvencija o azilu (1928), Konvencija o političkom azilu (1933) i Konvencija o diplomatskom azilu (1954).

²⁹ O diplomatskom azilu: Kleiner J., *Diplomatic Practice: Between Tradition and Innovation*, World Scientific 2009, 167–182; Behrens P., „The Law of Diplomatic Asylum – A Contextual Approach“, *Michigan Journal of International Law*, 2/2014, 319–367; Levander T.: „Using

Samo u posljednjih nekoliko godina diplomatski azil su u zemljama Latin-ske Amerike koristili, između ostalog, sedam lica u Venecueli 2017, u ambasadi Čilea, u trajanju između 83 dana i nešto manje od tri godine; dva lica u Venecueli 2019. u ambasadama Argentine i Meksika, u trajanju od nešto više od jednog odnosno četiri meseca; devet lica u Boliviji 2019, u ambasadi Meksika, u trajanju od više od 10 meseci; itd.

3. Privremeno sklonište. – Sa diplomatskim azilom, posebno tzv. fakičkim diplomatskim azilom, ne treba mešati drugu pojavu koja uz određene sličnosti ima suštinski drugačiju prirodu, a koja je poznata kao tzv. pravo privremeno sklonište (fr. *droit de refuge*).³⁰

U pitanju je međunarodni običaj koji se svodi na to da za vreme stanja opasnosti (pobune, nereda, pogroma itd.) strana diplomatska misija može pružiti gostoprimstvo ne samo sopstvenim, već i državljanima drugih država, pa čak i državljanima države prijema. Bitne karakteristike takvog privremenog skloništa po kojima se razlikuje od tzv. diplomatskog azila su: 1) ono se ne daje da bi se odnosno lice zaštitilo od progona vlasti teritorijalne države, već da bi mu se pružio spas od uličnih borbi, linča, masovnog nasilja i sličnih opasnosti; 2) mada to nije obavezno pravilo, tzv. diplomatski azil se daje pojedincu ili maloj grupi, dok je broj korisnika privremene zaštite obično veći; 3) kao što mu i ime kaže, privremeno sklonište je vremenski ograničeno u smislu da traje samo dok postoje razlozi zbog kojih je pruženo – čim organi teritorijalne države (svejedno da li oni kojima upravlja prethodna ili neka nova vlast) uspostave pravni poredak, diplomatska misija je dužna da na njihov zahtev preda lica kojima je pružila sklonište.

4. LJUDSKO PRAVO NA AZIL

U posebnom značenju pod azilom se ima u vidu i jedno specifično ljudsko pravo. Obično se pominje kao „pravo na azil“, premda bi tačnije bilo da se kaže „Pravo da se traži azil“. Ovo zbog toga što se ne radi o pravno zajamčenom ovlašćenju da se *dobije* utočište, već o pravnoj mogućnosti da se ono na utvrđeni način *traži*. U tom smislu ispravnije bi bilo da se govori o pravnoj mogućnosti, a ne o pravu u užem smislu.³¹

the Julian Assange Dispute to Address International Law's Failure to Address the Rights of Diplomatic Asylum“, *Brooklyn Journal of International Law*, 1/2014, 443–486.

³⁰ Krivokapić B., op. cit., 589.

³¹ To nije jedini takav slučaj, naprotiv. Mnoga zajamčena ljudska prava su zapravo pravne mogućnosti. Tako npr. svako ima “pravo” da bude biran odn. imenovan na najviše državne funk-

Premda je predviđeno nizom međunarodnih dokumenata, od kojih su neki citirani na prethodnim stranama, ovo pravo je skopčano sa nizom ograničenja. Najvažnija među njima tiču se subjektivnih momenata (titulara prava), mesta gde se pravo uživa i sadržine samog prava.

1. Titular prava. – Pravo na traženje azila odn. uživanje odobrenog azila, pripada samo stranim državljanima ili apatridima. Ono je, dakle, opšte utoliko što ga, kada se ispune predviđeni uslovi, u principu mogu uživati svi ljudi, ali je i posebno u smislu da pripada samo onima koji ispunjavaju te uslove tj. spadaju u ugroženu kategoriju ljudi koji pri tome nisu domaći državljani. I zaista, bilo bi besmisleno da država daje utočište sopstvenom državljaninu, štiteći ih od sebe same. U nekim slučajevima domaći državljanin može naći zaštitu u prostorijama diplomatske misije odnosne države u stranoj zemlji, ali tada se ne radi o ustanovi azila, već o nečemu drugom, najčešće o nekom obliku tzv. diplomatske zaštite.

Pored državljanstva, postoji još jedan važan uslov koji se tiče titulara prava. Svodi se na to da je u pitanju lice koje je izloženo političkom, verskom, rasnom i sličnom progonu. Gledano iz drugog ugla, potrebno je da se njegovo izručenje ne traži zbog nepolitičkog (običnog) ili nekog međunarodnog krivičnog dela (genocida, zločina protiv čovečnosti itd.).

2. Mesto gde se pravo uživa. – Već po prirodi stvari ovo pravo se ostvaruje samo u inostranstvu. To, drugim rečima, znači izvan državne teritorije odnosno prostora koji je pod jurisdikcijom države čije državljanstvo ima odnosno lice. Ovaj momenat je specifičan u slučaju tzv. spoljnog azila, onog koji se daje u prostorijama strane diplomatske misije ili na ratnom brodu, ali to je izuzetna situacija o kojoj je bilo reči.

3. Sadržina prava. – Relevantni međunarodni sporazumi u odgovarajućim odredbama preciziraju da „svako ima pravo da traži i dobije azil“ u stranoj državi.³² Drugim rečima, priznaje se samo tzv. teritorijalni azil u stranoj zemlji, na koji ima pravo „svako“.

Međutim, premda naizgled sve izgleda jasno, citirana formulacija zapravo ne odražava pravu sadržinu pravnog pravila o kojem je reč. Kao što je već istaknuto, u pitanju je samo pravo *da se traži*, a tek onda ako je i kada je on odobren,

cije, ali se zapravo radi o tome da ima pravo da se kandiduje za njih pod istim uslovima kao svi drugi, dok je sasvim drugo pitanje da li će zaista biti i izabran odn. imenovan, što zavisi od čitavog niza okolnosti, kao što su rezultati izbora, odnos političkih ili interesnih snaga itd.

³² Tako npr. čl. 14 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, čl. 22/7 Američke konvencije o ljudskim pravima (1969) i čl. 12/3 Afričke povelje o ljudskim pravima i pravima naroda (1981).

i da se zaista uživa azil. Drugim rečima, pravo da se traži azil ne znači i pravo da se on obavezno dobije. O tome je već bilo reči.

U svakom konkretnom slučaju odluku o tome da li će pružiti utočište daje nadležni organ teritorijalne države uz uzimanje u obzir svih bitnih činjenica. Radi se o diskrecionom pravu nadležnog organa, što nije i ne može biti sporno. U potvrdu tome dovoljno je podsetiti da i međunarodni sporazumi koji jamče pravo da se traži i (eventualno) dobije azil, preciziraju da je to „u skladu sa zakonodavstvom te zemlje i međunarodnim konvencijama.“³³

5. SUBJEKTIVNO PRAVO

U vezi sa pravom na azil može se zapravo govoriti o dva subjektivna prava, priznata međunarodnim pravom: onom koje pripada državi i onom koje pripada konkretnom licu (tražioci azila).

1. Subjektivno pravo države. – S obzirom na to je da je suverena jedinka, protiv koje se, shodno međunarodnom pravu, ne sme upotrebljavati sila pa ni pretnja silom, svaka država ima pravo da uređuje i rešava odnose pod svojom jurisdikcijom onako kako misli da je to za nju najbolje, sve dok time ne narušava međunarodno pravo i zakonita prava drugih.

Ona posebno ima tzv. teritorijalnu nadležnost tj. nadležnost nad svim licima i predmetima na svojoj teritoriji. Upravo to što je država najviša vlast na svojoj teritoriji koja nije dužna da se potčinjava zahtevima nijedne druge vlasti, pa ni zahtevima drugih država, i predstavlja pravni osnov ovlašćenja da se pruži utočište. Drugim rečima, pravo da se nekome da azil odnosno da se neko ne izruči, samo je deo suverenih prava države.

2. Subjektivno pravo konkretnog lica. – Premda, što je istaknuto, pravo na azil ne znači to da on mora obavezno biti dobijen, o pravu azila može se govoriti u jednom posebnom značenju, s tim da se tada ima u vidu situacija u kojoj se nalazi lice kojem je odobreno utočište u stranoj zemlji. U pitanju je onda njegovo posebno subjektivno pravo, tačnije specifičan pravni status, shvaćen kao skup konkretnih međusobno povezanih prava. Takav status u prvom redu znači zaštitu odnosnog lica od izručenja drugoj državi, ali i niz drugih prava kojima mu se obezbeđuju uslovi za normalan život – pravo na odgovarajući smeštaj i ishranu, pravo na mogućnost zaposlenja, pravo na zdravstvenu zaštitu, prava iz domena obrazovanja i dr. Krug tih pratećih prava može se donekle razlikovati od države do države.

³³ Čl. 22/7 Američke konvencije o ljudskim pravima (1969), čl. 12/3 Afričke povelje o ljudskim pravima i pravima naroda (1981).

6. ZAKLJUČAK

Prema izloženom, ustanova azil jedan je on najstarijih pravnih instituta, koji ima i praktični i teorijski značaj. Bez obzira na procese globalizacije i stalno krunjenje njihovog suvereniteta, sve dok postoje države kao suverene jedinice države će zadržati pravo da na svojoj teritoriji daju utočište licima koja iz nekog razloga progone druge države.

Štaviše, može se očekivati da će paralelno sa novinama koje donosi sutrašnja nastati neki novi oblici azila i neka nova pitanja koja će zahtevati međunarodnopravno regulisanje. Pri tome posebno mislimo na jačanje subjektiviteta međunarodnih organizacija i time pitanje da li će i one u nekom trenutku zahtevati da im se prizna da u nekim okvirima mogu da pružaju utočište progonjenima i, naročito, na očekivane prodore u osvajanju kosmosa i naseljavanju nebeskih tela, što će otvoriti potpuno nove perspektive.

7. LITERATURA

1. Behrens Paul (2014) „The Law of Diplomatic Asylum – A Contextual Approach“, *Michigan Journal of International Law* No. 2, 319-367.
2. Безверхов А. Г., Кривокапич Б. Д. (2022) „О комплексном понимании убежища по праву“, Вестник Тверского государственного университета, Серия „Право“, No 1, 106-113.
3. Boed Roman (1994) “The State of the Right of Asylum in International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, No. 1, 1-33.
4. Costello Cathryn (2012) “Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored”, *Human Rights Law Review*, No, 2, 287-339.
5. Edwards Alice (2005) “Human Rights, Refugees, and the ‘Right to Enjoy’ Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, No. 2, 293-330.
6. Fiddian-Qasmiyeh Elena, Loescher Gil, Long Katy, Sigona Nando (2017) *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford University Press, 2014; Nicholson Frances & Kumin Judith, *A guide to international refugee protection and building state asylum systems*, Inter-Parliamentary Union & UN High Commissioner for Refugees.
7. Green L. C. (1961) “The Right of Asylum in International Law”, *University of Malaya Law Review*, No. 2, 223-242.
8. *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration* (2020), EU Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, www.echr.coe.int/documents/handbook_asylum_eng.pdf, 5. 6. 2022.
9. Harvey Colin (2015) “Time for Reform? Refugees, Asylum-seekers, and Protection Under

- International Human Rights Law”, *Refugee Survey Quarterly*, No. 1, 43–60.
10. Kleiner Juergen (2009) *Diplomatic Practice: Between Tradition and Innovation*, World Scientific, 167-182.
 11. Krivokapić Boris (2017) *Međunarodno javno pravo*, Beograd, Poslovni i pravni fakultet & Institut za uporedno pravo.
 12. Levander Thomas (2014) „Using the Julian Assange Dispute to Address International Law’s Failure to Address the Rights of Diplomatic Asylum“, *Brooklyn Journal of International Law*, No. 1, 443-486.
 13. Lavrysen Laurens, „European Asylum Law and the ECHR: An Uneasy Coexistence“, *Goettingen Journal of International Law*, N. 4, 2012, 217-262
 14. Loddo Laura, ed. (2020) „Political Refugees in the Ancient Greek World: Literary, Historical and Philosophical Esseys“, *Pallas Revue d’etudes antiques*, No. 112.
 15. Mole Nuala (2000), *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000; *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, EU Agency for Fundamental Rights & Council of Europe
 16. O’Nions Helen (2017) *Asylum – A Right Denied: A Critical Analysis of European Asylum Policy*, Routledge.
 17. Rabben Linda (2016) *Sanctuary and Asylum: A Social and Political History*, University of Washington Press.
 18. Sinn Ulrich (1993) „Greek sanctuaries as place of refuge“, in: Marinatos Nanno & Hägg Robin (eds.) *Greek Sanctuaries: New approaches*, London and New York: Routledge, 70-87.
 19. Trifunović Ana, ur. (2022) *Pravo na azil u Republici Srbiji 2021*, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava, www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2014/01/Pravona-azil-u-Republici-Srbiji-2021.pdf, 5. 6. 2022.
 20. UNHCR: 84 million forcibly displaced people worldwide (2021), 10 November 2021, www.unhcr.org/refugee-statistics/, 5. 6. 2022
 21. UNHCR: The Refugee Brief – 6 May 2022 (2022), www.unhcr.org/refugeebrief/the-refugee-brief-6-may-2022/, 5. 6. 2022
 22. UNHCR: A record 100 million people forcibly displaced worldwide (2022), UN, 24 May 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/05/1118772>, 5. 6. 2022.
 23. Weis Paul (1966) “The Right of Asylum in the Context of the Protection of Human Rights in Regional and Municipal Law”, *International Review of the Red Cross*, No. 66, 470-477.
 24. Weis Paul (2014) “The Development of Refugee Law”, *Michigan Journal of International Law*, 1/1982, 27-42; Hathaway James C. & Foster Michelle, *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press.
 25. Worster William Thomas (2014) “The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, No. 4, 477-499.

Academician Prof. Boris Krivokapić, PhD³⁴

ASYLUM IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

Abstract: *The paper seeks to shed light in a new way on the long-known institute of asylum. For that purpose, asylum is first viewed as a legal institute, which is treated both from the point of view of the domestic (national) law of states and from the standpoint of international law, with the author citing interesting examples from practice. Asylum is then analyzed as factual behavior, with a distinction being made between the behavior in the realization of established legal solutions and the factual granting of asylum. The author also refers to the problem of the so-called diplomatic asylum, as well as the difference between it and the so-called temporary shelter. In the third part of the paper, asylum is viewed as a human right, with the indication of the relevant conditions or restrictions concerning the holder (beneficiary), places where asylum is enjoyed, and the content of the rights themselves. Finally, in the fourth part, asylum is seen as a subjective right, with the author emphasizing that we can talk about two subjective rights, recognized by international law: the one that belongs to the state and the one that belongs to a specific person (asylum seekers). In conclusion, the author states that not only will their right to provide asylum on their territory will last as long as states remain sovereign entities, but new forms of asylum and some new issues may arise that will require international legal regulation. Thus, one can imagine possible asylum that, within certain limits, could be provided by international organizations and, in particular, new perspectives that can be expected due to the upcoming breakthroughs in the conquest of space and the settlement of celestial bodies.*

Keywords: *asylum, international law, states, diplomatic asylum*

³⁴ Academician of the Russian Academy of Natural Sciences (RAEN, Department of Socio-Economic and Legal Affairs, Moscow); Full Professor of Faculty of Business and Law, University "MB" (Belgrade); Professor of Law Faculty of the Samara National University "Academician S. P. Korolev (Samara). +381 64 22 00907, krivokapicboris@yahoo.com.

О РАСКИДУ УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ У РЕЖИМУ БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Проф. др Александар Ђирић¹

Апстракт: Одговорност за неиспуњење или неуредно испуњење уговором преузетих обавеза представља централни проблем сваког уговорног односа, не искључујући ни уговор о међународној продаји робе. Предмет излагања и централно питање у овом раду исцрпљују се разматрањима о појединим питањима од кључног значаја за раскид за случај повреде обавеза из уговора о међународној продаји робе у правном режиму Конвенције Организације Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција, 1980). Посебна пажња посвећена је анализама о значају битне повреде, једностраној вансудској изјави о раскиду и њеној накнадној судској контроли, као и о процедури и дејству раскида уговора.

Кључне речи: Конвенција ОУН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција 1980), уговор о међународној продаји робе, битна повреда уговора, изјава о вансудском раскиду уговора, право продавца на раскид уговора, право купца на раскид уговора, процедура раскида уговора, дејство раскида уговора.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

1) Право уговорних страна на раскид уговора о међународној продаји робе један је од начина престанка уговора. Оно омогућава примену крајња мере (*ultima ratio*), којом се продавац и купац могу користити за случај повреде уговора о продаји робе у међународном пословном промету.

¹ Департман за правне и Департман за економске науке, Државног универзитета у Новом Пазару. Раније дугогодишњи редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, mail: aciric@prafak.ni.ac.rs

Раскид је један од начина престанка уговора пре истека времена на који је закључен. Бечка конвенција (БК) не предвиђа аутоматски раскид пуноважно закљученог уговора. Сагласно чл. 26 БК, изјава о раскиду уговора има правно дејство једино ако је о њој обавештена друга страна.

Дакле, једна од страна може раскинути уговор изричитом вансудском изјавом другој страни о раскиду. Страна која има право да уговор раскине, мора на јасан, безуслован и недвосмислен начин, једностраном изјавом о раскиду, о томе обавестити другу страну, у разумном року.²

2) Постојање битне повреде кључни је раскидни разлог коме Конвенција придаје раскидно дејство на коме се заснива право уговорних страна на раскид уговора. Њено одређење произлази из члана 25 БК: „Поведа уговора коју чини једна страна сматраће се битном уколико се њоме проузрокује таква штета другој страни да је суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора, изузев ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду, нити је може предвидети разумно лице истих својстава у истим околностима.“

Битна повреда представља посебан или квалификовани облик неиспуњења или неуредног испуњења уговора и може постојати код повреде било које уговорне обавезе.³ Начелно, ако је повреда уговора битна, друга страна овлашћена је да раскине уговор.⁴

Редактори Конвенције прихватили су концепт битне повреде уговора као одлучујући критеријум за одређивање правних средстава која стоје на располагању уговорним странама – купцу или продавцу, за случај да једна од њих не испуни уредно уговором преузете обавезе.⁵

Да би повреда могла да се квалификује битном, потребно је испуњење најмање три услова, и то: а) постојање повреде било које обавезе, која је директно уговором предвиђена, или која произлази из уговора и/или Конвенције; б) повреда обавезе једне стране из уговора за последицу има

² Видети чл. 26 Конвенције. О томе: Ј. Вилус, Коментар Конвенције Организације Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција из 1980), Информатор, Загреб, 1981, стр. 135.

³ Р. Вукадиновић, Међународно пословно право, Крагујевац, 2012, стр. 535.

⁴ J. S. Ziegel, C. Samson, Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, July 1981, p. 23; рад је доступан на сајту <http://cisg.law.pace.edu>

⁵ Овај концепт садржан је и у члану 10 Једнообразног закона. Порекло му је у приступу англосаксонског права да приликом разрађивања система санкција у центар свих разматрања треба ставити уговор као највиши израз воље уговорних страна и проценити у којој је мери извршена повреда уговора. Видети више у: Вилус, *op. cit.*, стр. 83.

суштинско лишавање друге стране онога што је она од уговора оправдано очекивала, и в) чињеница да је страна која је повреду извршила, предвидела да се таквом повредом друга страна суштински лишавала онога што је оправдано очекивала од уговора, или је суштинско лишавање могло предвидети разумно лице истих својстава, које би се нашло у истим околностима као и страна која чини повреду.

Незаобилазан услов чије је испуњење потребно да би се повреда уговора сматрала битном јесте губитак интереса друге стране за извршењем уговора, услед њеног суштинског лишавања онога што је од уговора очекивала. За просуђивање постојања овакве последице настале услед повреде уговора, која је предуслов да би се она сматрала битном, кључне су одредбе конкретног уговора о међународној продаји.

На значај који придају појединим конкретним обавезама из уговора, стране могу указати на изричит начин, тако што ће уговорити право на раскид уговора за случај њиховог неизвршења, или неуредног испуњења.⁶ Тако, повреда обавезе продавца да робу упакује у складу са уговором не представља битну повреду уговора у смислу релевантних норми Конвенције, чак и ако је роба услед повреде обавезе паковања оштећена. Повреда ове врсте ће, међутим, имати карактер битне, ако је купац уговором изричито тражио адекватно паковање због даљег транспорта или ради препродаје робе. Такође, за случај да је продавац повредио обавезу осигурања робе у транспорту, та повреда ће бити битна ако изостанак осигурања спречава купца да прода робу у транзиту, чак и уколико није дошло до оштећења робе током превоза.⁷

Трећи услов који повреду чини битном је да је страна могла предвидети да се њоме друга, уговору верна страна, суштински лишавала онога што је оправдано очекивала од уговора, или да је суштинско лишавање могло предвидети разумно лице истих својстава у истим околностима. Оцена предвидивости последица може се извести на основу самог уговора, али и из околности у којима је уговор закључен или под којима се извршава. Уговорне стране могу у уговору на изричит или прећутан начин дати посебан значај некој обавези, или начину њеног извршења. Стране, на пример, могу уговорити фиксни датум испоруке, нагласити место испоруке као би-

⁶ R. Koch, *The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 1998, стр. 177–354, p. 215.

⁷ Примери наведени у: P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 1998, p. 59–60.

тан елемент, или уговорити одређена својства која мора да има испоручена роба. Тиме оне посебан значај придају и последицама које настају непоштовањем таквих одредаба. Продавац се не би могао истицати приговоре да није могао да предвиди последице које би евентуално проистекле из неизвршења или неуредног испуњења тако преузетих обавеза.⁸ Из начина формулације описаног услова произлази да је **onus probandi** непредвидљивости суштинског лишавања интереса, који друга страна очекује од уговора, као услов ослобођења или ограничења од одговорности, на страни учесника у послу, који је повредио уговор.⁹

Питање времена предвидљивости суштинског лишавања интереса друге стране није уређено Конвенцијом. У теорији има мишљења да би било оправдано да се време предвидљивости суштинског лишавања веже за време закључења уговора. Овај став се аргументује хипотетичким примером: уговор по коме обавеза продавца да робу испоручи у тачно одређено време није од суштинског значаја за купца, не може се трансформисати у уговор у коме је та обавеза кључна за испуњење обавезе продавца, на основу чињенице да је продавац, након закључења уговора, сазнао о намери купца да робу препрода у тачно одређено време. Дакле, доцња продавца са испоруком не би се могла сматрати битном повредом уговора ако у време његовог закључења продавац није знао за интерес купца о даљој препродаји робе у неко одређено време.¹⁰

У сваком случају, потпуно неиспуњење основне обавезе, на пример, неиспука робе, или неисплата цене, у пракси би се свакако сматрало битном повредом уговора, под условом да у томе нема доприноса друге стране.

3) Битна повреда може настати и за случај тзв. антиципативне повреде уговора (енг. *anticipatory breach*). Ова врста повреде подразумева постојање јасне намере једне уговорне стране или постојање околности (на пример, стечај), које, још пре рока доспелости конкретне обавезе, указују на то да продавац, на пример, неће испоручити робу, односно да купац неће платити цену, што даје право уговору верној страни на раскид, сагласно чл. 72 ст. 1 Конвенције. Из члана 73 ст. 2 БК произлази да се, код продаје са сукцесивним испорукама, раскид испоруке прве партије робе може разумно процењивати као раскид и осталих уговора о сукцесивној испоруци.

⁸ Р. Вукадиновић (2012), *op. cit.*, стр. 539–540.

⁹ Видети више у: Ј. Вилус, *op. cit.*, стр. 87.

¹⁰ Р. Schlechtriem, *op. cit.*, p. 60.

Постојање вишеструких повреда уговора чини процену о постојању битне повреде уговора вероватнијом, при чему суд или арбитража о томе мора просуђивати према конкретним околностима.

4) Доцња, како у вези са испоруком, тако и у односу на исплату цене, сама по себи не представља битну повреду уговора, осим ако уговорне стране нису закључиле фиксни уговор, или ако рок испуњења обавезе има карактер битног елемента уговора, који произлази из очигледних конкретних околности уговорног односа (на пример, испорука сезонске робе). Време извршења обавезе поприма карактер битног елемента уговора и за случај остављања додатног примереног рока за испоруку, или за плаћање цене.¹¹

5) Испорука несаобразне робе може се сматрати битном повредом уговора, за случај да купац не може употребити робу сходно њеној намени, или ако је услед њених недостатака не може препродати без посебних тешкоћа (енг. *without unreasonable inconvenience*), упркос примени разумних напора (енг. *with reasonable effort*). У арбитражној и судској пракси се повреда уговора по овом основу најчешће не квалификује битном, уколико она не наноси знатне тешкоће другој уговорној страни.

б) Поред наведених, и друге врсте повреде уговора могу се сматрати битним, за случај да оне испуњавају услове садржане у самој дефиницији овог појма – суштинско лишавање оправданог очекивања и предвидивост. Тако, на пример, за случај да неизвршење обавезе спецификације робе од стране купца представља битну повреду уговора, продавац може раскинути уговор и тражити надокнаду штете.

7) Норма БК о битној повреди уговора, садржана у чл. 25, може створити практичне проблеме судовима и арбитражама у просуђивању да ли купац или продавац имају право на раскид уговора о међународној продаји. Стога, и саме уговорне стране могу уговором дефинисати критеријуме постојања битне повреде, или ограничити право на раскид,¹² уколико желе да одступе од примене одредбе БК о битној повреди уговора, као раскидном разлогу са раскидним дејством.

8) Нужно је разликовати појмове раскида уговора и престанка обавеза уговорних страна.¹³ Раскид је могућ само до истека рока на који је уговор закључен. Уговорне стране имају право на раскид уговора све до његовог престанка на било који легитиман начин. Време важења уговора утврђују

¹¹ У вези са тим, видети: чл. 49 ст. 1 (b) и чл. 64 ст. 1 (b) Конвенције.

¹² J. S. Ziegel, C. Samson, *op. cit.*, стр. 24.

¹³ М. А. Егорова, *Правовая природа расторжения договора*, Юрист, 2013, стр. 17.

уговорне стране, осим за случај да то питање није решено на други начин, на пример, законом.

Истеком рока за испуњење обавеза уговорних страна, пре истека рока важења уговора, обавезе се нису угасиле, као ни сам уговор. У режиму БК допушта се продужење рока важности уговора, чиме се мења и рок важности уговором преузетих обавеза. Код истека рока на који је уговор закључен његово дејство у целини престаје.

Са друге стране, обавеза може престати и пре истека рока за њено испуњење. Тако, на пример, истеком рока важности уговора престаје уговорна обавеза као догађај, независно од воље његових страна.

9) Раскидом уговора у режиму БК, престају обавезе уговорних страна од момента обавештења о његовом раскиду. Дакле, раскидом уговора долази до превременог престанка преузетих обавеза уговорних страна.

10) Неопходно је разликовати институте раскида и отказа уговора. Код отказа, страна која га изјављује није у обавези да наведе ни један отказни разлог, али ће зато имати одговорност у вези са свим последицама које из једностране изјаве о отказу и престанку уговора могу да проистекну.

2. РАСКИД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ ПРЕМА НОРМАТИВНОМ РЕЖИМУ БК

2.1. Право купца на раскид уговора о међународној продаји робе

Продавац робе одговоран је купцу за случај да не испуни или неуредно изврши било коју обавезу из уговора о продаји. Купац може, према условима предвиђеним Бечком конвенцијом, захтевати од продавца: а) извршење уговора; б) снижење цене и в) раскид уговора.¹⁴

Купац, поред тога, има право да захтева накнаду штете, за случај да је она услед повреде уговора од стране продавца и настала.¹⁵

Уколико су испуњени услови за коришћење неког од наведених права, купац има право њиховог избора (лат. *ius varandi*). Он не може користити права која су међусобно искључива – на пример, ако изабере смањење цене и при томе задржи испоручену робу, у обавези је да умањену цену плати, а

¹⁴ Правна средства купца за случај повреде уговора од стране продавца предвиђена су чл. 45 Конвенције.

¹⁵ Видети чланове 72–77 Конвенције.

ако жели да уговор раскине, робу мора вратити.¹⁶

Конвенција изричито искључује право судова и арбитража да продуже рок извршења обавезе продавца, за случај да купац оптира за одређено правно средство расположиво за случај повреде уговора од стране продавца.¹⁷

Када купац жели да користи право на раскид уговора, Конвенција нормира две ситуације: а) продавац није испоручио робу и б) продавац је робу испоручио.

Купац има право на раскид када роба није испоручена ако: аа) неизвршење било које обавезе, коју продавац има на основу уговора, или Конвенције, представља битну повреду уговора, или аб) продавац није испоручио робу у додатном року (енг. a grace period; фр. un délai de grâce; рус. льготный срок), који му је купац одредио за испоруку, или је изјавио да је неће испоручити у тако одређеном року.¹⁸ У оваквој ситуацији, право на раскид не подразумева постојање битне повреде уговора, већ су последице неизвршења обавезе продавца у накнадном року еквивалентне последицама такве повреде.¹⁹

За случај да је продавац испоручио робу, право на раскид је ограничено. Наиме, купац губи право да раскине уговор када је роба испоручена, уколико то није учинио: ба) у разумном року у односу на задоцнелу испоруку, рачунајући од тренутка кад је сазнао да је испорука извршена; бб) у односу на било коју другу повреду, сем задоцнеле испоруке, у разумном року након што је сазнао, или морао сазнати за повреду; бв) по истеку сваког додатног рока који је купац одредио за испоруку, или пошто је продавац изјавио да неће извршити своје обавезе у додатном року²⁰; бг) по истеку сваког додатног рока, након истека рока испоруке, који је одредио продавац, односно пошто је купац изјавио да неће прихватити извршење у тако одређеном року.²¹

Код неиспоруке робе, купац има право да у сваком тренутку раскине уговор, под претпоставком да су испуњени предходни услови за раскид.

¹⁶ В. Стојиљковић, Међународно привредно право, Београд, 2003, стр. 169.

¹⁷ Чл. 45 ст. 3 Конвенције.

¹⁸ Чл. 49 ст. 1 у вези са чланом 47 Конвенције.

¹⁹ В. Капор, Систем санкција за повреду уговора у нацрту Конвенције о међународној продаји робе, Страни правни живот, 1976, стр. 40. Наведено према: Ј. Вилус, *op. Cit.*, стр. 135.

²⁰ Видети чл. 49 ст. 2б под ii) у вези са чланом 47 Конвенције.

²¹ Чл. 49 ст. 2. б под iii) у вези са чланом 48 БК.

Међутим, када је продавац испоручио робу, купац губи право на раскид уговора, ако то своје право није вршио у току разумног рока, сагласно ст. 2 члана 49 БК.

Купац нема право на раскид уговора и ако му је немогуће да робу врати у суштински истом стању у коме ју је првобитно примио.²² У пракси су сасвим могуће ситуације да стране не могу вратити оно што су по основу уговора примиле. Купац, често, објективно не може вратити примљену робу. За разлику од њега, продавац, начелно, има могућности да врати новац, са каматом, добијен на име цене. Стога БК, као претпоставку права купца да изјави раскид, предвиђа његову могућност да робу врати у суштински истом стању у коме ју је он и примио.²³

Дакле, купац губи право да изјави раскид ако му је немогуће да врати робу у суштински истом стању. Роба није у суштински истом стању уколико њене карактеристике дају основ продавцу да одбије да је прими.²⁴ То не значи да је купац дужан да врати робу идентичну оној коју је добио од продавца. Купац који је изгубио право на раскид услед тога што робу не може вратити у суштински истом стању, задржава друга права која, на основу уговора или на основу норми БК, може користити због повреде уговора од стране продавца. Каталог тих права припада, на пример, право на надокнаду штете,²⁵ захтев за отклањање недостатака,²⁶ као и захтев за снижењем цене.²⁷

Немогућност да робу врати у суштински истом стању није апсолутна сметња на страни купца, која га у потпуности спречава да захтева раскид уговора. Купац, чак, ни услед такве немогућности не губи право на раскид,²⁸ уколико: а) немогућност враћања робе или њеног враћања у суштински истом стању у коме је примљена, није последица радње или пропуста купца. На пример, ако су мане робе проузроковале штету или њену пропаст, у мери у којој купац то није могао спречити²⁹; б) роба у целини или делимично пропадне, или буде оштећена у току прегледа обавље-

²² Чл. 82 ст. 1 Конвенције.

²³ Чл. 82 ст. 1 БК.

²⁴ Видети: Коментар БК, стр. 178.

²⁵ Видети чл. 45 ст. 1 б) БК.

²⁶ Чл. 46 Конвенције.

²⁷ Видети: чл. 50 Конвенције.

²⁸ Чл. 82 ст. 2 БК.

²⁹ Видети: Huber, Huber, U, Der UNCITRAL-Entwurfs eines Übereinkommens für internationale Warenkauf-verträge, *Rabels Zeitschrift*, 43/1979, s. 494.

ног у складу са чланом 38 БК,³⁰ или в) роба у целини или делимично буде продата у редовном току пословања, или је купац потроши или преради у току њене наменске употребе пре него што је открио, или је морао открити недостатак саобразности.

Поред тога, купац не губи право да раскине уговор и за случај да робу не може да врати у суштински истом стању, ако је продавац учинио битну повреду уговора.³¹

Претпоставка за раскид уговора од стране купца је и обавештење о несаобразности робе, које купац упути продавцу, у складу са чланом 39 Конвенције. Обавештење се мора отпремити у разумном року после прегледа робе, односно најкасније у року од две године од дана њене стварне предаје купцу.

Посебна правила за раскид важе код уговора са узастопним испорукама робе. Када је реч о праву купца на раскид због повреде уговора са узастопним испорукама, он може раскинути уговор у односу на неизвршење једне од узастопних испорука од стране продавца, уколико неизвршење такве испоруке представља битну повреду тог једног уговора.³² Међутим, неизвршење обавезе продавца у односу на једну испоруку може иницирати кршење обавезе у односу на неку или на све испоруке које тек треба да уследе. Ако купац може основано закључити, услед повреде обавезе у вези са једном од узастопних испорука, да ће доћи до битне повреде обавезе продавца и у односуна будуће испоруке, он може у разумном року изјавити да раскида уговор и за будуће испоруке.³³ Купац има право да, због кршења обавезе продавца у погледу једне испоруке, раскине уговор и у односу на већ примљене испоруке, ако се због међузависности те испоруке не би

³⁰ Члан 38 БК:

(1) Купац је дужан прегледати робу или је дати на преглед у што је могуће краћем року, зависно од околности.

(2) Ако се уговором предвиђа превоз робе, преглед се може одложити до стижања робе у место опредељења.

(3) Ако је купац у току превоза робе променио правац или је даље отпремио, а да притом није постојала разумна могућност да је прегледа, и ако је продавцу у тренутку закључења уговора била позната или му је морала бити позната могућност ове измене правца или даље отпреме, преглед робе може да се одложи до приспећа робе у ново место опредељења.

³¹ Члан 70 у вези са чланом 82 Бечке конвенције.

³² Видети чл. 73 ст. 1 Конвенције.

³³ Чл. 73 ст. 2 БК.

могле користити за сврху коју су стране имале у виду приликом закључења уговора.³⁴

Могућност купца да раскине уговор и у односу на већ примљене испоруке може бити оправдана, на пример, код испоруке „технички интегрисане робе” (без неиспорученог дела се не може изградити постројење, апарат, машина и сл.), или услед других околности, на пример, када сировина неке од сукцесивних испорука не одговара уговореном квалитету, или уобичајеној намени, што онемогућава употребу већ примљених испорука, а тиме и сврху њеног прибављања сходно намени, ради које је и закључен уговор о испоруци.³⁵

2.2. Право продавца на раскид уговора о међународној продаји робе

Уколико купац не изврши било коју обавезу засновану на уговору или Конвенцији, продавац може захтевати испуњење обавезе купца, или раскид уговора.³⁶ Поред тога, продавац може захтевати и накнаду штете.³⁷

Ограничење права продавца да захтева конкретан вид извршења уговора такав је да захтев није контрадикторан са неким другим његовим захтевом. На пример, уколико је продавац тражио раскид уговора, он не може захтевати и његово испуњење.³⁸

У циљу одржања уговора (*in favorem contractus*), односно предупређења његовог раскида, Конвенција овлашћује продавца да купцу одреди додатни рок разумне дужине за извршење његових обавеза. Продавац се до истека разумног рока не може користити било којим средством предвиђеним за случај повреде уговора, укључујући и право на раскид уговора. Он, међутим, не губи право на надокнаду штете. Ово ограничење права продавца да раскине уговор не важи када је он примио обавештење од купца да овај неће извршити своје обавезе у року који му је накнадно одређен. Тада се поново реестаблира право продавца да користи правна средства расположива за случај повреде уговора од стране купца, укључујући и право на раскид уговора.³⁹

³⁴ Видети: чл. 73 ст. 3 Конвенције.

³⁵ Видети: Коментар БК, стр. 168.

³⁶ Чл. 61 став 1 у вези са чланом 62 и 63 Конвенције.

³⁷ Видети: члан 61 став. 2 у вези са члановима 74–77 Конвенције.

³⁸ Чл. 62 Конвенције.

³⁹ Видети: чл. 63 ст. 1 и 2 Конвенције.

Из режима БК произлази да продавац може реализовати право на раскид уговора у два случаја:

Прво, када неизвршење било које обавезе купца, засноване на уговору или Конвенцији, представља битну повреду уговора у смислу члана 25 БК.⁴⁰

Друго, продавац има право на раскид уговора и када се из уговора не може утврдити да ли је повреда уговорне обавезе купца битна у смислу Конвенције. У циљу отклањања недоумица у погледу карактера повреде обавеза купца (битна или небитна повреда), продавац може, како смо истакли, одредити додатни рок купцу ради испуњење уговора.⁴¹ Ако купац обавезу не испуни ни у тако одређеном додатном року, или пре његовог истека изјави да неће у том року испунити своју обавезу, продавац има право да уговор раскине.

Код постојања битне повреде уговора, сагласно члану 25 БК, купац може, при чему није безусловно обавезан, да остави продавцу додатни рок за испуњење обавезе из уговора. И без остављања додатног рока, битна повреда уговора од стране купца даје право продавцу на раскид. У јуриспруденцији се, на пример, наводи да када је купац у доцњи са плаћањем, а продавац због инфлаторних токова на свом тржишту трпи губитке који чине да се он суштински лишава очекиване користи од уговора, постоји битна повреда. Или, на пример, повреда обавезе пријема испоруке од стране купца била би битна, а продавац би имао право на раскид за случај да му је магацински простор са неиспорученом робом нужан у циљу складиштења друге робе.⁴²

Значајно ограничење права продавца да раскине уговор са купцем је правило да продавац губи то право ако је купац платио цену. Међутим, губитак права продавца да изјави раскид, и у том случају, није стриктан и безуслован. Под одређеним условима, продавац може уговор раскинути и за случај када је купац платио цену, зависно од околности и врсте купчеве повреде уговора.

Најпре, ако се повреда обавезе купца састоји у доцњи са извршењем обавезе, а цена је плаћена, продавац има право да раскине уговор пре него што је сазнао за задоцнело извршење.⁴³

⁴⁰ Чл. 64 ст. 1а) Конвенције.

⁴¹ Чл. 64 ст. 1б) у вези са чланом 63 ст. 2 БК.

⁴² Примери наведени према: P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 1998, p. 84.

⁴³ Видети:чл. 64 ст. 2а) БК.

За случај да купац није у доцњи са извршењем, већ је повредио било коју другу обавезу, при чему је цена за робу плаћена, продавац има право да раскине уговор у разумном року након што је сазнао или морао сазнати за повреду уговора од стране купца, или након истека додатног рока који је купцу оставио за испуњење уговора у смислу чл. 63 ст. 1 БК, односно након што је купац изјавио да неће извршити своје обавезе у додатном року.⁴⁴

Да би раскинуо уговор, продавац је дужан да, сагласно чл. 26 БК, изјави купцу раскид уговора јасним, безусловним и изричитим саопштењем.

Временско ограничење права продавца да изјави раскид уговора за случај да је цена већ плаћена, правда се потребом заштите права купца. Наиме, ако је купац пропустио да своју обавезу изврши у додатном року, који му је одредио продавац, овај не може неограничено одлагати одлуку о томе да ли ће раскинути уговор. Таква могућност оставља простор продавцу да прати стање на тржишту и да изјави раскид уговора када му то највише одговара. Због избегавања таквих и сличних ситуација, продавац се о раскиду уговора мора изјаснити у разумном року, након настанка околности које му омогућавају право на такав избор.⁴⁵

Ако је према уговору, купац дужан да одреди облик, мере или друга својства робе (спецификација робе), а спецификацију није извршио до уговореног датума, или до истека разумног рока, од момента када је од продавца примио захтев да то учини, продавац може сам спецификовати робу, у складу са купчевим потребама, које су му могле бити познате.⁴⁶

За случај да продавац сам спецификује робу, дужан је обавестити купца о појединостима из спецификације, одредити му разуман рок у коме је купац може изменити, допунити, или извршити другу спецификацију. Ако купац, пошто је примио такво обавештење продавца, остане пасиван у тако одређеном року, спецификација, коју је извршио продавац, постаје обавезна за купца.⁴⁷ Неиспуњење обавезе купца у вези са спецификацијом робе у теорији се уподобљава повреди купчеве обавезе да прими испоруку.⁴⁸

Значајно је нагласити да продавац, који је користио право да сам спецификује робу, не губи могућност да користи друга права која су му на

⁴⁴ Чл. 64 ст. 26) Конвенције.

⁴⁵ Видети: P. Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 1998. p. 84.

⁴⁶ Чл. 65 ст. 1 Конвенције.

⁴⁷ Чл. 65 ст. 2 Конвенције.

⁴⁸ Видети: J. Вилус (1981), Коментар БК, *op. cit.*, стр. 157–158.

располагању – захтев за испуњење, или раскид уговора. Тако, уколико неизвршење обавезе спецификације робе од стране купца представља битну повреду уговора, продавац може раскинути уговор и тражити надокнаду штете. Продавац може раскинути уговор и за случај да купац не изврши спецификацију робе ни у додатно остављеном року.

3. О ВАНСУДСКОЈ ПРОЦЕДУРИ И ДЕЈСТВУ РАСКИДА УГОВОРА О ПРОДАЈИ ПРЕМА БК

Како смо већ истаки, Бечка конвенција не предвиђа аутоматски раскид уговора. Дакле, продавац или купац може раскинути уговор само под условом да изјави другој уговорној страни да уговор раскида, у свему сагласно члану 26 БК.⁴⁹ Страна, и када има ваљан раскидни разлог и право да уговор раскине, мора о томе на јасан, безуслован и недвосмислен начин обавестити другу страну у разумном року. Одсуство изјаве о раскиду значиће да је уговор на снази.⁵⁰

Вансудска процедура раскида уговора уређена је нормама БК, које предвиђају могућност раскида на основу једнострано изјављене воље, како продавца, тако и купца. Конвенција овлашћује уговорне стране да питање његовог раскида могу решавати самостално, свака за себе, у једностраном вансудском поретку. Дакле, да би дошло до раскида уговора, није неопходно покретати судски поступак.

Поштовање процедуре о вансудском раскиду, која је предвиђена Конвенцијом, јесте услов легитимног начина престанка важности уговора пре истека рока на који је закључен.

Члан 26 Конвенције предвиђа да изјава једне стране о раскиду уговора мора бити дата уз нужно обавештење другој страни. Потребно је да таква изјава буде изричита, недвосмислена, коначна и да одговара захтевима: јасноће, безусловности, благовремености, коначности, неопозивости. Дакле, изјава не може бити двосмислена, условна, нити опозива. Изјавилац не сме имати менталну резерву у погледу дејства дате изјаве о раскиду уговора.

Изјава о томе да ће уговор бити раскинут у будућности, уколико друга страна не испуни неку своју обавезу у остављеном року, на пример продавац изјави да ће раскинути уговор ако купац не отвори акредитив, или ку-

⁴⁹ См. Oberster Gerichtshof, Аустрија, 6. фебруар 1996. године; Арбитражни суд МТП, Француска, Одлука № 9887, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2000, р. 109.

⁵⁰ У вези са тим видети: И. С. Зыкин, *op. cit.*, стр. 6.

пац изјави да ће раскинути уговор ако продавац не врати примљени аванс, не представља акт који има раскидно дејство. Таква изјава не испуњава критеријум безусловности. Неодговарајућа изјава једне стране упућена другој уговорној страни о раскиду уговора нема раскидно дејство, због чега уговор остаје на снази.⁵¹

Ваљана изјава једне стране другој уговорној страни да уговор сматра раскинутим, има директно дејство и доводи до раскида уговора. Њено дејство, у режиму БК, наступа у моменту обавештења друге стране о раскиду уговора. У режиму раскида у арбитражном или судском поступку, дејство раскида уговора наступа, по правилу, правноснажношћу одговарајуће одлуке правосудне институције.

Дакле, за случај да једна уговорна страна сматра да је реч о битној повреди уговора, Конвенција јој признаје право да, на основу сопствене и једностране одлуке, потпуно самостално и у вансудском поступку доноси одлуку о раскиду уговора, коју је дужна да у разумном року изјави другој уговорној страни. Концепт раскида уговора у режиму БК, поред признатог овлашћења на једностраном раскиду, истовремено подразумева и преузимање ризика од одговорности за доношење такве одлуке од стране подносиоца изјаве о раскиду. За случај да се у судском или арбитражном поступку докаже да услови за раскид, супротно датој изјави, објективно нису испуњени, изјавилац ће сносити ризик у вези са свим штетним последицама које из тога могу да проистекну.

Изјава о раскиду за коју се у поступку накнадне судске или арбитражне контроле утврди да нема раскидно дејство, и сама представља својеврстан вид повреде уговора. Таква изјава је безуспешан (неподобан) покушај да до раскида, уопште, и дође. Услед тога, сматрамо да је и употреба израза „неоснован (незаконит) раскид“ погрешна. У питању је једнострана изјава дата у вансудском поступку, која подлеже накнадној судској контроли, на основу захтева друге стране. Ако суд, или арбитража, констатује да изјава није имала раскидно дејство, до раскида уговора, у било ком виду, није ни дошло. Веравање стране, која је изјавила једностраном раскиду да је дошло до раскида, може само да утиче на оцену њене савесности, али не и на екскулпацију од одговорности за повреду уговорних обавеза из уговора, у

⁵¹ У вези са тим, видети: И. С. Зыкин, Практика применения средств защиты прав продавца и покупателя по Венской конвенции 1980 г. // Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом / отв. Ред. А.С.Комаров. – М.: Волтерс Клувер, 2007, стр. 6. <http://agr.ru/upload/iblock/8ba/8baa716c4fbe5e0c79e714cb664e4686.pdf>

односу на који њена изјава није имала раскидно дејство.⁵²

Једнострана изјава о раскиду, која има раскидно дејство, коме се не противи друга страна, или ако такво дејство буде потврђено у контрадикторном поступку накнадне судске или арбитражне контроле, доводи до престанка уговора. У том случају, дејство раскида уговора наступа од тренутка пријема изјаве о раскиду од друге стране. Права и обавезе страна по основу раскинутог уговора престају, а њихови односи се премештају на режим којим се уређују последица његовог раскида (чл. 81–84 БК).

За случај да страна којој је упућена изјава о раскиду сматра да изјава нема раскидно дејство у односу на уговор, она има право да поднесе тужбу суду или арбитражи у циљу правне заштите својих права, због повреде пуноважно закљученог уговора.

Бечка конвенција, дакле, поред гарантовања права на једнострану раскид уговора, обавезује страну, која је једностраном изјавом раскинула уговор, да сноси ризик и одговорност у поступку накнадне судске или арбитражне контроле своје радикалне и самосталне одлуке да изјави раскид уговора. Такав покушај је, у низу случајева у пракси, у односу на страну која га је изјавила, услед повреде уговора, довео до настанка обавезе у виду надокнаде штете, трошкова и других последица, које је услед тога претрпела друга, уговору верна страна.

Закон о облигационим односима Србије који је донет пре Бечке конвенције, 1978. године, има потпуно уједначене критеријуме са Конвенцијом у вези са правним режимом коме се подвргава оцена једностране вансудске изјаве о раскиду уговора о испоруци робе. Упркос томе, постоје тешко разумљиви ставови и неуједначеност судске праксе, у појединим споровима ове врсте на нивоу нижестепених судова, упркос јасним и законитим ставовима Врховног касационог суда Републике Србије. Наиме, у неким споровима за чије решавање су се огласили надлежним општински и апелациони судови у Србији, усталила се пракса да се без било ког вида накнадне судске контроле признаје директно дејство обавештењу о раскиду хиљаде уговора које је једна моћна транснационална компанија (ТНК) закључила о сукцесивним испорукама робе са више стотина домаћих лица у Србији. Све изјаве упућене тим лицима о раскиду међусобно се разликују

⁵² О правним последицама једностране изјаве воље о раскиду уговора видети детаљније: К. Dolović, *Pravne posledice izjave volje usmerene na raskid ugovora zbog neizvršenja*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Univerziteta u Beogradu, 2014; Uticaj savesnosti poverioca na posledice neosnovanih raskida ugovora, „Anali“ Vol. 65, br. 2 (2017) <http://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/article/view/74/250>

једино утолико што у самом тексту типске изјаве садрже различита имена са различитим адресама. Изјава гласи: „Имајући у виду чињеницу да сте пред Општинским судом у Н..., по нашем мишљењу неосновано, покренули поступак за накнаду штете против АД, овим писмом Вас обавештавамо да је наша пословна сарадња завршена, па из тих разлога можете сматрати да су сви уговори које смо до сада са Вама закључили, раскинути, са свим последицама, сходно одредбама ЗОО.“

Упркос недвосмисленом појединачном противљењу на стотине прималаца цитиране раскидне изјаве, саопштеном у судским поднесцима, којима су изнели аргументе и доказе да оваква изјава не садржи ни један ваљани раскидни разлог са раскидним дејством, оваквој једностраној вансудској изјави ТНК, нижестепени судови су признали директно раскидно дејство. Само из једностране изјаве судови закључују да су „сви уговори“ заиста и раскинути, са сваким од уговарача.⁵³ Притом, ни један једини уговор није означен, нити идентификован. То даје основа закључку да цитирана изјава по својој правној природи нема обележја обавештења о раскиду, већ представља једностранни моментални отказ „свих уговора“ са свим уговорним странама, који су били верни својим обавезама.⁵⁴

Терет доказивања постојања услова за једностранни раскид уговора, сагласно БК, лежи на страни која је изјаву о томе упутила другој уговорној страни. Претпоставка је да подносилац изјаве о раскиду, располаже потпунијим информацијама о природи повреде уговора од стране дужника.⁵⁵ Поред тога, када изјавилац тврди да је дошло до битне повреде уговора, има

⁵³ У конкретним истоветним случајевима примаоци раскидне изјаве изричито се противе да је обавештење о раскиду „свих уговора“ у тренутку његовог пријема садржало раскидни разлог са раскидним дејством. У таквој ситуацији судови су били дужни да као прејудицијелно питање неизоставно спроведу судску контролу. Она је у конкретном случају у потпуности изостала. Услед тога мноштво спорова траје близу две деценије, искључиво на штету бројним уговорима верним странама. Признајући директно дејство вансудској изјави једне уговорне стране у судском поступку, супротно ставовима ВКС, нижестепени судови су суштински доделили страни, која је изјавила раскид, судије у сопственој ствари.

⁵⁴ Отказ је неспорно право и безусловни израз аутономије воље једне стране да изађе из уговора. Нико никог на силу, у буквалном смислу речи, не може натерати да остане везан уговором. За разлику од раскида уговора, за отказ није неопходно наводити било које разлоге. Цена даваоца једностраног отказа је његова обавеза да сноси све последице које једностраним отказом настану, како у његовој, тако и у имовинској маси супротне стране.

⁵⁵ C. Liu, *The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law*, 2nd ed.: Case Annotated Update, May 2005, <http://>

обавезу да то и поткрепи одговарајућим доказима.

Уз услове које једнострана изјава о раскиду мора да испуни, БК инсистира и на поштовању института разумног рока. Тако, у члановима 49(2) и 64(2), Конвенција предвиђа обавезу стране, која раскида уговор, да о раскиду обавести другу уговорну страну у разумном року, рачунато од дана настанка предвиђених услова за раскид. Тако, на пример, арбитражна пракса стоји на становишту да се изјава о раскиду, дата након неколико месеци од настанка услова за раскид уговора, очигледно не уклапа у критеријуме поштовања разумног рока.⁵⁶

Дешава се у пракси да се уговорна страна обрати суду или арбитражи тужбом за раскид уговора, упркос чињеници што БК предвиђа поступак раскида на основу једностране изјаве воље једне уговорне стране. Уколико је једна уговорна страна изјавила раскид, а изјава, која испуњава све услове предвиђене Конвенцијом, достављена је другој уговорној страни, како смо већ нагласили, уговор се сматра раскинутим моментом обавештења о раскиду. У том случају подизање тужбе од стране изјавиоца је сувишно. Арбитража неће усвојити тужбени захтев, будући да је уговор већ раније раскинут, једностраном изјавом у вансудском поступку.

Уговорна страна, која је примила изјаву о раскиду, има активну процесну легитимацију за подношење тужбе суду или арбитражи, уколико сматра да таква изјава не испуњава услове предвиђене Конвенцијом, те да услед тога и није дошло до раскида, већ да је реч о битној повреди уговора коју чини страна која је изјавила раскид.

За случај поднете тужбе суду или арбитражи једне стране са захтевом за раскид уговора, без њеног претходног слања једностране вансудске изјаве о раскиду другој уговорној страни, правоутврђавна одлука да ли је конкретни уговор раскинут или остаје и даље пуноважан, производи правно дејство од момента ступања на снагу судске или арбитражне одлуке.

Раскид уговора, било у вансудском или судском поступку, преноси одnose страна у други правни режим, који се тиче последица раскида уговора

www.cisg.law.pace.edu. А. Г. Карапетов, Основные тенденции правового регулирования расторжения нарушенного договора в зарубежном и российском гражданском праве, Москва, 2011, стр. 266.

⁵⁶ Видети: Предмет № 84, Oberlandesgericht Frankfurt, Немачка, (2 месеца је сувише касно); Предмет № 83/1994 (Oberlandesgericht München, Немачка (4 месеца: сувише касно); Предмет № 124/1995, Bundesgerichtshof, Немачка – обавештење, упућено после 5 месеци: сувише касно; Предмет № 6/1991, Landgericht Frankfurt a.M., Немачка – 1 дан: на време), итд.

(чл. 81–84 БК о надокнади штете),⁵⁷ чија анализа изостаје из овог рада, због његовог ограниченог обима.

4. ЗАКЉУЧАК

Раскид уговора о међународној продаји робе и његове последице у правном режиму БК, сложено су питање како за саме уговорне стране, тако и за судове и арбитраже широм света. Анализа у овом раду имала је за циљ да укаже само на поједина питања из ове важне области међународног трговинског промета. Поред материјалноправног режима вансудског раскида уговора, за судску и арбитражну праксу посебно су значајна питања у вези са поступком раскида у коме важну улогу имају саме странке, а по потреби, судови и арбитраже.

Вансудска изјава воље једне стране да раскида уговор може, али не мора да има раскидно дејство у односу на пуноважно закључени уговор о продаји, односно испоруци робе. Претпоставка пуноважног правног дејства једностране вансудске изјаве о раскиду уговора у режиму БК, као и у решењима бројних националних извора права, Закона о облигационим односима Србије, подразумева низ услова које таква изјава мора испунити. Спроведена анализа показује да једнострано изјављена воља о раскиду уговора може бити: а) основана, или б) неоснована.

Основана је ако је заснована на раскидним разлозима и ако се са тим разлозима сагласи страна која је такву изјаву примила (теорија пријема).

Питање да ли је уговор по изјави једне од уговорних страна раскинут и да ли је било основа за његов раскид, судови би требало да решавају увек као прејудицијално питање у циљу решавања правних последица евентуалног раскида уговора, односно ако изјава нема раскидно дејство у циљу одлуке о последицама битне повреде уговора услед изјаве о раскиду једне стране, која нема раскидно дејство.

У систему једностраног раскида уговора, који БК нормира, изјава о раскиду би требало да буде подвргнута двоструком тесту контроле: целисходно је да најпре изјавилац, сагласно начелу савесности и поштења, спроведе претходну контролу, да испита да ли је његов раскидни разлог заснован на закону и пуноважно закљученим уговором са другом страном. Неоснована једнострана раскидна изјава, која не садржи ваљани раскидни

⁵⁷ Schlechtriem P. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). 1998. p. 187.

разлог, који сагласно нормама БК нема раскидно дејство, не може довести до раскида уговора, због чега је њена стварна последица повреда уговора, за коју је одговорна уговорна страна чију је изјаву примила друга уговорна страна.

Судови и арбитраже су дужне да, сагласно усвојеној теорији пријема, цене услове у погледу форме, садржине и свих других услова у вези са изјавом једне стране о раскиду уговора из чл. 26 БК, према њеном стању у тренутку пријема од друге уговорне стране, односно примаоца.

Prof. dr Aleksandar Ćirić⁵⁸

**ON THE AVOIDANCE OF THE CONTRACT ON THE
INTERNATIONAL SALE OF GOODS IN THE REGIME OF
VIENNA CONVENTION**

***Abstract:** Liability for non-fulfillment or improper fulfillment of contractual obligations is a central problem of every contractual relationship, not excluding the contract for the international sale of goods. The subject of the presentation and the central question in this paper are exhausted by considerations of certain issues of key importance for avoidance in case of breach of obligations from the contract for the international sale of goods in the legal regime of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention, 1980). Special attention is paid to the analysis of the significance of the fundamental breach, the unilateral out-of-court declaration of avoidance and its subsequent judicial control, as well as the procedures and effects of contract avoidance.*

***Key words:** United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention 1980); Contract on the international sale of goods; Fundamental breach of contract; Statement on out-of-court avoidance: Seller's right to avoidance the contract; The buyer's right to avoidance the contract; Contract avoidance procedure; Effects of avoidance.*

⁵⁸ Ćirić Department of Law and Department of Economic Sciences State University in Novi Pazar Formerly full Professor at the Faculty of Law, University of Nis, aciric@prafak.ni.ac.rs

UGOVOR O NAUTIČKOM VEZU KAO NOVI UGOVOR HRVATSKOG PRAVA

Prof. dr. sc. Dragan Bolanča¹,
Prof. dr. sc. Silvija Petrić²

***Apstrakt:** Hrvatski Pomorski zakonik regulirao je ugovor o nautičkom vezu kao novi nominantni ugovor hrvatskog prava. Cilj je ovog rada utvrditi točan sadržaj, opseg i doseg pojedinih prava, obveza i odgovornosti ugovornih stranaka. Autori zaključuju da nova zakonska rješenja osiguravaju veću pravnu sigurnost, predvidivost pravne zaštite u slučaju spora i ujednačenost pravne prakse.*

***Кljučне riječi:** Republika Hrvatska, ugovor o nautičkom vezu.*

1. UVOD

Nautički turizam³ u Republici Hrvatskoj predstavlja važnu gospodarsku aktivnost koja se intenzivno razvija, jer je Hrvatska jedna od vodećih *charter* destinacija u svijetu. Prema službenim podacima za 2021. godinu, u Republici Hrvatskoj postoji 206 luka nautičkog turizma⁴ s 18.942 veza, a broj brodica i

¹ Redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

² Redovita profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

³ Nautički turizam je plovidba i boravak turista (nautičar ili putnik) na plovnim objektima (jahta, brodica ili brod) za osobne potrebe ili gospodarsku djelatnost, kao i boravak u lukama nautičkog turizma i nautičkom dijelu luka otvorenih za javni promet, radi odmora, rekreacije i krstarenja – čl. 84 *Zakona o pružanju usluga u turizmu* („Narodne novine RH“, br. 130/17, 25/19, 98/19, 42/20, 70/21).

⁴ Vrste, minimalni uvjeti i kategorije marina, vrste i minimalni uvjeti drugih objekata za pružanje usluga veza i smještaja plovnih objekata i uvjeti koje moraju ispunjavati te način kategorizacije marina propisani su *Pravilnikom o razvrstavanju i kategorizaciji luke nautičkog turizma i razvrstavanju drugih objekata za pružanje usluga veza i smještaja plovnih objekata* („Narodne novine RH“, br. 120/19).

jahti u tranzitu u tim lukama prelazi brojku od 210.000 godišnje.⁵ S obzirom na težnju Republike Hrvatske ka daljnjem razvoju nautičkog turizma, ne iznenađuje kontinuirani porast novih kapaciteta, ali i prihoda od nautičkog turizma, koji se bilježi posljednjih godina.⁶ Paralelno s razvojem nautičkog turizma, razvijala se i *charter* djelatnost.⁷ Međutim, neovisno o značaju ove djelatnosti, do 2019. godine nije postojala odgovarajuća pravna regulativa najma jahte i brodice, kao ni problematike nautičkog veza. Ovaj nedostatak ispravljen je *Zakonom o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika* (dalje – PZ), koji je stupio na snagu dana 28. veljače 2019. godine,⁸ kada su se u hrvatski pomorskopравни okvir uvela dva nova nominantna ugovora: ugovor o najmu jahte i brodice i ugovor o nautičkom vezu.⁹ Njihovim normiranjem stvoreni su preduvjeti formiranja stabilne i ujednačene poslovne isudske prakse te postizanja pravne sigurnosti. U ovom se radu autori fokusiraju na ugovor o nautičkom vezu.

2. UGOVOR O NAUČKOM VEZU

Ugovorom o nautičkom vezu obvezuje se pružatelj usluge veza¹⁰ u moru ili na kopnu ustupiti vez korisniku veza¹¹ na uporabu za smještaj određene jahte¹²

⁵ Luke nautičkog turizma u 2021. ukupno su ostvarile 946 milijuna kuna prihoda bez PDV-a, što je 16,5% više u odnosu na 2020. te 3,0% više u odnosu na 2019. Najveći udio u ukupnim prihodima ili 674 milijuna kuna imali su prihodi od iznajmljivanja vezova, što je 71,2% od ukupno ostvarenog prihoda.

⁶ Vidi Vesna Skorupan Wolff – Adriana Vincenca Padovan: Ugovor o vezu *de lege ferenda*, Zbornik radova “Pravni okvir za luke nautičkog turizma”, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2018, str. 41.

⁷ *Charter* djelatnost je iznajmljivanje plovila ili pružanje usluge smještaja na plovilu u unutarnjim morskim vodama i teritorijalnom moru Republike Hrvatske sukladno posebnom propisu kojim je regulirano pružanje usluga u nautičkom turizmu –čl. 2, toč.2 *Pravilnika o uvjetima za obavljanje djelatnosti iznajmljivanja plovila sa ili bez posade i pružanje usluge smještaja gostiju na plovilu* („Narodne novine RH“, br. 42/17).

⁸ Vidi „Narodne novine RH“, br. 17/19. Detaljnije Dragan Bolanča: *The Croatian Maritime Code and acquis communautaire of the European Union*, Liber amicorum in honour of Radovan Vukadinović, Banja Luka – Kragujevac, 2020, str. 54–63. Inače, novi PZ je donesen 2004. godine („Narodne novine RH“, br. 181/04).

⁹ Novi ugovori regulirani su člancima 673.a – 673.v PZ-a.

¹⁰ Pružatelj usluge veza može biti svatko tko pruža uslugu nautičkog veza, primjerice marine, luke otvorene za javni promet kada pružaju uslugu nautičkog veza, sportske lučice.

¹¹ Korisnik veza je osoba koja sklapa ugovor o vezu s pružateljem usluge veza. To može biti upisani vlasnik plovila, korisnik plovila (zakupoprimalac, korisnik *leasinga*), poslovođa plovila, hipotekarni vjerovnik, najmoprimalac.

¹² Jahta jest plovni objekt za sport i razonodu, neovisno koristi li se za osobne potrebe ili za gospo-

ili brodice¹³ i osoba koje na njoj borave, a korisnik veza se obvezuje za to platiti naknadu za vez (čl. 673j, st. 1 PZ-a).¹⁴

U definiciji se izričito navodi da se vez daje na uporabu za smještaj jahte ili brodice i osoba koje na njima borave.¹⁵ Jasno se, dakle, precizira vrsta plovnog objekta za koji se ugovara uporaba veza. *Argumentum a contrario*, to znači da se zakonske odredbe o ugovoru o vezu neće odnositi na ugovore o vezu za smještaj drugih vrsta plovnih objekata na vezu, primjerice trgovačkih brodova, ribarskih brodova ili brodice, javnih brodica, brodova u gradnji i sl.¹⁶ Navodi se, također, i da je svrha uporabe veza smještaj jahte ili brodice te smještaj osoba koje na njima borave. Riječ je, prvenstveno, o turistima nautičarima, uključujući, naravno, samog vlasnika ili korisnika brodice ili jahte, ali i članovima posade jahte ili brodice, te svim osobama koje vlasnik ili korisnik jahte ili brodice ovlaste da borave na njoj.¹⁷ Zakonske odredbe o ugovoru o vezu primjenjuju se na vez u

darsku djelatnost, a čija je duljina trupa veća od 15 metara i koji je namijenjena dulji boravak na moru, te koji je pored posade ovlašten prevoziti do 12 putnika (čl. 5, toč. 13 PZ-a).

¹³ Brodica jest plovni objekt namijenjen za plovidbu morem koji je ovlašten prevoziti najviše 12 putnika, čija je duljina trupa veća od 2,5 metra, a manja ili jednaka 15 metara, ili ukupne snage porivnih uređaja veća od 5 kW.

¹⁴ Prije izmjena PZ-a 2019. godine, ugovor o vezu bio je neformalan i konsenzualan ugovor koji nastaje kada se ugovorne strane suglase o bitnim sastojcima ugovora, dakle u trenutku kada dođe do sporazuma. Za njegovo sklapanje nije bilapotrebnna posebna forma, a u praksi se radilo o pristupnom ugovoru koji se sklapa jednostavnim pristupanjem korisnika veza općim uvjetima poslovanja konkretne luke nautičkog turizma – pobježe Adriana Vincenca Padovan: *Odgovornost luke nautičkog turizma iz ugovora o vezu i osiguranje*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 167, 2013, str. 8.

¹⁵ Sustavnim uređenjem ove materije trebalo bi da se prekine dosadašnja pogrešna praksadnosna strana iz ugovora o vezu u kontekstu odnosa ostavodavca i ostavoprimeca kada su na ugovor o vezu primjenjivane odredbe *Zakona o obveznim odnosima* („Narodne novine RH“, br. 35/04, 41/08, 125/11, 29/18 i 126/21, dalje – ZOO) o ostavi i druge odredbe o posebnim ugovorima koje nisu primjenjive na ugovor o vezu – tako Vesna Skorupan Wolf – Adriana Vincenca Padovan: *Postoje li elementi ostave u ugovorima o vezu u lukama nautičkog turizma?*, Zbornik radova Druge međunarodne konferencije transportnog prava i prava osiguranja INTRANSLAW, Zagreb, 2017., str. 313–353. Opširnije vidi također Adriana Vincenca Padovan – Vesna Skorupan Wolf: *Pleasure Navigation Berthing Contracts Under Croatian Law*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 175, 2021, str. 37–66.

¹⁶ Vidi Vesna Skorupan Wolf – Adriana Vincenca Padovan: *Ugovor o vezu de lege ferenda*, Zbornik radova „Pravni okvir za luke nautičkog turizma“, Zagreb, 2018., str. 47.

¹⁷ Navedeni elementi zakonske definicije ugovora o vezu pokazuju da se bitno razlikuje svrha nautičkog veza te uloga pružatelja usluge nautičkog veza u usporedbi s drugim vrstama vezova. Vezovi za teretne, ribarske i javne brodove i brodice, te brodove u gradnji nisu prilagođeni za boravak turista nautičara, drugačije su opremljeni, a njihova namjena je prilagođena obilježjima tih vrsta plovnih objekata – *ibid.*

moru i vez na kopnu ili tzv. suhi vez.¹⁸

Pružatelj usluge veza može u bilo kojem trenutku bez pitanja ili odobrenja korisnika veza premjestiti jahtu ili brodicu na drugi odgovarajući vez (čl. 673j, st. 2 PZ-a). Ugovorom o vezu pružatelj usluge veza može se obvezati da nadzire jahtu ili brodicu na vezu, ili da ispunjava i druge dodatne usluge i radove, ako ugovorne strane to izričito ugovore (čl. 673j, st. 3 PZ-a). Dakle, objektivno bitni sastojci svakog ugovora o vezu su: 1. ustupanje mjesta za vez, 2. jahta ili brodica¹⁹ i 3. naknada za vez, dok su subjektivno bitni sastojci ugovora o vezu nadziranje jahte ili brodice i obavljanje drugih dodatnih usluga i radova.²⁰

Vez može biti privremeni (tzv. tranzitni) ili stalni, ovisno o načinu sklapanja, naravi ugovora i namjeri stranaka (čl. 673k, st. 1 PZ-a).

¹⁸ Vez na kopnu odnosi se na smještaj jahti ili brodica i osoba koje na njima borave, neovisno o tome nalazi li se suhi vez u luci, na pomorskom dobru ili čak izvan pomorskog dobra. Suhi vez podrazumijeva mogućnost smještaja i boravka osoba (nautičara) na brodici ili jahti za vrijeme dok se ona nalazi na takvom suhom vezu te da je njen boravak na suhom vezu u vezi s plovidbom kao njenom primarnom namjenom, tj. da se brodica ili jahta stvarno upotrebljava odnosno koristi za plovidbu, pa je stoga i logična obveza korisnika veza da brodicu odnosno jahtu održava u stanju sposobnosti za plovidbu. S druge strane, skladištenje ili odlaganje plovila u halama ili ograđenim, zaključanim i za to uređenim odlagalištima ili sličnim objektima predviđenim za pohranu plovila, kakva sve češće nalazimo u zaleđu, gdje nije predviđen ni omogućen boravak osoba (nautičara) na plovilu i gdje se ne obavlja njegova priprema za plovidbu, nije obuhvaćeno zakonskim odredbama ugovora o vezu, s obzirom na to da je na takve ugovorne odnose, u nedostatku drukčijih izričitih ugovornih odredaba, primjerenije primjenjivati postojeće odredbe ZOO-a, poglavito ugovora o ostavi – vidi *ibid.*, str. 49.

¹⁹ Jahta ili brodica je bitan sastojak ugovora o vezu. To znači da jahta ili brodica u ugovoru treba da bude individualizirana, a vez mora biti odgovarajući upravo za tu jahtu ili brodicu s obzirom na njezin tip i maritimna obilježja. S obzirom na to da je određena jahta ili brodica predmet ugovora o vezu i njegov bitan sastojak, proizlazi da korisnik veza ne može na ugovoreni vez staviti nijednu drugu jahtu ili brodicu. Situacija je specifična u slučaju kada pružatelj usluge veza ugovara veći broj vezova za istog korisnika veza, primjerice za čarter flotu. Moguće je da će se kod takvog ugovora korisniku veza, konkretno čarter kompaniji, ustupiti na uporabu čitav gat ili određeni broj vezova u luci. Ugovorne strane se mogu suglasiti da čarter kompanija slobodno kombinira dodijeljene joj vezove za sve brodice i jahte iz flote, naravno uz poštovanje odgovarajućih tehničkih zahtjeva, reda u luci i sigurnosti, *ibid.*, str. 60–61.

²⁰ Subjektivno bitni sastojci ugovora ne podrazumijevaju se kao sastojak ugovora već uvijek moraju biti posebno ugovoreni – podrobnije Vesna Skorupan Wolff – Adriana Vincenca Padovan: *Obveze korisnika veza iz ugovora o vezu prema aktualnoj poslovnoj praksi hrvatskih marina*, Zbornik radova Druge međunarodne znanstvene konferencije iz pomorskog prava „Suvremeni izazovi pomorske plovidbe“, Split, 2018, str. 341.

Ako nije drukčije ugovoreno, ugovor o privremenom vezu smatra se sklopljenim u trenutku kada se jahta ili brodica priveže na vez, osim ako se pružatelj veza tome ne usprotivi (čl. 673k, st. 2 PZ-a). Narav ugovora i namjera ugovorenih strana kod privremenog veza je zasnivanje kratkotrajnog obveznog odnosa.²¹ Ugovorom o privremenom vezu u pravilu se ugovara isključivo uporaba veza za smještaj određene jahte ili brodice i osoba koje na njoj borave, a ne i obveza nadziranja jahte ili brodice na vezu ili pružanje drugih dodatnih usluga i obavljanje radova.

Ugovor o stalnom vezu, pak, smatra se sklopljenim kada su se ugovorne strane suglasile o bitnim sastojcima ugovora (čl. 673k, st. 3 PZ-a). Stalni vez je trajnije prirode, a svrha mu je smještaj jahte ili brodice na dulje vrijeme, osobito u razdoblju kada jahta odnosno brodica nije u plovidbi, što je najčešće izvan nautičke sezone, u svrhu zimovanja.²²

3. PRAVA, OBVEZE I ODGOVORNOST PRUŽATELJA USLUGE VEZA I KORISNIKA VEZA

3.1. Ustupanje i održavanje veza

Pružatelj usluge veza dužan je korisniku veza ustupiti mjesto za siguran vez te pažnjom dobrog stručnjaka²³ održavati vez ispravnim i sigurnim (čl. 673l PZ-a).²⁴ Ustupanje veza uobičajeno se svodi na to da pružatelj uslu-

²¹ Tranzitni vez je po prirodi privremen, koristi se tijekom plovidbe radi kraćeg boravka u marini za potrebe opskrbe, noćenja, smjene gostiju na jahti ili brodici u charteru, privremenog pristajanja tijekom putovanja, zaklona od loših vremenskih uvjeta ili slično, vidi Adriana Vincenza Padovan – Vesna Skorupan Wolff: *Učinak potonuća plovila na vezu na pravni odnos između stranaka ugovora o vezu i čuvanju plovila*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 172, 2018, str. 158.

²² Kod privremenog veza, korisnik je najčešće najmoprimac, dok je kod stalnog veza korisnik, u pravilu, vlasnik i/ili korisnik brodice ili jahte, tako Vesna Skorupan Wolf – Adriana Vincenza Padovan: *Ugovor o vezu de lege ferenda*, Zbornik radova „Pravni okvir za luke nautičkog turizma“, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2018, str. 55.

²³ O pažnji dobrog stručnjaka iz čl. 10, st. 2 ZOO-a vidi Vilim Gorenc – Loris Belanić – Hrvoje Momčinović – Ante Perkušić – Andrea Pešutić – Zvonimir Slakoper – Mario Vukelić – Branko Vukmir: *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014, str. 22–23.

²⁴ Siguran vez podrazumijeva adekvatnu lučku infrastrukturu i sidrene sustave izgrađene i opremljene sukladno pravilima struke i svim pozitivnim propisima. Vez treba da bude odgovarajući za konkretnu jahtu ili brodicu s obzirom na njezinu vrstu, dimenzije i druge

ge veza ustupi na uporabu korisniku veza određeni dio akvatorija, objekata, infrastrukture i odgovarajuće lučke odnosno druge opreme potrebne za vez, tj. za smještaj brodice ili jahte. Kada je riječ o vezu u moru, to se primarno odnosi na dio morske površine, gata za pristup plovilu, sidreni blok i lanac ili drukčije tehnički izveden vez, priključak za električnu energiju i tekuću vodu i sl.²⁵ Odgovornost pružatelja usluge veza za sigurnost i ispravnost veza je kontinuirana, što znači da on nije obvezan samo predati na uporabu siguran vez već ova obveza podrazumijeva i da za sve vrijeme trajanja ugovora redovito provjerava i održava njegovu sigurnost i ispravnost.

Pružatelj usluge veza u moru ili na pomorskom dobru mora imati valjanu pravnu osnovu za obavljanje djelatnosti pružanja usluge veza sukladno pozitivnim propisima o pomorskom dobru i morskim lukama²⁶ te o pružanju usluga u nautičkom turizmu²⁷ (čl. 673lj, st. 1 PZ-a).

Ukoliko pružatelj usluge veza na moru ili na pomorskom dobru nema valjanu pravnu osnovu za obavljanje navedene djelatnosti, odgovara za štetu koja korisniku veza ili trećim osobama nastane u vezi s ugovorom o vezu (čl. 673lj, st. 2 PZ-a), a može se osloboditi odgovornosti ako dokaže:

1. da je šteta u cijelosti ili djelomično prouzročena radnjom ili propustom korisnika veza učinjenim u namjeri da se prouzroči šteta ili iz nepažnje (čl. 673lj, st. 3 PZ-a), ili
2. da je šteta u cijelosti prouzročena radnjom ili propustom treće osobe učinjenim u namjeri da se prouzroči šteta (čl. 673lj, st. 4 PZ-a).

tehničke i maritimne osobine, treba daprži razumno prihvatljivu zaštitu od hidrometeoroloških utjecaja, da do njega treba biti omogućen nesmetan i siguran pristup i sl. –*ibid*, str. 62–63.

²⁵ Vidi opširnije Adriana Vincenca Padovan: *Odgovornost luke nautičkog turizma iz ugovora o vezu i osiguranje*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 167, 2013, str. 9.

²⁶ Vidi *supra* III.17.i III.18.

²⁷ Vidi *Zakon o pružanju usluga u turizmu* („Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 130/17, 25/19, 98/19, 42/20 i 70/21.) koji u čl. 85 navodi turističke usluge u nautičkom turizmu: usluge korištenja veza, prihvat i smještaj plovnih objekata s turistima nautičarima ili bez takvih turista koji borave na njima, usluge čartera –usluge korištenja plovnih objekata s posadom ili bez posade, s pružanjem ili bez pružanja usluge smještaja i/ili prehrane, radi odmora, rekreacije i krstarenja nautičara, organiziranje putovanja u paket-aranžmanu ili izleta na plovnim objektima nautičkog turizma, prihvat, čuvanje i održavanje plovnih objekata na vezu u moru in a suhom vezu, uređenje i pripremanje plovnih objekata, te druge usluge za potrebe turista – detaljnije Božena Bulum: *Pravno uređenje pružanja usluga u nautičkom turizmu u hrvatskim lukama de lege lata i prijedlozide lege ferenda*, Zbornik radova “Novi pravni režim za marine”, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2019, str. 91–125.

Dakle, pružatelj usluge veza odgovara objektivno, pri čemu odgovara i za štetu koja je posljedica više sile.²⁸

Nadalje, ako pružatelj usluge veza na moru ili na pomorskom dobru nema valjanu pravnu osnovu za obavljanje navedene djelatnosti, korisnik veza osim prava na naknadu štete, ima i pravo na jednostrani raskid ugovora (čl. 673lj, st. 5 PZ-a).²⁹

3.2. Odgovornost za materijalne nedostatke veza

Odgovornost za materijalne nedostatke veza, također je na pružatelju usluge veza. Ako je vez ustupljen u stanju neprikladnom za sigurnu uporabu ili ako za vrijeme trajanja ugovora o vezu dospije u takvo stanje, a pružatelj usluge veza ne otkloni nedostatke ili ne premjesti jahtu ili brodicu na odgovarajući vez, korisnik veza može raskinuti ugovor te ima pravo na naknadu štete (čl. 673m, st. 1 PZ-a).

Odgovornost za materijalne nedostatke veza koja je posljedica namjere ili krajnje nepažnje pružatelja usluge veza ne može se ugovorom isključiti ili ograničiti (čl. 673m, st. 2 PZ-a).³⁰ Osim toga, odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za materijalne nedostatke veza ništetna je u tri slučaja:

1. ako je nedostatak bio poznat pružatelju usluge veza, a on o njemu nije obavijestio korisnika veza,
2. kad je pružatelj usluge veza nametnuo tu odredbu koristeći se svojim monopolskim položajem,
3. ako se radi o potrošačkom ugovoru³¹ (čl. 673m, st. 3 PZ-a).

²⁸ Tako Vesna Skorupan Wolf – Adriana Vincenza Padovan: *Ugovor o vezu de lege ferenda*, Zbornik radova „Pravni okvir za luke nautičkog turizma“, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2018, str. 54–55.

²⁹ Korisnik veza ima pravo na pobijanje ugovora s osnova mana volje (prijevera po čl. 284 ZOO-a i bitna zabluda po čl. 280 ZOO-a).

³⁰ To je u skladu sa odredbama čl. 345, st. 1 ZOO-a, pa pružatelj usluge veza može isključiti ili ograničiti svoju odgovornost za materijalne nedostatke samo kada je riječ o običnoj nepažnji.

³¹ Potrošački ugovor reguliran je posebnim zakonom, a to je *Zakon zaštititi potrošača* („Narodne novine RH“, br. 79/07, 79/09, 89/09, 133/09 i 78/12dalje ZZP ‘07). ZZP je *lex specialis* koji regulira posebne odnose između trgovaca i potrošača. Njegova primjena ne utječe na prava koja potrošači imaju na temelju drugih zakona, koji kao posebni zakoni imaju prioritet pred odredbama ZZP-a. Trgovac je bilo koja osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u okviru svoje poslovne djelatnosti ili u okviru obavljanja djelatnosti slobodnog zanimanja (čl. 3, st. 1 ZZP-a ‘07). Potrošač je svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u svrhe koje nisu namijenjene njegovoj poslovnoj djelatnosti niti obavljanju

3.3. Nadzor jahte ili brodice na vezu

Subjektivno bitni sastojci ugovora o vezu su nadziranje jahte ili brodice na vezu i ispunjavanje drugih dodatnih usluga i radova.³² Slijedom toga, navedeni sastojci ugovora o vezu se kao takvi ne podrazumijevaju za ovaj tip pravnog posla, pa ugovaratelji, ako žele da postanu bitan sastojak ugovora, treba izričito da ih ugovore.³³

Ako je nadzor jahte ili brodice na vezu izričito ugovoren, pružatelj usluge veza dužan je uobičajenim vanjskim pregledom provjeravati stanje jahte ili brodice i njezine opreme, a ako je to izričito ugovoreno, nadzor jahte ili brodice može uključivati i provjeravanje stanja unutrašnjosti jahte ili brodice (čl. 673n, st. 1 PZ-a). Obveza nadzora jahte ili brodice na vezu postoji ako su kumulativno ispunjena tri uvjeta.³⁴

djelatnosti slobodnog zanimanja (čl. 1 ZZP-a '07). Detaljnije o tome Silvija Petrić: *Koncept nepoštenih ugovornih odredba s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, Zbornik radova „Nepoštene ugovorne odredbe – europski standardi i hrvatska provedba“, Pravni fakultet, Rijeka, 2013, str. 15–60, Siniša Petrović – Nina Tepeš: *Kontrola nepoštenih ugovornih odredaba s posebnim osvrtom na trgovačke ugovore*, Zbornik radova „Nepoštene ugovorne odredbe – europski standardi i hrvatska provedba“, Pravni fakultet, Rijeka, 2013, str. 61–82, Dragan Zlatović: *Nepošteno tržišno natjecanje i poslovna praksa (izvori i pravna zaštita)*, Organizator, Zagreb, 2009, str. 7–10. Ugovor o vezu može biti trgovački ili potrošački ugovor, a to prvenstveno ovisi o određenom svojstvu korisnika veza. Naime, korisnik veza taj ugovor može sklapati kao trgovac (u vezi s obavljanjem djelatnosti koja čini predmet njegova poslovanja), ili pak kao potrošač tj. fizička osoba koja uporabu veza ugovara izvan svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti. Npr. kada fizička osoba kao vlasnik plovila kojim se služi isključivo za osobne potrebe, ugovara uporabu veza za smještaj svoga plovila u luci nautičkog turizma, pa to čini izvan svoje poslovne, trgovačke, obrtničke ili profesionalne djelatnosti, riječ je o potrošačkom ugovoru – tako Padovan, *op. cit.*, str. 8.

³² Koristeći stilizaciju „druge dodatne usluge i radovi“, redaktori PZ-a iz 2019. godine ostavljaju mogućnost ugovarateljima da, osim ustupanja mjesta za vez kao subjektivno bitnog sastojka te nadzora jahte ili brodice na vezu kao subjektivno bitnog sastojka, ugovore i širi opseg obveza pružatelja usluge veza u pogledu jahte ili brodice na vezu. „Druge dodatne usluge i radovi“ najčešće uključuju čuvanje, održavanje, servisiranje, brodopopravilačke poslove i sl. Usluga čuvanja sadržajno uključuje provjetravanje, pražnjenje oborinskih voda, pokrivanje ceradom, povremeno uključivanje motora, kaljužnih pumpi, punjenje baterija, itd., a usluga održavanja, primjerice, radove koji se odnose na redovito održavanje trupa, opreme i strojeva koji su potrebni za održavanje brodice ili jahte u stanju sposobnom za plovidbu u okviru redovnog iskorištavanja i uporabe. Više o tome Vesna Skorupan Wolf – Adriana Vincenza Padovan: *Ugovor o vezu de lege ferenda*, Zbornik radova „Pravni okvir za luke nautičkog turizma“, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2018, str. 78.

³³ *Ibid.*, str. 75.

³⁴ To znači da obveza pružatelja usluge veza da nadzire jahtu ili brodicu na vezu prestaje u

- a) ugovorne strane su izričito ugovorile obvezu nadziranja jahte ili brodice,
- b) jahta ili brodica se nalazi na vezu i
- c) na jahti ili brodici ne borave korisnik veza ili osobe koje je on ovlastio (čl. 673n, st. 2 PZ-a).

3.4. Hitna nepredviđena činjenja koja se odnose na jahtu ili brodicu

U redovnim i uobičajenim okolnostima stanje jahte ili brodice te stanje priveza ne zahtijevaju posebne i dodatne veće intervencije pružatelja usluge veza. Međutim, ovisno o vrsti i sadržaju ponude pružatelja usluge veza te opsegu ugovorene usluge i odgovarajućoj visini njene cijene, pružatelj usluge može, u vrijeme odsustva korisnika veza, osigurati povremene obilaski jahte ili brodice na vezu radi nadzora s gata, kontrolu bokobranai konopa za privez, njihovo podešavanje s obzirom na vremenske uvjete i sl.

Od te uobičajene situacije treba razlikovati situaciju ako nastupe okolnosti koje zahtijevaju hitno postupanje, jer je ozbiljno i akutno ugrožena sigurnost jahte ili brodice na vezu, život i zdravlje ljudi, okoliš, druge jahte ili brodice i infrastruktura luke. U tom slučaju postupanje pružatelja usluge veza uključuje poduzimanje razboritih i uobičajenih mjera da se jahta ili brodica i spomenuti interesi zaštite od izvanrednih vanjskih opasnosti.³⁵

Hitna nepredviđena činjenja pružatelj usluge veza može izvesti i bez prethodne suglasnosti korisnika veza (čl. 673nj, st. 1 PZ-a).³⁶To su činjenja koja je nužno izvesti radi sprječavanja nastanka štete i zaštite jahte ili brodice od ošteće-

trenutku kada su korisnik veza ili treća osoba koju on ovlasti stupili na jahtu ili brodicu, *osim ako nije drugačije ugovoreno* (čl. 673n, st. 3 PZ-a).

³⁵ Riječ je o situacijama u kojima je zbog prirode opasnosti nužno da pružatelj usluge veza hitno intervenira te u kojima nema vremena za obavješavanje vlasnika i dobivanje mandata od vlasnika, pa pružatelj usluge poduzima odgovarajuća hitna i nepredviđena činjenja radi sprječavanja ili minimiziranja štete – *ibid*, str. 66–67.

³⁶ *Ratio* ove odredbe jest činjenica da je većina korisnika stalnog veza u pravilu tijekom razdoblja u kojem ne traje nautička sezona dislocirana u odnosu na svoju jahtu ili brodicu, pa ako se radi o hitnim situacijama u kojima pružatelj usluge veza nema mogućnost pravovremeno pribaviti suglasnost i mandat za postupanje od korisnika veza, on će samoinicijativno poduzeti potrebne mjere radi izbjegavanja ili smanjenja štete od prijeteće opasnosti. Za postupanje pružatelja usluge veza i poduzimanje hitnih nepredviđenih činjenja bez suglasnosti korisnika veza nisu relevantni uzroci koji su doveli do toga da se jahta ili brodica našla u opasnosti ili zbog kojih su nastupile nepovoljne promjene u njezinu stanju ili opasnost za život i zdravlje ljudi, okoliš, druge jahte i brodice, opremu i infrastrukturu luke, već je samo bitna posljedica, tj. nastupanje ugroze ili pojava nepovoljnih promjena – *ibid*, str. 68.

nja ili uništenja, održavanja njezine stabilnosti i plovnosti, sprječavanja opasnosti za život i zdravlje ljudi, okoliš, druge jahte i brodice, opremu i infrastrukturu luke, a ona uključuju i činjenja po naredbi mjerodavnog tijela javne vlasti (čl. 673nj, st. 2 PZ-a).

3.5. Uporaba veza prema ugovoru i namjeni

Korisnik veza dužan je vez rabiti u skladu s ugovorom i njegovom namjenom kao dobar gospodarstvenik, odnosno dobar domaćin (čl. 673o, st. 1 PZ-a)³⁷ i ne smije vez prepustiti drugome na uporabu (čl. 673o, st. 2 PZ-a).³⁸

Korisnik veza odgovara za štetu koja može nastati zbog protuugovorne uporabe³⁹ i uporabe kojoj vez nije namijenjen, neovisno o tome je li vez rabio on ili neka osoba po njegovu nalogu ili koja druga osoba⁴⁰ kojoj je on prepustio jahtu ili brodicu na uporabu ili korištenje (čl. 673o, st. 3 PZ-a). Ako korisnik veza i nakon opomene pružatelja usluge veza rabi vez protivno ugovoru ili njegovoj namjeni, osobito ako neovlašteno prepušta drugome uporabu veza, pružatelj usluge veza može raskinuti ugovor, a ima pravo i na naknadu štete (čl. 673o, st. 4 PZ-a).

³⁷ Od korisnika veza se zahtijeva ona pozornost koja se zahtijeva od svakog dobrog gospodarstvenika *in abstracto*, ako je korisnik veza gospodarstvenik, npr. obrtnik, trgovac pojedinac ili trgovačko društvo. Standard pažnje dobrog domaćina odnosi se na fizičke osobe bez posebnih svojstava, i od njih se zahtijeva postupanje s pozornošću zamišljene prosječno pozorne fizičke osobe određenog okružja u obavljanju istih poslova – vidi Gorenc i dr., *op. cit.*, str. 23.

³⁸ To znači da nije dopušten tzv. „podnajam“ veza.

³⁹ U pogledu obveze uporabe veza prema namjeni, treba reći da se pod namjenom veza smatra ugovorena namjena. Tako je, primjerice, korisnik veza dužan poštivati designiranu namjenu veza u pogledu pitanja je li uporaba veza ugovorena za privatne ili komercijalne svrhe. Slijedom toga, protuugovornom uporabom veza smatra se obavljanje, primjerice, čarter djelatnosti s jahtom ili brodicom za koju je ugovoreno mjesto za vez, ako obavljanje čarter djelatnosti nije ugovoreno kao namjena veza, tako Skorupan Wolff – Padovan, *op. cit.*, str. 70.

⁴⁰ Pod drugim osobama prvenstveno se misli na najmoprimce i zakupoprimce jahte ili brodice te servisere, brodogopravljače, osobe koje je vlasnik jahte ili brodice ovlastio da čuvaju ili nadziru jahtu ili brodicu ili na njoj obavljaju određene radove. Znači, za postojanje odgovornosti korisnika veza za štetu nije potrebno da je ona nastala dok je on rabio jahtu ili brodicu na vezu, nego on odgovara za štetu i dok je uz njegov pristanak jahtu ili brodicu rabila treća osoba. To isključuje osobe kod kojih se jahta ili brodica u vrijeme nastanka štete nalazila bez pristanka korisnika veza, npr. koje su protupravno oduzele jahtu ili brodicu unatoč postupanja korisnika veza s potrebnom pozornošću. U tom slučaju ne bi odgovarao korisnik veza nego te osobe – *ibid*, str. 71.

3.6. Održavanje jahte ili brodice i opreme

Korisnik veza dužan je održavati jahtu ili brodicu i njezinu opremu u dobrom i ispravnom stanju sposobnosti za plovidbu sukladno važećim propisima⁴¹ te je dužan opremiti jahtu ili brodicu kvalitetnim i odgovarajućim konopima za privez i bokobranima i održavati ih za sve vrijeme trajanja ugovora o vezu (čl. 673p, st. 1 PZ-a).⁴² Ako korisnik veza zanemaruje održavanje jahte ili brodice, pružatelj usluge veza može raskinuti ugovor, a ima pravo i na naknadu štete (čl. 673p, st. 2 PZ-a).

3.7. Plaćanje naknade za vez

Ugovor o vezu je naplatni pravni posao, te je naknada za vez njegov bitan sastojak. Ona u ugovoru ne mora biti određena, ali mora biti određiva.

Korisnik veza dužan je plaćati naknadu za vez u rokovima određenim ugovorom, a u nedostatku ugovorne odredbe, kako je uobičajeno u mjestu u kojem se vez nalazi (čl. 673r, st. 1 PZ-a).⁴³ Pružatelj usluge veza može otkazati ugovor o vezu bez pridržavanja otkaznog roka ako je korisnik veza dva uzastopna roka u zakašnjenju s plaćanjem naknade za vez ili znatnog dijela naknade za vez, *ako nije drugačije ugovoreno* (čl. 673r, st. 2 PZ-a).⁴⁴

⁴¹ Opširnije Dragan Bolanča: *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Split, 2016, str. 87–91.

⁴² To uključuje i ispravnost i opremljenost jahte ili brodice i ostalom opremom za vezivanje, pripremu jahte ili brodice za zimovanje (konzerviranje motora, prekrivanje ceradom, i sl.) te kontinuiranu brigu o tehničkoj ispravnosti, tj. o urednom održavanju, što, među ostalim, uključuje i redovne tehničke preglede te održavanje svih plovidbenih isprava i dozvola kao i obveznog osiguranja odgovornosti vlasnika odnosno korisnika brodice ili jahte za štete prema trećima – Skorupan Wolff – Padovan, *op.cit.*, str.72.

⁴³ Ako ugovor o tranzitnom vezu sklapa skipper odnosno zapovjednik jahte ili voditelj brodice u čarteru, postavlja se pitanje koga obvezuje takav ugovor o vezu na strani korisnika veza. Ako je plovilo dano u najam bez posade, te je najmoprimec preuzeo obvezu angažmana skippera, ugovor o vezu obvezuje najmoprimeca kao korisnika veza, budući da skipper radi po njegovu nalogu, tj. u njegovo ime i za njegov račun. Ako je, pak, plovilo dano u najam (čarter) s posadom, tj. ako je na plovilu profesionalna posada (skipper), koju je angažirao najmodavac, ugovor o vezu koji je sklopio skipper obvezuje i najmodavaca i najmoprimeca, ovisno o tome po čijem nalogu skipper radi –*ibid.*, str. 57.

⁴⁴ Ugovor ostaje na snazi ako korisnik veza plati iznos dužne naknade za vez prije nego mu je otkaz priopćen (čl. 673.r, st. 3 PZ-a).

3.8. Pravo zadržanja

Pružatelj usluge veza ima pravo zadržati⁴⁵ jahtu ili brodicu sa svim pripacima, i to na ugovorenom vezu ili tako da je premjesti na drugi siguran vez u moru ili na kopnu do potpunog namirenja neplaćene naknade za vez i ostalih tražbina iz ugovora o vezu te tražbina nastalih u vezi s boravkom i zadržanjem plovila na vezu nakon isteka, prestanka, raskida ili otkaza ugovora o vezu (čl. 673s PZ-a). Tražbine zbog kojih pružatelj usluge veza može zadržati jahtu ili brodicu jesu:⁴⁶

1. nenaplaćene dospjele naknade za vez,
2. sve ostale tražbine iz ugovora o vezu, primjerice tražbine s osnova naknade štete, troškovi koje je učinio za račun korisnika veza, troškovi hitnih i nepredviđenih činjenja koja je poduzeo, a odnose se na jahtu ili brodicu, te
3. tražbine nastale u vezi sa boravkom i zadržanjem plovila na vezu nakon isteka, prestanka, raskida ili otkaza ugovora o vezu.

4. TRAJANJE I PRESTANAK UGOVORA

Ugovor o vezu sklapa se na određeno vrijeme i prestaje istekom toga vremena (čl. 673š PZ-a).⁴⁷

Ugovor o vezu smatra se prešutno obnovljenim na isto vrijeme trajanja i pod važećim uvjetima pružatelja usluge veza ako nakon isteka ugovorom određenog vremena korisnik veza nastavi rabiti vez, odnosno ako jahta ili brodica na koju se ugovor o vezu odnosi ostane na vezu i nakon isteka ugovorom određenog vremena, a pružatelj usluge veza se tome ne protivi (čl. 673t PZ-a).⁴⁸

⁴⁵ O tom pravu vidi Silvija Petrić: *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Pravni fakultet, Split, 2004.

⁴⁶ Važno je da se prema zakonu pravom retencije obuhvate i tražbine pružatelja usluge nastale nakon prestanka ugovora o vezu i to njegova prestanka po bilo kojoj osnovi, istekom, raskidom ili otkazom, a koje su nastale u vezi sa boravkom i zadržanjem plovila. Znači, pokrivene su ne samo tražbine iz ugovora, već i one nastale iz izvanugovornog odnosa koji postoji nakon što je ugovor prestao i uključuje tražbine u vezi s boravkom i zadržanjem plovila na vezu, vidi Skorupan Wolff – Padovan, *op.cit.*, str. 81–82.

⁴⁷ Za razliku od, primjerice, ugovora o najmu, zakupu broda, i zakupu poslovnog prostora koji se mogu sklopiti i na neodređeno vrijeme, ugovor o vezu u praksi sklapa se uvijek na određeno vrijeme i prestaje istekom toga vremena s obzirom na to da pružatelji usluge veza svoju djelatnost obavljaju u uvjetima koncesije koja se daje na određeno vrijeme – *ibid*, str. 87.

⁴⁸ *Relocatio tacita* ne nastupa automatski jer zakon predviđa da je prešutna obnova ugovora o

Ugovor o stalnom vezu može otkazati bilo koja ugovorna strana poštujući ugovorom određeni otkazni rok (čl. 673u, st. 1 PZ-a).⁴⁹ Ako duljina otkaznog roka nije određena ugovorom ili mjesnim običajima, ona iznosi trideset dana (čl. 673u, st. 2 PZ-a).

Ugovor o vezu prestaje ako vez propadne, a ne postoji mogućnost premještanja jahte ili brodice na drugi odgovarajući vez, čime se ne dira u pravo potraživanja naknade štete od ugovorne strane koja je odgovorna za propast veza (čl. 673v, st. 1 PZ-a). Propašću veza kao predmeta uporabe nastaje nemogućnost daljnjeg ispunjenja ugovora, te dosljedno tome, ako na strani pružatelja usluge veza ne postoji mogućnost premještanja jahte ili brodice na drugi odgovarajući vez, ugovor o vezu prestaje. Pritom, za *ex lege* prestanak ugovora propašću veza nije bitan razlog koji je doveo do propasti.⁵⁰

Ugovor o vezu prestaje i u slučaju propasti jahte ili brodice u odnosu na koju je ugovor o vezu sklopljen, čime se ne dira u pravo potraživanja naknade štete od ugovorne strane koja je odgovorna za propast jahte ili brodice (čl. 673v, st. 2 PZ-a).⁵¹

5. ZAKLJUČAK

Zbog intenzivnog razvoja nautičkog turizma i težnje Republike Hrvatske da razvija nautički turizam, pravna pitanja u vezi saugovorom o vezu postala su

vezu moguća jedino ako se pružatelj usluge veza tome ne protivi. Znači, za nastupanje učinka prešutnog obnavljanja nužno je da se pružatelj usluge veza ne usprotivi ponašanju korisnika veza, koji je vez nastavio koristiti nakon isteka ugovora, odnosno ostavio jahtu ili brodicu na vezu – *ibid*, str. 86.

⁴⁹ Na otkaz ugovora o vezu primjenjuje se opće pravilo iz čl. 212, st. 3 ZOO-a, koje govori o tome da se otkaz može dati u svako doba, samo ne u nevrijeme. Otkaz kao način prestanka ugovora o stalnom vezu ne treba miješatis otkazom zbog neplaćanja naknade za vez. U ovom slučaju prestanak ugovora izaziva jednostrana izjava volje jedne ili druge strane koja može biti dana na bilo koji način. Učinak prestanka ugovora nastupa istekom otkaznog roka čija se duljina trajanja određuje ugovorom, a koji počinje teći kad primatelj primi izjavu o otkazu – *ibid*, str. 88.

⁵⁰ Zakonske odredbe koje govore o prestanku ugovora zbog propasti veza ne diraju u pravo potraživanja naknade štete od ugovorne strane koja je odgovorna za propast veza. Ako se radi o uništenju veza događajem više sile, isključena je odgovornost za štetu, osim u slučaju kada je pružatelj usluge veza tu djelatnost obavljao bez valjane pravne osnove u smislu pozitivnih propisa o pomorskom dobru i morskim lukama, kada je njegova odgovornost objektivna – *ibid*.

⁵¹ O sudbini ugovora o vezu nakon potonuća vidi Adriana Vincenca Padovan – Vesna Skorupan Wolff: *Učinak potonuća plovila na vezu na pravni odnos između stranaka ugovora o vezu i čuvanju plovila*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 172, 2018, str. 149–171.

iznimno važna pitanja hrvatskog prava, a zakonsko normiranje ovog ugovora postavilo se kao važan imperativ pred nadležne institucije. Do trenutka njegovog reguliranja, na ugovor o vezu primjenjivalo se nestandardizirano autonomno pravo i brojne disperzirane odredbe ZOO-a, pa takav pravni okvir nije nudio odgovarajuću pravnu sigurnost.

Cilj zakonskog uređenja ugovora o nautičkom vezu bio je sustavno urediti materiju ugovora kao cjelinu i time prvenstveno otkloniti pravne praznine koje postoje u hrvatskom pravu. U okviru tog ugovora pretežno dispozitivnim odredbama normiraju se svi segmenti obveznih odnosa koji nastaju između pružatelja usluge veza i korisnika veza. Pravni okvir koji PZ nudi ima za cilj onemogućiti zanemarivanje i napuštanje jahte ili brodice bez adekvatnih posljedica, jer tada korisnik veza snosi ugovornu odgovornost prema pružatelju usluga usluge veza. Osim toga, predviđena je znatno stroža ugovorna odgovornost za one pružatelje usluge veza koji nemaju valjanu pravnu osnovu za obavljanje te djelatnosti sukladno pozitivnim propisima. Time je na području građanskopravne odgovornosti za štetu iz ugovora o nautičkom vezu uspostavljena uravnotežena zaštita interesa ugovornih strana koje sudjeluju u ovom pravnom poslu. Stoga se može zaključiti da će nova zakonska rješenja nesumnjivo doprinijeti pravnoj sigurnosti i predvidivosti pravne zaštite.

6. LITERATURA

1. BOLANČA DRAGAN: *The Croatian Maritime Code and acquis communautaire of the European Union, Liber amicorum in honour of Radovan Vukadinović*, Banja Luka – Kragujevac, 2020
2. BOLANČA DRAGAN: *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, 2016
3. BULUM BOŽENA: *Pravno uređenje pružanja usluga u nautičkom turizmu u hrvatskim lukama de lege lata i prijedlozi de lege ferenda*, Zbornik radova “Novi pravni režim za marine”, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2019
4. GORENC VILIM - BELANIĆ LORIS - MOMČINOVIĆ HRVOJE - PERKUŠIĆ ANTE - PEŠUTIĆ ANDREA - VUKELIĆ MARIO - VUKMIR BRANKO: *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, Zagreb, 2014
5. PADOVAN ADRIANA VINCENZA: *Odgovornost luke nautičkog turizma iz ugovora o vezu i osiguranje*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 167, 2013
6. PADOVAN ADRIANA VINCENZA - SKORUPAN WOLFF VESNA: *Pleasure Navigation Berthing Contracts Under Croatian Law*, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 175, 2021
7. PADOVAN ADRIANA VINCENZA - SKORUPAN WOLFF VESNA: *Učinak potonuća*

- plovila na vezu na pravni odnos između stranaka ugovora o vezu i čuvanju plovila, „Poredbeno pomorsko pravo“, Zagreb, br. 172, 2018
8. PETRIĆ SILVIJA: *Koncept nepoštenih ugovornih odredba s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore*, Zbornik radova „Nepoštene ugovorne odredbe – europski standardi i hrvatska provedba“, Pravni fakultet, Rijeka, 2013
 9. PETRIĆ SILVIJA: *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Pravni fakultet, Split, 2004
 10. PETROVIĆ SINIŠA – TEPEŠ NINA: *Kontrola nepoštenih ugovornih odredaba s posebnim osvrtom na trgovačke ugovore*, Zbornik radova „Nepoštene ugovorne odredbe – europski standardi i hrvatska provedba“, Pravni fakultet, Rijeka, 2013
 11. Pomorski zakonik („Narodne novine RH“, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15 i 17/19)
 12. Pravilnik o razvrstavanju i kategorizaciji luke nautičkog turizma i razvrstavanju drugih objekata za pružanje usluga veza i smještaja plovnih objekata („Narodne novine RH“, br. 120/19)
 13. Pravilnik o uvjetima za obavljanje djelatnosti iznajmljivanja plovila sa ili bez posade i pružanje usluge smještaja gostiju na plovilu („Narodne novine RH“, br. 42/17)
 14. SKORUPAN WOLFF VESNA – PADOVAN ADRIANA VINCENZA: *Ugovor o vezu de lege ferenda*, Zbornik radova „Pravni okvir za luke nautičkog turizma“, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2018
 15. SKORUPAN WOLFF VESNA – PADOVAN ADRIANA VINCENZA: *Postoje li elementi ostave u ugovorima o vezu u lukama nautičkog turizma?*, Zbornik radova Druge međunarodne konferencije transportnog prava i prava osiguranja INTRANSLAW, Zagreb, 2017
 16. SKORUPAN WOLFF VESNA – PADOVAN ADRIANA VINCENZA: *Ugovor o vezu de lege ferenda*, Zbornik radova „Pravni okvir za luke nautičkog turizma“, Zagreb, 2018
 17. SKORUPAN WOLFF VESNA – PADOVAN ADRIANA VINCENZA: *Obveze korisnika veza iz ugovora o vezu prema aktualnoj poslovnoj praksi hrvatskih marina*, Zbornik radova Druge međunarodne znanstvene konferencije iz pomorskog prava „Suvremeni izazovi pomorske plovidbe“, Split, 2018
 18. *Zakon o obveznim odnosima* („Narodne novine RH“, br. 35/04, 41/08, 125/11, 29/18 i 126/21)
 19. *Zakon o pružanju usluga u turizmu* („Narodne novine Republike Hrvatske“, br. 130/17, 25/19, 98/19, 42/20 i 70/21.)
 20. *Zakon o zaštiti potrošača* („Narodne novine RH“, br. 79/07, 79/09, 89/09, 133/09 i 78/12)
 21. ZLATOVIĆ DRAGAN: *Nepošteno tržišno natjecanje i poslovna praksa (izvori i pravna zaštita)*, Organizator, Zagreb, 2009

THE CONTRACT OF NAUTICAL BERTH AS NEW CONTRACT OF CROATIAN LAW

Summary: *The Croatian Maritime Code regulates the contract of nautical berth as a nominate contract for the first time in Croatian law. The aim of this paper is to determine the exact contents and scope of particular rights, obligations and liability of the contractual parties. The authors conclusion is that the new legislative solutions ensure a substantially higher level of legal certainty, predictability of legal protection in case of dispute and uniformity of judicial practice.*

Key words: *Republic of Croatia, contract of nautical berth*

ИЗМЕНЕ УГОВОРА О КОНЦЕСИЈИ У ПРАВУ СРБИЈЕ¹

Проф. др Драго Љ. Дивљак²

Апстракт: У раду се разматра проблем измене уговора о концесији у праву Србије током његовог трајања, како на концептуалном плану, тако и у погледу питање граница измена овог уговора. Разматрање је засновано и на компаративној анализи права Србије и права Европске уније, уз одговарајуће коришћење искустава појединих других земаља. Крајњи циљ је био да се на основу критичке анализе дође до синтетичке оцене стања актуелног права Србије и по основу ње укаже на правце могућег даљег регулаторног деловања у датој области. Сматрали смо основаним да се уз претходно питање размотри и специфичност проблема који је предмет анализе у раду и детерминанте које у битном опредељују општи нормативни приступ у овој области.

Кључне речи: концесија, измене уговора о концесији, право Србије, јавни уговором регулаторни приступ, границе измена, режими измена.

1. УВОД

Концесија је традиционални посао и инвестициони инструмент. У модерно доба, у контексту експанзије јавно-приватног партнерства и промене улоге јавне управе, она добија на значају, а њена позиција добија нову димензију.³ У том погледу и уговор о концесији се посматра као именовани

¹ Рад је настао као резултат истраживања на пројекту Биомедицина, заштита животне средине и право (бр. 179079) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

² Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића бр. 1, 21000 Нови Сад; e-mail: D.Divljak@pf.uns.ac.rs

³ Материја концесија се поново реактуелизује и све више побуђује пажњу регулаторних органа и стручне јавности. Упор: Catalin-Silviu Sararu, „The Fundamental Principles

уговор који покрива један од модела сарадње јавног и приватног субјекта. У овој области долази до померања фокуса са фазе избора концесионара,⁴ на фазу реализације и извршења концесија, сразмерно расту значаја,⁵ посебно у праву Европске уније.⁶ Неизвршење или неуредно извршење ових уговора по основу модификованих уговора о концесији може имати врло велике негативне импликације у економској и социјалној сфери. Економске последице везане су за нерационално трошење јавних ресурса које доводи до умањења економских активности и са њима повезаног економског раста. С друге стране, социјалне импликације се односе на сферу концесија у сфери јавних услуга. Манифестују се степеном задовољства становништва тим услугама, посебно оних комуналног карактера.

У оквиру извршења уговора о концесији, посебно се актуализује питање измена уговора о концесији. Сам проблем добија на сложености због особености његове правне природе и правном валоризацијом и других интереса, не само уговорних страна. У складу са наведеним, сматрамо сврсисходним и потребним да размотримо проблем измене уговора о концесији у праву Србије током његовог трајања, како на концептуалном плану тако и у погледу питања граница измена овог уговора. Разматрање ће бити засновано на компаративној анализи права Србије и права Европске уније, уз одговарајуће коришћење искустава појединих других земаља. Крајњи циљ је да се на основу критичке анализе дође до синтетичке оцене стања актуелног права Србије и на основу ње укаже на правце могућег даљег регулаторног деловања у датој области. Сматрали смо основаним да се уз претходно питање размотри и специфичност проблема који је предмет анализе у раду и детерминанте које у битном опредељују општи нормативни приступ у овој области.

Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions“, *Acta Universitatis Danubius. Juridica* 6.3, 2010, 158.

⁴ Класичан модел дуго је био заступљен и у међународним документима који су покривали ову област јавних набавки. Шире: Caranta, Roberto. „The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works“. *Common Market Law Review* 52.2 (2015), 448.

⁵ Стање у тој области понекад је изазивало и забринутост. Шире: Ortiz, Iris N., and Jeffrey N. Buxbaum. „Protecting the public interest in long-term concession agreements for transportation infrastructure“. *Public Works Management & Policy* 13.2 (2008): 126.

⁶ У оквиру Директиве 2014/23 ЕУ у посебном одељку се по први пут у праву ЕУ регулише и питање извршења уговора о концесији. Упор: Bogdanowicz, Piotr. „Regulation of PPP and concessions in European Union law—different but equal?“. *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU*. Edward Elgar Publishing, 2020, 1.

2. ОПШТИ РЕГУЛАТОРНИ ПРИСТУП

2.1. Детерминанте општег регулаторног приступа

Уговор о концесији није класичан уговорни инструмент приватног права. Он има особену, односно хибридную правну природу, са израженим јавно-правним елементима и посебне карактеристике.⁷ Због тога што многа питања имају своја специфична обележја и добијају на сложености то укључује и питање измене уговора. То последично захтева посебан, деликатан приступ у погледу правне регулације измена уговора о концесији. Може се рећи да посебне карактеристике у битном опредељују правни режим измена уговора о концесији, па их можемо одредити као основне детерминанте нормативног приступа у овој области. У том контексту су од посебног значаја дугорочност и сложеност концесионих аранжмана, као и шира интересна заснованост.

2.1.1. Дугорочност уговорних аранжмана

У контексту проблематизирања измена уговора о концесији, његова дужина трајања је есенцијална. Дугорочност уговора, једна од битних одредница концесија,⁸ која је општеприхваћена у упоредном праву,⁹ у себи природно имплицира неопходност повремениог прилагођавања релевантних уговорних услова. То свакако чини неопходним модификацију уговорних клаузула.¹⁰ Дуг период трајања уговора о концесији указује на то да је потреба за флексибилношћу и прилагођавањем овог уговора далеко већа него код традиционалних уговора или других уговора који настају по основу јавних набавки.

Додуше, неке од могућих промена могу се унапред предвидети. У том случају могу се прецизирати и регулисати почетним уговором (нпр. про-

⁷ Правна природа уговора о концесији предмет је сталних делима и расправа. Шире: Šikić, Marko, and Frane Staničić. „Pravna narav ugovora o koncesiji“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 48.2 (2011): 419–441.

⁸ Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez. „Contract design in public-private partnerships“. *Report for the World Bank* (2007), 3.

⁹ У праву Србије овај рок не може бити краћи од пет година ни дужи од 50 година, уз могућност да се након истека уговореног периода закључи нови уговор уз избор приватног партнера на одговарајући начин. Чл. 18 ст. 2 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2014. Године (Сл. гласник РС, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016).

¹⁰ Caranta, Roberto, 429.

мене капацитета). Међутим, постоје и друге могуће промене које се тешко могу унапред навести у оригиналном уговору (нпр. нове долазне технологије које битно мењају потребе корисника).¹¹ Стога се може закључити да су уговори о концесији подложни промењеним околностима. Посебно су промењене околности битне за неке секторе, који су осетљиви и на мале поремећаје и потресе. То се пре свега односи на сектор јавних услуга¹² који је посебно осетљив на сваку несигурност.

Промењене околности могу бити различите садржине и укључују околности политичког, економског и правног карактера. Макроекономска нестабилност је посебно у корелацији са потребама модификације уговора о концесијама, што је и емпиријски доказано.¹³ Такве промене битно умањују прилагођеност уговора о концесији новим агрегатним условима, а и иначе су тешко предвидиве.

2.1.2. Сложеност уговорних аранжмана

Са аспекта измена уговора о концесији од значаја је и посебна одлика концесија која се односи на њену сложеност. Наиме, битна особеност уговора о концесији је да се ради о сложеним техничким и финансијским аранжманима.¹⁴ Из тог разлога, у пракси је тешко замислити комплетан уговор о концесији, пошто се не могу предвидети све околности за овако сложене и дуготрајне пословне односе, углавном због неизвесности и ограничене рационалности¹⁵ с обзиром на то да класична теорија уговора полази од става да уколико је уговор потпун он је истовремено и отпоран на поновне преговоре. Крајњи резултат може умногоме зависити од одговарајућег дизајна уговора о концесији,¹⁶ односно од степена његове уговорне флексибилности или ригидности.¹⁷ Комплетним ригидним уговорима могу

¹¹ Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez, 57.

¹² Поред тога, уговори о страним инвестицијама закључују се у области пружања јавних услуга, водоснабдевања или снабдевања струјом, као и у сектору истраживања и коришћења природних ресурса.

¹³ Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez, 7.

¹⁴ Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez 67

¹⁵ Ho, S. Ping, Chun-Wei Tsui. „The transaction costs of Public-Private Partnerships: implications on PPP governance design“. *Lead 2009 Specialty Conference: Global Governance in Project Organizations, South Lake Tahoe, CA.* 2009, 3.

¹⁶ Feng, Ke, et al. „Balancing public and private interests through optimization of concession agreement design for user-pay PPP projects“. *Journal of Civil Engineering and Management* 24.2 (2018): 116.

¹⁷ Шире: Athias, Laure, and Stéphane Saussier. „Un partenariat public-privé rigide ou flexible?“. *Revue économique* 58.3 (2007): 565–576.

се избећи поновни преговори. С друге стране, флексибилним уговорима се креира уговорни оквир за непредвиђене ситуације и за стварање подстицаја за кооперативно понашање. Сваки од ових приступа није без недостатака.¹⁸ Стога је рационалан компромисни приступ који доводи до формализовања непотпуних уговора и решења погодних за обе уговорне стране.¹⁹

2.1.3. Шира интересна заснованост

Сагласно садржини посла концесије, у уговору о концесији се прелама више интереса који не обухватају само интересе уговорних страна. Овако заснована шира интересна заснованост, у односу на класичне уговоре, нужно утиче на нормативни приступ материји његових измена. Наиме, таква околност у важном сегменту детерминише концепт и садржину правног регулисања измене уговора о концесији, јер постоји потреба за правном валоризацијом и осталих интереса инволвираних у ове уговоре. Ту пре свега мислимо на интересе осталих понуђача чије понуде нису прихваћене, али и интересе финансијера.

Посебно је правно интригантна позиција осталих понуђача чије понуде нису прихваћене. Наиме, дуго времена је принцип конкуренције, који је играо примарну улогу у фази доделе концесије, суштински нестајао у фази извршења јавних уговора. То је практично имплицирало запостављање интереса неуспешних учесника у додели концесије. Овај преовлађујући регулаторни приступ тенденцијски се постепено напушта. То је посебно видљиво у праву Европске уније.²⁰ Исто тако, потребно је правно одредити потребу и механизме задовољавања и интереса финансијера, без чијег учешћа се концесија често не би могла ни реализовати.

¹⁸ О предностима и недостацима ових приступа, шире: Caranta, Roberto, 455; Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez, 57.

¹⁹ Ye, Sudong, and Robert LK Tiong. „The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects“. *Construction Management and Economics* 21.5 (2003), 471.

²⁰ У праву ЕУ утврђен је концепт значајних измена уговора о концесији, које понуђачи нису могли разумно очекивати у време првобитне доделе уговора и које су могле довести до учешћа других понуђача и потенцијално, до другачијег избора G. M. Rassa, R. C. Perin and G. L. Albano, 81; Case C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Osterreich, 2008 E.C.R. I-04401, 34–35; Case C-160/08, EU Comm'n v. Fed. Republic of Ger., 2010 E.C.R. I-03713, 99; Case C-91/08, Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main, 2010 E.C.R. I-02815, 38, 43. 54.

2.2. Могући регулаторни приступи

Узимајући у обзир наведене детерминанте, у контексту измена уговора о концесији могућа су два концептуална приступа. Може се инсистирати на стабилности уговора којим се одржава чврстина понуде, која је била пресудна за доделу самог уговора о концесији.²¹ Други антиподни приступ је онај који оправдава поновно преговарање и ревизију уговора. Сваки од ових приступа има своје лоше и добре стране.

С једне стране, уговор о концесији успоставља сложене и дугорочне односе између уговорних страна,²² где се циљеви концесије постижу међусобном синергијом²³ и сарадњом. Тако посматрано, због очигледне међузависности у извршењу овог уговора, нови преговори и модификација могу бити рационална алтернатива раскиду уговора. Исто тако, потреба за ревизијом ових уговора може настати и због неадекватности или непотпуности уговора. Овде се измене јављају као механизам за њихово побољшање,²⁴ чиме се последично уговорна ефикасност подиже на виши ниво.²⁵

Међутим, поновно преговарање о изменама ових уговора нема једнозначне позитивне импликације. Тај процес је релативно скуп јер у себи укључује трансакционе трошкове поновног преговарања.²⁶ Исто тако, не постоји извесност крајњег резултата и подложен је ризику од злоупотребе код обе уговорне стране. У пракси је потврђено да су поновни преговори довели до значајних промена првобитних услова уговора у корист концесионара,²⁷ а о трошку крајњих корисника, јавног сектора и пореских обвезника.

У таквој ситуацији, потребно је пронаћи компромис између уговорне стабилности и предвидљивости и уговорне флексибилности. Јасно је да, кад није предмет злоупотребе, свака модификација датог уговора може побољшати његову ефективност и продукovati његову успешну реализацију. Наиме, уговорни односи морају бити у стању да се развијају у складу са променама у макроекономском или технолошком окружењу, водећи рачуна

²¹ Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez, 58

²² Ho, S. Ping, Chun-Wei Tsui, 3.

²³ Ho, S. Ping, Chun-Wei Tsui, 2.

²⁴ Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez, 61.

²⁵ Iossa, Elisabetta, Giancarlo Spagnolo, and Mercedes Vellez, 60.

²⁶ Ho, S. Ping, Chun-Wei Tsui, 1.

²⁷ Шпире: Guasch, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. World Bank Publications, 2004, 28.

о општим интересима и интересима уговорних страна.²⁸ Стога је логично да правни регулатори приликом измена уговора о концесији начелно полазе од става да је дати уговор могуће изменити или на други начин аналогно модификовати. О томе не постоји спор у упоредном праву. Постоје разлике у нивоу флексибилности, односно правним основама, обиму и границама тих измена. Степен тих ограничења је различит као и инструменти који се притом користе и који имају директне последице по природу тог уговора.

У датом погледу, уопштено гледано, системи правне регулације могу да изаберу строжи приступ, где се скоро измена концесионих уговора третира де факто као нова додела уговора или приступ који задржава висок степен флексибилности и слободе уговорних страна, са свим предностима и манама тих приступа.

3. ИЗМЕНЕ УГОВОРА У ПРАВУ СРБИЈЕ – РЕГУЛАТОРНИ ОКВИР И КОНЦЕПТ

Правни оквир концесија у праву у Србији утврђен је у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2014. године.²⁹ Он је по својим формалним одредницама опсежан и заокружен³⁰ закон специфичне усмерености, који у садржинском погледу доводи до битних промена нормативног приступа концесији у односу на раније важеће законодавство.

С обзиром на свој назив, јасно је да законодавац област концесије регулише заједно са јавно-приватним партнерством, где се концесија посматра као подоблик партнерства.³¹ То је случај и у неким упоредним пра-

²⁸ Catalin-Silviu Sararu, 155.

²⁹ Овај закон је заменио досад важећи Закон о концесијама из 2003. године. („Сл. гласник РС“ бр. 55/2003).

³⁰ У области концесија од велике важности је национална регулатива, при чему је методолошки приступ сваке земље другачији. У основи, у највећем броју законодавстава ова област није уређена посебним законом, већ се примењују парцијални прописи. С друге стране, новија национална правила о концесијама садржински се доста подударају.

³¹ Тако се концесије у праву Србије дефинишу као уговорно или институционално ЈПП са елементима концесије у коме је јавним уговором уређено комерцијално коришћење природног богатства, добара у општој употреби која су у јавној својини, односно добара у својини јавног тела или обављања делатности од општег интереса, које јавни партнер уступа приватном партнеру, на одређено време, под посебно прописаним условима, уз плаћање концесионе накнаде од стране приватног, односно јавног партнера, при чему приватни партнер сноси ризик везан за комерцијално коришћење предмета

вима.³² Овакав нормативни приступ може се различито оценити.³³ Сагласно наведеном нормативном приступу, уговор о концесији се посматра као један од подоблика јавног уговора који се у датој области јавља као генерични појам,³⁴ а чиме на прави начин није исказана његова особеност.

У оквиру регулације овог уговора, српско законодавство, сагласно тенденцијама из права ЕУ, по први пут целовитије регулише и питање измена уговора о концесији.³⁵ То је урађено у више одвојених законских чланова, при чему између њих не постоји јасна кохеренција. Наведена законска методологија, заједно са неспецификацијом правила уговора о концесијама у односу на друге облике јавних уговора, довела је до умањења систематичности и прецизности односне правне регулативе.

Приступ права Србије о изменама уговора о концесији је особен и у доброј мери није упоредив са правом ЕУ, које је по логици ствари за ово право, увек релевантно. Важећа правна регулатива у Европској унији из области концесије заснована је на Директиви 2014/23/ЕУ Европског парламента и Већа из 2014. о додели уговора о концесији,³⁶ а која представља први регулаторни оквир који искључиво регулише ову област.³⁷ До доно-

концесије. Чл. 10 ст. 1 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

³² *Такав случај је у руском праву: Пяткова Т., В., Михайлюк О. Н, Концессионное соглашение как наиболее распространенная форма государственно-частного партнерства*, Вестник Югорского государственного университета, 67.

³³ Овакав приступ има своје лоше и добре стране. С једне стране, области концесија и јавно-приватног партнерства, заједно са јавним набавкама су блиско повезане и стога има логике да се та повезаност нормативно исказе. С друге стране, таквим регулаторним приступом, законски текст губи на читљивости и јасноћи, посебно ако се притом користи доста неодређена правна терминологија, као што је израз ЛПП са елементима концесије.

³⁴ Јавни уговор закључује се као уговор о јавно-приватном партнерству или као уговор о концесији. Чл. 20 ст. 2 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

³⁵ Закон о концесијама из 2003. године није регулисао ову област.

³⁶ Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts, O.J. 2014, L 94/1–64.

³⁷ До тада је ова област била покривена основним правилима Директиве 2004/18/ЕЗ Европског парламента и Већа о координацији поступака за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавном снабдевању и уговора о пружању јавних услуга (Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, OJ L 134, 30.4.2004), док су концесије за услуге с прекограничним интересом биле уређене само начелима Уговора о функционисању Европске уније.

шења ове директиве сматрало се да правила о извршењу уговора излазе из оквира правила о јавним набавкама³⁸ и на тај начин су била углавном препуштена државама чланицама.

Концепт правне регулативе у српском праву у овом погледу разликује два могућа основа измена уговора о концесији. То су прво саме законске одредбе а, друго, уговор о концесији. Законом су дефинисане границе могућих измена уговора о концесији. Истовремено, њиме је отворена могућност да се измене уговора о концесији остваре и у свим осталим, законом недефинисаним случајевима у мери у којој је јавни партнер уговором о концесији уредио могући обим измена таквог уговора након његовог закључења, утврдио лица која имају право да то захтевају и механизам за усаглашавање тих измена.³⁹ У том смислу се може закључити да фактички обим тих измена у битном може зависити од садржине изворног уговора о концесији, при чему се потенцира улога јавног партнера. Може се тумачити да је интенција законодавца била да усмери јавног партнера да приликом креирања уговора о концесији обрати пажњу и на област измена тог уговора и антиципира могуће начине заштите јавних интереса. Наравно да такав приступ подиже ниво потребне флексибилности правне регулације,⁴⁰ али све то има последице по правну сигурност.

Исто тако, није добро да се тако специфично и осетљиво питање као што је измена уговора о концесији из законодавне сфере пребацује у сферу аутономне воље уговорних страна, фактички превасходно јавног партнера. Инструктивна су начелна полазишта права ЕУ, да учесници треба да имају могућност измена концесије у облику ревизијских или опцијских клаузула, али такве клаузуле не значе да им треба омогућити неограничено дискреционо право.⁴¹ У таквом приступу јасно се види битна улога правног регулатора да он одреди меру у којој је могуће мењати првобитну концесију. Посебно што такав аутономни приступ може у екстензивном виду потенцијално обухватити и измене са значајним последицама. Неке од њих утичу на економску равнотежу концесије или евентуалну промену концесионара.

³⁸ Овај традиционалан приступ дуго је био присутан и у другим међународним документима из области јавних набавки. Шире: Caranta, Roberto, 448.

³⁹ Чл. 46 ст 2 т. 14 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

⁴⁰ Потреба за већом флексибилношћу правила о изменама уговора о концесији током трајања уговора, уз потребу увођења јаснијих правила, била је једна од мотива доношења нове директиве ЕУ о концесијама.

⁴¹ Пар. 78 Директиве 2014/23/ЕУ Европског парламента и Већа из 2014. о додели уговора о концесији.

У том смислу, законом би требало прецизирати да такве уговорне измене морају обухватати мање битна питања, као што је индексација цена, прилагођавање технолошким променама или потребама стандардног или ванредног одржавања.

Крајња последица оваквог, потенцијалног јачања аутономије воља уговорних страна у погледу регулисања измена уговора о концесији је да тај приступ не омогућава давање прецизне коначне оцене права Србије у погледу строгости режима измена датог уговора. Она у највећој мери зависи од фактицитета сваког појединог уговора.

У концептуалном смислу од значаја је и законска одредба да се уговор о концесији може изменити и на захтев јавног, односно приватног партнера или банке, односно друге финансијске институције,⁴² што као пракса постоји и у упоредном праву. На овај начин направљен је значајан искорак у погледу тога да и финансијери могу захтевати измене датог уговора, иако нису уговорна страна. Ово правило указује на кључни економски значај позиције финансијера у погледу обезбеђивања реализације концесија. То доводи до крупних правних импликација у погледу природе уговорних односа и посла концесије у српском праву. Досадашњи фактички утицај на измене уговора о концесији којим они условљавају даље финансирање посла концесије, новим преговорима и тачно одређеном садржином измена изворног уговора о концесији сада се правно признаје. Правно уређење ове осетљиве улоге финансијера, свакако је у интересу свих учесника у послу концесије, што говори да се ради о позитивном новуму у праву Србије.

4. ГРАНИЦЕ ИЗМЕНА УГОВОРА О КОНЦЕСИЈИ У ПРАВУ СРБИЈЕ

4.1. Општи приступ

У праву Србије се приликом конципирања правила о изменама уговора о концесији полази од општеприхваћеног регулаторног става у упоредном праву. Наиме, регулаторни концепт заснива се на премиси да су уговори о концесији, по правилу, непотпуни уговори, због чега се унапред не

⁴² Чл. 50 ст. 1 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

могу предвидети све могуће варијабле.⁴³ То је практично имплицирало да се дозволе измене ових уговора, али под контролисаним, унапред одређеним условима. Тај приступ би се сликовито могао именовати као приступ „флексибилне сигурности“.⁴⁴

У операционализацији наведеног начелног става у праву Србије, у погледу граница измена датог уговора, креирају се диференцирани правни режими, различите усмерености и садржине. Они се могу свести на режим слободне измене уговора о концесији, режим забрана и режим условних измена.

4.2. Правни режими

4.2.1. Режим забрана

У праву Србије, у погледу измена уговора о концесији, најстрожи режим укључује немогућност измена уговора у одређеном сегменту. Он је нормативно устројен тако да је законом изричито искључено да се измене могу односити на предмет уговора, рок на који је уговор закључен, као и на концесиону накнаду. Овакав приступ парцијалне забране има своје рационално оправдање, а присутан је и у упоредном праву.⁴⁵ Он на први поглед генерално сличи концепту „значајних измена“ у праву ЕУ,⁴⁶ али се формално, садржински, а посебно суштински не подудара са наведеним разрађеним приступом права ЕУ.

Међутим, условна тачка повезивања приступа ових правних система може се наћи у полазној методологији која се заснива на вредновању значаја круга питања која треба да буду предмет измена уговора и за које се сагласно томе утврђују различити правни третмани. Јасно је да се у српском праву наведени круг питања третира као посебно значајан за посао концесије у целини и чија би измена проузроковала крупне последице и суштински значила нову концесију. У том контексту, такво искључујуће правило има своју пуну логичку заснованост.

Истовремено, наведени различити приступи имају за заједничко и то што посредно указују и на правно валоризовање интереса и других понуђача чије понуде нису прихваћене, што је јасна тенденција у праву ЕУ. Наиме,

⁴³ D’Haussonville, Rainier. „Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions’ Directive“. *US-China L. Rev.* 11 (2014), 1554.

⁴⁴ Ibid

⁴⁵ Упор: чл. 39 Закона о концесијама Хрватске из 2012. године (NN 143/2012).

⁴⁶ Чл. 43 ст. 4 Директиве 2014/23/ЕУ.

избор концесионара врши се по правилима о јавним набавкама где су јасно назначени критеријуми који се морају поштовати. Наведена питања, која су предмет забране у праву Србије суштински опредељују избор концесионара, стога би свака измена у том сегменту посредно значила изигравање резултата јавне набавке и тиме последично оштећење интереса других понуђача.

Међутим, наведена законска забрана у погледу предмета измена уговора о концесији у праву Србије релативизује се посебним законским правилима која захтевају додатно тумачење.

Најшире одступање могуће је путем примене тзв. стабилизационе клаузуле. Она подразумева да се уговор о концесији може изменити без ограничења када дође до промене прописа након закључења датог уговора, а који погоршавају положај приватног или јавног партнера. Измене могу бити само у обиму који је неопходан да се приватни, односно јавни партнер доведе у положај у коме је био у моменту закључења уговора, с тим да рок трајања јавног уговора ни у ком случају не може бити дужи од општих законских лимита трајања концесије у нашем праву.⁴⁷

Одступања од наведене забране присутна су и код посебних законских правила о концесионим накнадама. Наиме, овим правилима се дозвољава одступање од неповредивости висине концесионе накнаде у процесу измене датог уговора када се ради о периодичном, аутоматском прилагођавању ове накнаде. Наиме, законом је дозвољено да се јавним уговором о концесији може одредити промена висине концесионе накнаде у одређеном временском периоду, за време трајања јавног уговора о концесији, а то је опет неопходно назначити у конкурсној документацији.⁴⁸

У овом контексту спорним се чини и питање релевантности и примене законске одредбе о садржини јавних уговора који се односе на евентуалне корекције накнада приватном партнеру. Наиме, законом је прописано да приликом утврђивања садржине јавног уговора, јавни партнер уређује између осталог и питање начина и формула за утврђивање, периодично усклађивање и прилагођавање тарифа или накнада, као и механизме за смањење накнаде приватном партнеру у случају лошијег квалитета његових услуга/објеката.⁴⁹

Потреба за тумачењем овог правила у контексту концесија продукто-

⁴⁷ Чл. 52 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

⁴⁸ Чл. 43 ст. 5 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

⁴⁹ Чл. 46 ст 2 т. 9 и 10 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

вана је јединственим регулисањем јавних уговора, како оних који се односе на јавно-приватна партнерства, тако и на њихову подврсту, тј. концесије. Анализирајући дато правило у контексту целине меродавног члана 46 закона, могло би се закључити да се оно односи и на јавне уговоре о концесији. Међутим коришћење термина „накнаде и тарифе“ уместо „концесиона накнада“ ипак упућује на то да се ово правило не односи на концесије. Стога можемо закључити да се ту ипак не ради о новом специфичном облику одступања од неповредивости висине концесионе накнаде.

4.2.2. Режим слободних измена

Приступ који можемо окарактерисати као режим слободне или безусловне измене уговора постоји када није потребно спровођење поступка нове доделе концесије. У конципирању режима слободне измене, користе се два нормативна метода.

Прво, прецизним правилима омогућавају се измене у врло уском сегменту и то само за концесије за радове у случају додељивања додатних радова концесионару. Тако је предвиђено да у случају концесије за радове, давалац концесије може, без спровођења новог поступка давања концесије, концесионару који обавља те радове доделити додатне радове који нису били укључени у почетно разматрани пројекат концесије или у основни јавни уговор о концесији,⁵⁰ а који су због непредвиђених околности постали неопходни за извођење радова, у складу са одговарајућим одредбама закона којим се уређују јавне набавке.⁵¹

Другом методом се утврђивање опсега слободне измене уговора препушта уговорном регулисању, о чему је већ било речи. Тако је утврђено да су измене уговора о концесији слободне у законом недефинисаним случајевима у оној мери у којој је јавни партнер уговором о концесији уредио могући обим измена таквог уговора након његовог закључења, утврдио лица која имају право да то захтевају и механизам за усаглашавање тих измена.⁵²

Наведени приступ није уобичајен и има видан недостатак јер режими слободних измена уговора не обухватају измене које се могу квалификовати као мање битне или су формалног карактера. Ту се ради о промени концесионара која настаје као последица корпоративног реструктурирања, промени концесионара као последици преноса концесије у корист финан-

⁵⁰ Они су наведени у чл. у 18 ст. 2 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

⁵¹ Чл. 51 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

⁵² Чл. 46 ст. 2 т. 14 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

сијских институција које дају кредите концесионару у циљу извршења уговора о концесији, промени концесионара када је концесија предмет заложног права.

Исто тако, необјашњива је чињеница да овај режим у српском праву није обухватио широко прихваћен и логичан, стандардан могући основ за то, а то су незнатне измене вредности концесија.⁵³ Овакав приступ укорјењен је у упоредном праву и праву ЕУ⁵⁴ и има пуно оправдање у разлозима рационалности и избегавања непотребног трошења новца и времена. С друге стране, јасно утврђени преговори „де минимис” треба да обезбеде правну сигурност у овој области.⁵⁵ Међутим, ове измене у праву Србије нису ослобођене ограничења у примени и потребна флексибилност изостаје.

4.2.3. Режим условних измена

У праву Србије, приступ условних измена је доста уско успостављен и односи се првенствено на специфичне облике измена уговора о концесији. То је супротно праву ЕУ, где би се овај режим скоро могао окарактерисати као базични и преовлађујући, с обзиром на обухват и значај који му се придаје.⁵⁶

Знатно редуковани приступ у праву Србије може се квалификовати као врло битан недостатак и покрива само два случаја.

Први случај за основ има ситуацију коју покрива унапред презентована стабилизациона клаузула. Она се односи на посебне облике промењених околности, чији узроци нису спољашње околности већ промене узроковане променом законских правила која утичу на положај учесника у послу концесије. У том контексту, стабилизациона клаузула има за циљ заштиту стечених права учесника у концесији, посебно страних улагача.

Други случај условних измена у српском праву врло је специфичан и односи се на већ споменуте измене уговора о концесији по захтеву финансијера, односно банке, или друге финансијске институције. Међутим,

⁵³ Он је у праву ЕУ ограничен само на незнатне измене вредности, ако је вредност измена мања од општег прага вредности концесије на које се примењује Директива и 10% вредности првобитне концесије. У случају кумулативног испуњења ових прагова, не постоји потреба за било каквом провером у вези са применом концепта значајних измена уговора о концесији. Чл. 43 ст 2 Директиве 2014/23/EU.

⁵⁴ Чл. 43 ст. 1 тач. 5 Директиве 2014/23/EU.

⁵⁵ Међутим, и у тој ситуацији, такве измене не смеју мењати укупну природу концесије. Чл. 43 ст. 2 Директиве 2014/23/EU.

⁵⁶ Тако право ЕУ у овом контексту обухвата: измене предвиђене у првобитној документацији о концесији, додатне радове или услуге, неподвижене околности и измене концесионара.

реализовање овог права подвргнуто је ширим додатним условима. Прво, и овде важи општа забрана да се измене не могу односити на предмет уговора, рок закључења и концесиону накнаду. Друго, тим изменама не сме се нарушавати баланс поделе ризика на штету јавног партнера, нити се вредност јавног уговора може повећати за више од 3%. Захтев финансијера треба да буде економски оправдан, правно документован и прихватљив за јавног партнера. Такође је претходно потребно прибавити мишљење министарства надлежног за послове финансија.⁵⁷

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

На основу изнете анализе, видљиво је да се право Србије у материји измене уговора о концесији у формалном и садржинском погледу разликује од права ЕУ. Исто тако, може се закључити да важећа српска законска регулатива, и поред позитивних искорача, има и више недостатака, који нису безначајни.

Прво, видљиви су позитивни искораци у једном сегменту. У том контексту треба поменути правну регулацију положаја финансијера у овој области, као и креирање стабилизационе клаузуле. Постојање оваквих законских правила свакако се може позитивно оценити.

Међутим, у праву Србије, постоје и видљиви недостаци. Знатно редуковани приступ условних измена уговора о концесији може се квалификовати као врло битан недостатак. Исто тако, у овом контексту треба навести да изостаје регулисање мање значајних и формалних измена уговора о концесији, што је супротно пракси ЕУ и упоредног права. У поређењу са правом ЕУ, видљиво је да је српска правна регулатива недовољна и непотпуна и у погледу регулисања неких посебних питања. То посебно долази до изражаја у сегменту непредвидивих и изненадних околности. Док је у праву ЕУ ова материја предмет регулисања широког спектра ових околности, у српском праву је ова област само парцијално регулисана.

У складу са напред наведеним, јасно је да у будућем српском законодавству о концесијама, које ће нужно морати бити креирано, неће бити довољно само исправити исказане недостатке законске регулативе о измени уговора о концесијама, већ је потребно и сва будућа релевантна законска правила конципирати на новим основама и садржински га уподобити са правом ЕУ.

⁵⁷ Чл. 29 ст. 5 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

6. ЛИТЕРАТУРА:

1. Athias Laure and Stéphane Saussier, „Un partenariat public-privé rigide ou flexible?“ *Revue économique* 58.3 (2007)
2. Bogdanowicz Piotr, „Regulation of PPP and concessions in European Union law—different but equal?“. *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU*. Edward Elgar Publishing, 2020.
3. Caranta Roberto, „The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works“. *Common Market Law Review* 52.2 (2015)
4. Catalin-Silviu Sararu, „The Fundamental Principles Drawn from the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement and Concessions“. *Acta Universitatis Danubius. Juridica* 6.3, 2010.
5. Consolidated version of the Treaty on European Union, (2016/C 202/01)
6. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016/C 202/01)
7. Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts, O.J. 2014, L 94/1–64.
8. Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, OJ L 134, 30.4.2004.
9. d’Haussonville Rainier, „Towards a New Concessions Regime in the EU: About the Merits and Shortcomings of the Concessions’ Directive“. *US-China L. Rev.* 11 (2014).
10. Feng Ke et al. „Balancing public and private interests through optimization of concession agreement design for user-pay PPP projects“. *Journal of Civil Engineering and Management* 24.2 (2018).
11. Guasch J. Luis, „Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right“. *World Bank Publications*, 2004.
12. Ho S. Ping and Chun-Wei Tsui, „The transaction costs of Public-Private Partnerships: implications on PPP governance design“.
13. Lead 2009 Specialty Conference: Global Governance in Project Organizations, South Lake Tahoe, CA. 2009.
14. Iossa Elisabetta, Giancarlo Spagnolo and Mercedes Vellez „Contract design in public-private partnerships“. *Report for the World Bank* (2007).
15. Ortiz Iris N. and Jeffrey N. Buxbaum, „Protecting the public interest in long-term concession agreements for transportation infrastructure“. *Public Works Management & Policy* 13.2 (2008).
16. Пяткова Т., В., Михайлюк О. Н, „Концессионное соглашение как наиболее распространенная форма государственно-частного партнерства“. *Вестник Югорского государственного университета*.

17. Šikić Marko, Frane Staničić, „Pravna narav ugovora o koncesiji“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 48.2 (2011).
18. Ye Sudong and Robert LK Tiong, „The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects“. *Construction Management and Economics* 21.5 (2003).
19. Закон о концесијама из 2003. године, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 55/2003.
20. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године. „Службени гласник Републике Србије“, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016.
21. Закон о концесијама Хрватске из 2012. године. (NN 143/2012).

Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor⁵⁸

CHANGES TO CONCESSION CONTRACTS IN SERBIAN LAW

Summary: *The paper analyzes the problem of changes to the concession contracts in Serbian law during their validity, both conceptually and with regard to the issue of the limits of changes to these contracts. The analysis is also based on a comparative analysis of the Serbian law and the law of the European Union, with the appropriate use of the experiences of some other countries. The ultimate goal was to arrive at a synthetic assessment of the status of the current Serbian law on the basis of a critical analysis and, based on it, to indicate the directions of possible further regulatory action in the given field.*

Based on the above analysis, it is evident that Serbian law, in the matter of changes to the concession contracts differs from the law of the EU in terms of form and content. In the same way, it can be concluded that the current Serbian legislation, despite positive steps, has several shortcomings that are not insignificant. Therefore, it is clear that in the future Serbian legislation on concessions, which will necessarily follow, it will not be enough just to correct the stated shortcomings of the subject legislation, but it will be also necessary to formulate all relevant future legal rules on new grounds and content-wise aligned with EU law.

Key words: *changes to concession contracts, Serbian law, regulatory approach, limits of changes, regimes of changes*

⁵⁸ Faculty of law – University in Novi Sad, Serbia

ОБАВЕЗА КУПЦА ДА ПРЕУЗМЕ ИСПОРУКУ КОД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

Др Сандра Фишер Шобот¹

Сажетак: Обавеза купца да преузме испоруку код уговора о међународној продаји робе се, према чл. 60 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе, састоји у обављању свих радњи које се разумно од њега очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку и преузимању робе.

Предмет анализе у раду је садржај обавезе преузимања испоруке код уговора о међународној продаји робе, као и идентификовање и разматрање отворених питања која постоје у вези са њеним извршењем.

Кључне речи: преузимање испоруке, обавезе купца, уговор о међународној продаји, Бечка конвенција.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Основне обавезе купца, према Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године² (даље: Бечка конвенција, БК) јесу плаћање цене и преузимање испоруке робе.³

Обавеза преузимања испоруке регулисана је у чл. 60 БК, а састоји се од обављања свих радњи које се од купца разумно очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку и преузимања робе.

Обавеза преузимања испоруке, као „друга страна“ испоруке важна је за извршење уговора о продаји и за њену повреду се везују значајне правне

¹ Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду

² Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација у уговорима о међународној продаји робе, Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 10-1/84 од 31. 12. 1984. (даље у фуснотама: БК).

³ Вид. чл. 53 БК.

последнице. Уколико се испорука извршава стављањем робе на располагање купцу, ризик за случајну пропаст и оштећење робе прелази на купца од часа када преузме робу, или ако то не учини благовремено, у часу када му је роба стављена на располагање, а он чини повреду уговора тиме што је не преузме.⁴

С обзиром на то да преузимање испоруке представља самосталну обавезу купца, у случају њеног неизвршења продавац може да користи правна средства предвиђена Бечком конвенцијом.⁵ Продавац може да захтева од купца да преузме испоруку⁶ и да му одреди додатни рок разумне дужине за извршење ове обавезе.⁷ Надаље, он може изјавити да раскида уговор о продаји уколико непреузимање испоруке представља битну повреду уговора.⁸ Такође, ако купац испоруку не преузме ни у накнадном року или изјави да испоруку неће преузети ни у накнадном року, продавац може изјавити раскид уговора.⁹ Према томе, Бечка конвенција повреду обавезе преузимања испоруке од стране купца третира као нарочито озбиљну с обзиром на то да продавац може да раскине уговор не само када постоји битна повреда уговора, него и у случају када купац ову обавезу не изврши у накнадно остављеном року. Коначно, продавац може да захтева накнаду штете.¹⁰ Захтев за накнаду штете може истаћи алтернативно или кумулативно са наведеним правним средствима,¹¹ а она се одмерава у складу са правилима из чл. 74–77 БК.

Бечка конвенција обавезу преузимања испоруке регулише у само једном члану и очигледно јој придаје мањи значај у односу на друге обавезе продавца и купца. Такође, у доктрини се овој обавези купца посвећује мања пажња. Па ипак, разматрања која следе показале да у теорији и пракси постоје одређена отворена питања у вези са садржајем и извршењем ове обавезе која је потребно размотрити.

⁴ Вид. чл. 69(1) БК.

⁵ Вид. чл. 61 БК.

⁶ Вид. чл. 62 БК.

⁷ Вид. чл. 63(1) БК. Вид. арбитражну одлуку *Mung bean case*, China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC], CISG/2001/02, 22. 3. 2001, доступно на <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/china-march-22-2001-translation-available>.

⁸ Вид. чл. 64(1)(а) БК.

⁹ Вид. чл. 64(1)(б) БК. Вид. арбитражну одлуку у предмету S 2/97 *Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte – Wien*, 10. 12. 1997, доступно на <http://unilex.info/cisg/case/346>.

¹⁰ Вид. чл. 61(1)(б) БК.

¹¹ Вид. чл. 61(2) БК.

2. ОБАВЕЗА КУПЦА ДА ПРЕУЗМЕ ИСПОРУКУ КОД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

Обавеза преузимања испоруке је самостална обавеза купца, а према Бечкој конвенцији састоји се у обављању свих радњи које се разумно од њега очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку преузимању робе и преузимању робе.

2.1. Предузимање радњи које омогућавају продавцу да изврши испоруку

Купац је дужан да изврши све радње које се од њега разумно очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку.¹² Предузимање ових радњи представља саставни део обавезе преузимања испоруке и потребно их је разликовати од других обавеза које купац има на основу уговора или БК.¹³ Као што смо видели, продавац може да раскине уговор ако купац ни у додатном року не изврши своју обавезу да преузме испоруку или изјави да то неће учинити у додатно остављеном року.¹⁴ Према томе, уколико купац не предузме радње које се од њега разумно очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку, то представља повреду обавезе преузимања испоруке и продавац има право да уговор раскине у складу са чл. 64 БК.

Чл. 60(а) БК показује да конвенција признаје значај сарадње продавца и купца приликом извршења уговора.¹⁵ У теорији се истиче да обавеза купца да предузме радње које се од њега разумно очекују да би продавац могао да изврши испоруку представља конкретизацију опште обавезе сарадње уговорних страна¹⁶ и да као таква представља израз начела савесности и поштења.¹⁷

¹² Вид. чл. 60(а) БК.

¹³ Ingeborg Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2016, 893.

¹⁴ Вид. чл. 64(1)(б) БК.

¹⁵ Вид. *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016 Edition, New York 2016, Art. 60, пара. 2.

¹⁶ Henry Deeb Gabriel, „The Buyer’s Performance Under the CISG: Artcles 53-60 Trends in the Decisions“, *Journal of Law and Commerce*, 2005-06, 282.

¹⁷ Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 6, München 2004, 598; Heinrich Honsell, *Kommentar zum UN-Kaufrecht – Übereinkommen der Vereinten Nationen über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin Heidelberg 2010, 769, 775; Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis (eds.), *International Sales*

Формулацију „обављање свих радњи да би продавцу омогућио да изврши испоруку“ треба схватити као све мере, које према околностима конкретног случаја, представљају правне и фактичке претпоставке за уредно и благовремено извршење обавезе испоруке од стране продавца. Другим речима, овде спадају све оне радње које купац треба да изврши да би продавац могао да обави свој део посла.¹⁸ У сваком случају, у питању су радње које су припремног карактера и које треба да буду извршене пре испоруке робе.

Ова обавеза купца може бити изричито уговорена, односно уговором могу бити утврђене радње које купац треба да предузме да би продавцу омогућио извршење испоруке. Осим тога, она може произлазити и из осталих одредаба уговора, праксе успостављене између уговорних страна и обичаја.

У пракси стране често уговарају примену *INCOTERMS* правила Међународне трговинске коморе.¹⁹ Нека од *INCOTERMS* правила предвиђају мере и радње које купац треба да предузме да би испорука била могућа.²⁰ На пример, када је уговорена клаузула *FOB* купац мора да уговори о сопственом трошку превоз робе од именоване луке отпреме,²¹ а продавац испоручује робу на броду који именује купац у именованој луци отпреме.²² Према томе, купац је тај који треба благовремено да достави продавцу најаву о свим транспортно-безбедносним захтевима, називу брода, тачки утовара, и ако постоји, одабраном датуму испоруке унутар уговореног рока.²³

Обавеза предузимања припремних радњи одређена је са два елемента. Прво, то морају бити радње које су нужне за извршење испоруке, и друго, у питању су радње које се од купца разумно очекују.

У теорији и у пракси је спорно које радње представљају радње нужне за извршење испоруке. Наиме, не постоји јединствен став да ли обавезе

Law, London, New York 2007, 443.

¹⁸ Jelena Vilus, *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Zagreb 1981, 147.

¹⁹ Анализа у тексту ће бити заснована на Правилима Међународне трговинске коморе за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини – *INCOTERMS 2020* (даље у фуснотама: *INCOTERMS 2020*), која се примењују од 1. јануара 2020. Вид. више код Сандра Фишер Шобот, *Правила Међународне трговинске коморе за коришћење термина у унутрашњој и међународној трговини – INCOTERMS 2020*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 91/2021, 31–50.

²⁰ Вид. I. Schwenzer, C. Fountoulakis (eds.), 443.

²¹ Вид. чл. Б4 *FOB INCOTERMS 2020*.

²² Вид. чл. А2 *FOB INCOTERMS 2020*.

²³ Вид. чл. Б10 *INCOTERMS 2020*.

купца чија је сврха да омогуће продавцу да произведе робу представљају припремне радње у смислу чл. 60(а) БК. Такве обавезе би биле обавеза купца да достави продавцу цртеже, дизајн или да одреди облик, мере и друга обележја робе.²⁴ Конвенција предвиђа да, ако је према уговору купац дужан да одреди облик, мере или друга обележја робе, он треба да учини ову спецификацију до уговореног датума или до истека разумног рока, пошто је од продавца примио захтев да то учини.²⁵ У случају да спецификација купца изостане, продавац може сам да учини спецификацију робе у складу са купчевим потребама које су му могле бити познате.²⁶ Једна група теоретичара истиче да обавезе купца које треба да омогуће производњу робе не представљају саставни део обавезе преузимања испоруке.²⁷ С друге стране, постоје мишљења да и давање спецификације робе представља део обавезе купца да преузме испоруку.²⁸ У предмету *Geneva Pharmaceuticals*, амерички суд је закључио да су припремне мере, као што је давање планова или података, такође, обухваћене сарадњом која се захтева од купца, јер оне у напослетку служе томе да омогуће продавцу да изврши испоруку.²⁹

Наведено питање има теоријски и практични значај јер од заузетог става зависе права продавца у случају када купац повреди ову обавезу. Наиме, продавац у складу са чл. 64(1)(а) БК може да раскине уговор уколико неизвршење било које обавезе од стране купца представља битну повреду уговора. Без обзира на то који се од наведених ставова прихвати тј. како се квалификује обавеза купца да учини спецификацију, ако он не одреди

²⁴ Cezare M. Bianca, Michael J. Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987, 436.

²⁵ Вид. чл. 65(1) БК.

²⁶ Вид. чл. 65(1) БК.

²⁷ Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications 1992, 232; C.M. Bianca, M. J. Bonell (ed.), 437; H. Honsell (Hrsg.), 777; Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München 2004, 2549; Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München 1991, 268.

²⁸ I. Schwenzer (ed.), 894. Вид више код С.М. Bianca, М. Ј. Bonell (ed.), 437. Неки аутори наводе да давање спецификације може да буде део купчеве обавезе да преузме робу. Тако, Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales – The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin Heidelberg 2009, 164.

²⁹ CLOUT case No. 579, *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc. et al. / Apothecon, Inc. v. Barr Laboratories, Inc. et al.*, District Court, New York, 10 May 2022, 98 CIV 861 (RWS) and 99 CIV 3607 (RWS), 284 доступно на <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/507/48/PDF/V0650748.pdf?OpenElement>.

спецификацију и ако то представља битну повреду уговора продавац може да раскине уговор. Међутим, прихватање другог става водило би значајном јачању положаја продавца будући да би могао да раскине уговор и уколико купцу остави додатни рок, а купац у том року не учини спецификацију или изјави да то неће учинити у остављеном року.³⁰

Сматрамо да је приликом давања одговора на горе постављено питање потребно имати у виду да је наведена обавеза или обавезе купца примарно усмерена на производњу робе, а не на испоруку. Бечка конвенција је у том смислу јасна будући да се обавеза преузимања испоруке састоји од радњи које купац треба да предузме и које се од њега разумно очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку. У прилог наведеном говори и став заузет у судској пракси да „појам преузимање испоруке значи физичко преузимање робе која је већ произведена“.³¹ Сходно томе, радње које треба да омогуће производњу не чине обавезу преузимања испоруке. У прилог наведеног става сматрамо говори и формулација чл. 65(1) БК „ако је према уговору купац дужан да одреди облик, мере или друга обележја робе“, која недвосмислено указује на то да нису у питању обавезе купца које су предвиђене конвенцијом, него које постоје само уколико су уговорене. У пракси се уговори о продаји у овом сегменту значајно разликују, па тако док неки уговори предвиђају бројне обавезе купца у вези са достављањем спецификације, у неким уговорима оне уопште не постоје. Коначно, уколико купац не учини спецификацију у остављеном року, продавац може и сам да је учини у складу са купчевим потребама које су му могле бити познате.³² Наведено указује на то да продавац може произвести робу према спецификацији коју сам одреди и још једном потврђује да је давање спецификације, пре свега, усмерено на производњу робе.

Купац је дужан да изврши све радње које се од њега разумно очекују. Анализом формулације чл. 60(а) БК долазимо до следећих закључака. Купац треба да предузме све радње. Дакле, не само радње које су уговорене или произлазе из БК, успостављене праксе између страна и обичаја, него и радње које представљају нормално и уобичајено понашање у одређеној грани трговине.³³ Међутим, приликом одређивања које радње купац тре-

³⁰ Вид. чл. 64(1)(б) БК.

³¹ Вид. пресуду у предмету CISG-online 1734, *Beer case II*, Oberlandesgericht Brandenburg, 6 U 53/07, 18. 11. 2008, 34 доступно на https://cisg-online.org/files/cases/7652/fullTextFile/1734_46921469.pdf.

³² Вид. чл. 65(1) БК.

³³ Упор. F. Enderlein, D. Maskow, 231; Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, Monika Stargardt,

ба да предузме примењује се тест разумности,³⁴ тј. објективни критеријум. Овај тест је унет како би спречио продавца да купцу поставља неразумне захтеве, односно захтеве које би имали изузетан карактер и који нису били познати купцу. Тако, на пример, продавац не би могао да захтева од купца потврду да увезена роба неће бити поново извезена, коју захтевају надлежни органи земље извознице као предуслов за извоз.³⁵ У доктрини је заступљен став да приликом оцене да ли су у питању радње које се од купца разумно очекују треба узети у обзир интересе обе уговорне стране, као и оно што је уговорено.³⁶

Које радње ће купац бити дужан да предузме у највећој мери зависи од околности конкретног случаја, а нарочито од тога како је уговорена обавеза испоруке. Од великог је значаја да ли продавац извршава испоруку предајом робе првом превозиоцу ради њеног достављања купцу или њеним стављањем на располагање у одређеном месту или свом месту пословања.

У сваком случају, те радње могу бити организовање превоза или истовара робе, као и обављање различитих формалности (прибављање увозних дозвола, плаћање царина и других дажбина) и прибављање осталих докумената. Некада купац може имати обавезу да продавцу пружи потребну помоћ у вези са обављањем нпр. извозних или увозних формалности или да продавцу укаже на посебне односе који постоје у његовој земљи, а који су од значаја за извршење испоруке.³⁷ Такође, у случају када роба треба да буде испоручена у месту пословања купца, купац треба да обезбеди приступ продавцу или превозиоцу његовим пословним просторијама, да ослободи смештајне капацитете, а може имати и обавезу да предузме и фактичке радње које се односе на припрему места на ком испоручена роба

Kommentar - Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Konvention über Verjährung beim internationalen Warenkauf, Protokoll zur Änderung der Konvention über Verjährung beim internationalen Warenkauf, Berlin 1985, 123.

³⁴ Тест разумности је изричито наведен у чл. 60 БК, за разлику од чл. 54 БК у којем је предвиђено да купац треба да предузме мере и испуни формалности предвиђене уговором или прописима да би се омогућило извршење плаћања. Вид. више код Denis Tallon, *The Buyer's Obligations Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in: Galston/Smit (ed.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1984), Ch. 7, 7-7.

³⁵ Видети више С.М. Bianca, М. Ј. Bonell (ed.), 437; F. Enderlein, D. Maskow, 231; H. Honsell (Hrsg.), 776.

³⁶ K. Schmidt (Hrsg.), 598.

³⁷ K. Schmidt (Hrsg.), 598.

треба да буде монтирана.³⁸ Ако је тако уговорено, купац може имати обавезу да обезбеди паковање.

Купац редовно има обавезу да продавцу да одређене информације које се односе на испоруку.³⁹ На пример, код *FOB* клаузуле купац је обавезан да уговори превоз робе и да благовремено обавести продавца о имену брода и месту утовара.⁴⁰ Надаље, уколико се испорука врши стављањем робе на располагање купцу у складишту продавца, а продавац има обавезу да утовари робу на превозно средство купца и уколико је за утовар робе потребно дуже време купац може имати обавезу да благовремено најави продавцу када ће возило бити спремно за утовар.

У међународној трговини неретко се уговара обавеза купца да прегледа робу пре испоруке. У том случају предузимање свих радњи у вези са прегледом робе (нпр. благовремено слање лица овлашћених за преглед у место налажења робе, обавештавање продавца о њиховом доласку и сл.) представља саставни део обавезе купца да преузме испоруку.⁴¹

Може се поставити и питање да ли је одређивање датума испоруке право купца или чини саставни део његове обавезе да преузме испоруку. Одговор на ово питање у великој мери зависи од конкретног споразума уговорних страна. Када је у питању испорука на позив купца, односно када је уговорено или из околности посла произлази да је купац овлашћен да, у оквиру уговореног рока, упути продавцу позив и тако одреди тачан тренутак испоруке,⁴² купчево непоступање у овом случају може представља-

³⁸ *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Art. 60, пара. 2. Вид. детаљно о радњама које ће купац бити дужан да предузме код Н. Honsell (Hrsg.), 776, 777.

³⁹ С.М. Bianca, М.Ј. Bonell (ed.), 438.

⁴⁰ У *FOB* уговору купац је, због несаобразности робе, одбио да пошаље одговарајући брод и на тај начин онемогућио продавца да испоручи робе. И после позива продавца и остављања додатног рока купац није послао брод. Арбитражни трибунал је утврдио да одбијање купца да пошаље брод представља битну повреду уговора у смислу чл. 25 БК, јер је купац на тај начин онемогућио продавца да изврши испоруку. Вид. арбитражну одлуку *Mung bean case*, China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC], CISG/2001/02, 22. 3. 2001. доступно на <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/china-march-22-2001-translation-available>.

⁴¹ Вид. више С.М. Bianca, М. Ј. Bonell (ed.), 439. Вид. арбитражну одлуку у предмету CISG-online 1592, *Cushions case*, China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 29. 9. 2000, пара. 8. Стране су уговориле да се роба може утоварити на брод само под условом да је купац прегледа пре утовара.

⁴² Вид. више Сандра Фишер Шобот, Право међународне продаје, Нови Сад 2014, 90; Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*,

ти повреду обавезе преузимања испоруке.⁴³ Наиме, у случају када је позив купца нужан за извршење испоруке, у питању је део обавезе преузимања испоруке.⁴⁴

Време и место предузимања радњи које треба да омогуће продавцу да изврши испоруку у највећој мери зависи од околности конкретног случаја. Свакако, најпре ће бити меродавно оно што је уговорено. У случају непостојања уговорних одредаба требало би применити опште правило из чл. 65(1) БК, односно купац би радње требало да изврши у разумном року пошто је од продавца примио захтев да то учини. У сваком случају, купац све радње треба да предузме тако да продавцу омогући да испоруку изврши на време.

Из свега изнетог произлазе два важна закључка. Прво, формулација „све радње које се од купца разумно очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку“ не сме се екстензивно тумачити. Сматрамо да је потребно бити пажљив приликом квалификације радњи које су обухваћене чл. 60 БК, јер би купац могао бити доведен у тежак положај. Према томе, као радње које представљају радње које се од купца разумно очекују треба квалификовати само оне радње које представљају непосредну претпоставку за уредно извршење обавезе испоруке од стране продавца и служе преносу власти на роби са продавца на купца. Међутим, уколико једна обавеза служи само посредно извршењу испоруке, она не може бити саставни део обавезе преузимања испоруке у складу са чл. 60 БК. У супротном би се све обавезе купца могле квалификовати део обавезе преузимања испоруке.⁴⁵

Друго, обавезу преузимања испоруке не чине све споредне обавезе купца, па и у том смислу треба бити нарочито пажљив.⁴⁶ Разликовање обавезе преузимања испоруке као основне обавезе купца и споредних обавеза купца од значаја је за правна средства продавца, а пре свега, његово право на раскид уговора.

Band 3, München 2003, 2861; K. Schmidt (Hrsg.), 508.

⁴³ Вид. више код Н. Honsell (Hrsg.), 777.

⁴⁴ Вид. С.М. Bianca, М. J. Bonell (ed.), 438.

⁴⁵ Вид. Н. Honsell (Hrsg.), 777.

⁴⁶ К. Schmidt (Hrsg.), 599; Н. Honsell (Hrsg.), 777; К. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker, 2549.

2.2. Преузимање робе

Преузимање робе обухвата радње физичког преузимања робе⁴⁷ ради стицања државине у одређеном месту у одређено време. Преузимање робе заправо подразумева да долази до промене фактичке власти на роби између продавца и купца, као и обавезе чувања робе.⁴⁸ Преузимање робе у смислу чл. 60(1)(б) БК подразумева предузимање фактичких радњи.⁴⁹

За преузимање робе потребно је да постоји воља купца за стицање државине на роби, али са тиме није повезано прихватање робе⁵⁰ као саобразне уговору. Према томе, не постоји воља купца да преузме робу када је прихватање робе извршено искључиво са циљем чувања робе или када купац не зна да се роба налази у његовој власти.⁵¹

Обавезу преузимања робе купац је дужан да изврши у месту, времену и на начин који је уговорен или произлази из трговачких обичаја или праксе успостављене између страна⁵². Преузимање испоруке представља „другу страну“ испоруке, па су често место, време и начин преузимања робе повезани с местом, временом и начином извршења испоруке. Осим тога, начин и место преузимања робе зависе и од саме робе.

Када преузимање робе зависи од плаћања царина, пореза и/или других дажбина, та плаћања представљају саставни део обавезе преузимања робе. У пракси се редовно уговарањем *INCOTERMS* детаљно регулише која плаћања је дужан да изврши купац. Ако је за преузимање робе потребно прибављање дозвола, а продавац нема обавезу да их обезбеди, купац има обавезу да прибави и све потребне дозволе.

Место преузимања робе не мора да буде идентично са местом испоруке из чл. 31 БК. Уколико продавац извршава обавезу испоруке предајом робе првом превозиоцу ради њеног достављања купцу⁵³ место преузимања

⁴⁷ Вид. пресуду у предмету CISG-online 1734, *Beer case II*, Oberlandesgericht Brandenburg, 6 U 53/07, 18. 11. 2008, 34 доступно на https://cisg-online.org/files/cases/7652/fullTextFile/1734_46921469.pdf.

⁴⁸ Н. Honsell (Hrsg.), 770. Упор. Младен Драшкић, Маја Станивуковић, Уговорно право међународне трговине, Београд 2005, 404.

⁴⁹ I. Schwenzer (ed.), 891; R. Herber, B. Czerwenka, 267. Вид. пресуду у предмету CISG online 1328, *Hungarian wheat case*, Oberlandesgericht Karlsruhe, 7 U 1001/01, 8. 2. 2006, 4.

⁵⁰ H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), 2861.

⁵¹ Н. Honsell (Hrsg.), 771.

⁵² Вид. чл. 9 БК.

⁵³ Вид. чл. 31(1)(а) БК.

биће, по правилу, место у које је роба упућена. Када је роба упућена у неко конкретно место, које је место пословања купца или неко друго место, она треба да буде преузета у том месту. Наравно, купац ће моћи физички да преузме робу тек када му она буде стављена на располагање у том месту, односно када (последњи) превозилац купцу понуди да му преда робу у месту опредељења.⁵⁴ Да ли ће и истовар робе са превозног средства представљати део преузимања робе, зависи од закљученог уговора о превозу. У неким случајевима, купац ће морати да истовари робу са превозног средства и сносиће трошкове њеног истовара.⁵⁵

Код испоруке стављањем робе на располагање купцу у месту њеног налажења или у месту пословања продавца⁵⁶ купац треба да преузме робу у месту где му је роба стављена на располагање.⁵⁷ Када је уговорена клаузула *EXW* купац мора да преузме робу у договореној тачки испоруке. У овом случају купац треба да организује превоз робе. Када се роба налази код трећег лица (нпр. ако је ускладиштена у јавном складишту), а за њено преузимање није потребан пренос складишнице на купца, роба купцу треба да буде стављена на располагање на том месту, где је он преузима.

Када је за преузимање робе потребно да купац поседује одређена документа (нпр. теретница) преузимање подразумева обавезу купца да прихвати документе који су у складу са уговором.⁵⁸ Ипак и поред преузимања хартија, купац задржава право да одбије преузимање робе.⁵⁹

Осим тога, у одређеним случајевима преузимање робе подразумева преузимање докумената, односно преузимање докумената мења преузимање робе. У теорији се истиче да, када је у питању продаја ускладиштене робе која се врши предајом докумената, преузимање робе замењује предаја докумената.⁶⁰

Купац треба да буде спреман за преузимање робе.⁶¹ У вези са временом преузимања робе примењује се чл. 58 БК, односно купац треба да преузме робу када му она буде стављена на располагање. Према томе, уколико је из-

⁵⁴ Н. Honsell (Hrsg.), 772.

⁵⁵ Упор. Р. Schlechtriem, Р. Butler, 164; К. Rebmann, F.J. Säcker, R. Rixecker, 2548.

⁵⁶ Вид. чл. 31(1)(б) и (ц) БК.

⁵⁷ Вид. пресуду у предмету бр. 43 О 136/92 *Landgericht Aachen*, 14. 5. 1993. доступно на <http://unilex.info/cisg/case/23>.

⁵⁸ Вид. С.М. Bianca, М. Ј. Bonell (ed.), 440; I. Schwenzer (ed.), 893; Н. Honsell (Hrsg.), 777.

⁵⁹ Вид. М. Драшкић, М. Станивуковић, 404.

⁶⁰ Н. Honsell (Hrsg.), 773; К. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker, 2548.

⁶¹ К. Schmidt (Hrsg.), 599.

вршена испорука предајом робе првом превозиоцу, купац робу треба да преузме у месту опредељења (месту пословања купца или другом месту) када му она буде стављена на располагање у том месту. Када је у складу са чл. 31(б) и (ц) БК испорука извршена стављањем робе на располагање купцу у месту налажења или у месту пословања продавца можемо разликовати две ситуације. Уколико је уговорен одређен дан када ће роба купцу бити стављена на располагање, он треба да је преузме тог дана. Ако је уговорен рок у ком продавац треба робу купцу да стави на располагање (нпр. септембар 2022), после обавештења од стране продавца да је роба стављена на располагање, купцу треба оставити одређено време да је преузме. У теорији се истиче да по добијању обавештења о стављању робе на располагање купцу треба оставити кратак рок да заиста физички однесе робу.⁶² Према другом ставу, када купац буде обавештен да му је роба стављена на располагање треба му оставити разуман рок да би купац могао да организује превоз робе и робу стварно преузме.⁶³ У сваком случају, неблаговремено преузимање робе значи да ризик за случајну пропаст или оштећење робе прелази на купца.⁶⁴

Начин преузимања робе, односно које радње ће купац бити дужан да предузме зависи, пре свега, од тога шта су стране уговориле (нпр. ако продају робе прати превоз, купац може имати обавезу истовара робе из превозног средства). Физичко преузимање робе може се остварити на разне начине. Нарочити значај ова обавеза има када се испорука извршава стављањем робе на располагање купцу у месту пословања продавца или у месту налажења робе, јер је испорука извршена стављањем робе на располагање. У том случају, извршење обавезе преузимања значи да купац има обавезу физичког одношења робе с места испоруке.

Право купца да одбије робу и обавеза преузимања испоруке

У одређеним случајевима купац, према Бечкој конвенцији, има право да одбије робу, што утиче и на његову обавезу преузимања испоруке.

Ако продавац испоручи робу пре датума одређеног за испоруку, купац може одбити испоруку.⁶⁵ У теорији се истиче да купац, приликом одбијања испоруке у овом случају, треба да поступа у складу са начелом савесности и поштења.⁶⁶

⁶² I. Schwenzer (ed.), 892.

⁶³ K. Schmidt (Hrsg.), 600; F. Enderlein, D. Maskow, 233; K. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker, 2548. Вид. такође М. Драшкић, М. Станивуковић, 405.

⁶⁴ Вид. чл. 69(1) БК.

⁶⁵ Вид. чл. 52(1) БК.

⁶⁶ Вид. I. Schwenzer (ed.), 816.

Потом, купац може да одбије робу и у случају доцње са испоруком. Начелно, купац има обавезу да преузме и робу која је испоручена са закашњењем. Међутим, он може да изјави раскид уговора и да задоцнелу испоруку одбије у два случаја. Први, уколико доцња са испоруком представља битну повреду уговора у смислу чл. 49(1)(а) БК и други, уколико продавац испоручи робу по протеку додатног рока, који је одредио купац.⁶⁷ Притом, треба имати у виду да у случајевима кад је продавац испоручио робу, купац губи право да раскине уговор уколико то није учинио у односу на задоцнелу испоруку у разумном року рачунајући од тренутка када је сазнао да је испорука извршена.⁶⁸ Правило о раскиду уговора у разумном року од извршења испоруке примењује се у оба напред наведена случаја.⁶⁹

Уколико је испоручена несаобразна роба, купац може да одбије њено преузимање, ако несаобразност представља битну повреду уговора у складу са чл. 25 БК, јер у случају постојања битне повреде има право да раскине уговор у складу са чл. 49(1)(а) БК или да захтева замену робе у складу са чл. 46(2) БК. У теорији се наводи да се, када несаобразност представља битну повреду уговора, купац не може принудити да преузме испоруку, те да потом захтева замену робе у складу са чл. 46(2) БК или да изјави да уговор раскида у складу са чл. 49(1)(а) БК.⁷⁰ Наведено је логично јер се у обе наведене ситуације роба враћа продавцу. Међутим, с обзиром на то да се несаобразност редовно утврђује приликом прегледа робе, у пракси ће купац редовно примити робу и тек приликом прегледа бити у ситуацији да утврди да ли и какве недостатке има роба.

Треба имати на уму да у тренутку одбијања робе купац још увек не мора да се одлучи за једно од наведених правних средстава, будући да му и чл. 46(2) БК и чл. 49(2)(б) БК остављају за то разуман рок. Међутим, ако се купац касније одлучи да се користи другим правом или изгуби право да раскине уговор или захтева замену робе, његово одбијање преузимања робе представљаће повреду уговора.

Ако продавац испоручи количину робе већу од оне која је предвиђена уговором, купац може одбити испоруку количине робе која премаша уговорену количину.⁷¹ С обзиром на то да сваки недостатак у количини испоручене робе представља несаобразност у смислу чл. 35(1) БК, купац који

⁶⁷ Вид. чл. 49(1)(б) БК.

⁶⁸ Чл. 49(2)(а) БК.

⁶⁹ Вид. више код I. Schwenzer (ed.), 789.

⁷⁰ Вид. I. Schwenzer (ed.), 896.

⁷¹ Вид. чл. 52(2) БК.

жели да одбије вишак испоручене робе мора у складу са чл. 39(1) БК да обавести продавца о испоруци веће количине робе у разумном року од када је утврдио несаобразност робе.

Уколико је испоручена несаобразна роба, а несаобразност не представља битну повреду уговора и није у питању испорука веће количине робе, купац ће, по правилу, имати обавезу да је преузме.⁷² У том случају, преузимање робе не представља потврду да је роба саобразна уговору.⁷³ Дакле, преузимање постоји и уколико је у питању роба која није саобразна, што надаље значи да купац робу треба да прегледа на начин и у роковима предвиђеним у чл. 38 БК и да о евентуалној несаобразности обавести продавца у разумном року од тренутка када је несаобразност открио или морао открити.⁷⁴ Сходно томе, купац касније може да се позива на несаобразност испоручене робе.⁷⁵

Од наведеног правила постоји и један изузетак. Уколико купац врши преглед робе на месту где му је роба стављена на располагање (нпр. складиште продавца) и намерава да у складу са чл. 46(3) БК захтева поправку робе, он има право да одбије да робу преузме.⁷⁶ У доктрини права међународне продаје постоји и другачији став према којем је за право купца да одбије робу одлучујуће место испоруке. Према томе, ако је роба стављена на располагање у месту пословања продавца или месту њеног налажења, купцу би требало признати право да одбије робу. У другом случају, ако роба треба да се превезе и буде стављена на располагање купцу у његовом месту пословања или другом месту одређења, купац не би требало да има право да је одбије.⁷⁷

Могуће је да купац преузме робу, али да намерава да искористи своје право да је одбије. У том случају он је дужан да предузме све мере за очување робе које су према околностима разумне,⁷⁸ што може да значи да има, барем привремено, државину на роби. Уколико такво стицање државине не

⁷² Упор. *CISG-AC Opinion no 5, The buyer's right to avoid the contract in case of nonconforming goods or documents*, 7 May 2005, Badenweiler (Germany). Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Professor of Private Law, University of Basel, пара. 4.18.

⁷³ Н. Honsell (Hrsg.), 769; F. Enderlein, D. Maskow, 229; K. Rebmann, F. J. Säcker, R. Rixecker, 2548; K. Schmidt (Hrsg.), 600; R. Herber, B. Czerwenka, 267.

⁷⁴ Вид. чл. 39(1) БК.

⁷⁵ Вид. С.М. Bianca, М. Ј. Bonell (ed.), 439.

⁷⁶ Вид. К. Schmidt (Hrsg.), 600.

⁷⁷ Вид. више код I. Schwenzer (ed.), 896.

⁷⁸ Видети чл. 86(1) БК.

представља истовремено и преузимање испоруке, купац мора, што је могуће пре, да користи своје право да одбије робу, а има право да задржи робу све док му продавац не накнади његове разумне трошкове.⁷⁹ Док се роба налази код купца он не сме да предузима радње које би биле у супротности са одбијањем испоруке (нпр. да плати цену). У другом случају, уколико је отпремљена роба стављена на располагање купцу у месту одређења и он се користи својим правом да робу одбије, дужан је да је преузме у државину за рачун продавца, под условом да се то може учинити без исплате цене и без неразумних непогодности или неразумних трошкова.⁸⁰

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Основне обавезе купца код уговора о међународној продаји робе су плаћање цене и преузимање испоруке. Обавеза преузимања испоруке, као самостална обавеза купца, регулисана је у чл. 60 БК, а састоји се у обављању свих радњи које се од купца разумно очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку и преузимању робе.

Иако је овој обавези купца у конвенцији и доктрини посвећена мања пажња у односу на друге обавезе продавца и купца, претходна разматрања су показала да преузимање испоруке може, у пракси, бити изузетно сложен поступак, као и да у вези са њеним извршењем постоје бројна отворена питања. Поред тога, Бечка конвенција повреду ове обавезе третира као нарочито тешку, с обзиром на то да продавац може да раскине уговор не само када непреузимање испоруке представља битну повреду уговора, него и у случају када је купац не изврши у накнадно остављеном року.

Формулација „обављање свих радњи које се од купца разумно очекују да би омогућио продавцу да изврши испоруку“ указује на то да је за извршење обавезе преузимања испоруке потребно активно држање купца, те да је неопходно да купац сарађује са продавцем приликом предузимања припремних радњи, које према околностима конкретног случаја, представљају правне и фактичке претпоставке за уредно и благовремено извршење обавезе испоруке од стране продавца. Приликом оцене које радње купац треба да предузме примењује се тест разумности. Наведена формулација се не сме екстензивно тумачити, а као припремне радње треба схватити само оне радње које представљају непосредну

⁷⁹ Вид. чл. 86(1) БК.

⁸⁰ Вид. чл. 86(2) БК.

претпоставку за уредно извршење испоруке. Такође, потребно је јасно разграничити припремне радње које су обухваћене обавезом преузимања испоруке од других споредних обавеза купца, јер се разликују правна средства продавца у случају њене повреде.

Други аспект обавезе преузимања испоруке представља преузимање робе, односно радње физичког преузимања робе ради стицања државине, које треба да буду извршене у месту, времену и на начин који је уговорен или произлази из обичаја или праксе успостављене између страна.

Коначно, на обавезу купца да преузме робу у значајној мери може да утиче и његово право да робу одбије.

THE BUYER'S OBLIGATION TO TAKE DELIVERY IN CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

***Summary:** According to Art. 60 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the buyer's obligation to take delivery consist in doing all the acts which could reasonably be expected of him in order to enable the seller to make delivery and in taking over the goods.*

This paper analyses the content of the obligation to take delivery in contracts for the international sale of goods and identifies and discusses open issues regarding its performance.

***Keywords:** taking delivery, buyer's obligations, international sales contract, Vienna Sales Convention.*

INSTITUCIONALNA STRUKTURA I ODLUČIVANJE U SVJETSKOJ TRGOVINSKOJ ORGANIZACIJI

Prof. dr. Genc Trnavci¹

Sažetak: *Multilateralni trgovinski sistem Svjetske trgovinske organizacije (u daljem tekstu: WTO), pored trgovine pretežno industrijskom proizvodima, koja uključuje, ali se ne ograničava na trgovinu poljoprivrednim proizvodima, tekstilom i odjećom, obuhvata i međunarodnu trgovinu uslugama. Takođe, obuhvaćeno je i regulisanje uslova za preduzimanje stranih direktnih investicija od značaja za međunarodnu trgovinu; zatim međunarodna zaštita prava intelektualnog vlasništva (autorskih prava i prava industrijske svojine). Stvoren je i poseban mehanizam za ispitivanje trgovinskih politika. Sporazumima je obuhvaćena i razrađena procedura za rješavanje sporova. Razrađen je i princip favorizovanog tretmana nerazvijenih zemalja. Navedenom principu je, u nemalom broju slučajeva, data prednost u odnosu na osnovni princip maksimalne liberalizacije međunarodne trgovine. Sadržaj rezultata urugvajске runde multilateralnih trgovinskih pregovora obuhvata dugačku listu od 60 sporazuma, aneksa, odluka i dogovora. Pravni status WTO je nedvosmislen: WTO je međunarodna organizacija sa svojstvom subjekta međunarodnog javnog prava, sa širokim poljem djelovanja i veoma razvijenom organizacionom strukturom. Donošenje odluka konsenzusom predstavlja osnovni princip odlučivanja u WTO. Glasanju se pribjegava kada se odluka ne može donijeti putem konsenzusa, po principu jedna zemlja jedan glas, što se smatra demokratskim ustupkom nerazvijenim zemljama i onima u razvoju.*

Ključne riječi: *multilateralni trgovinski sistem, WTO, donošenje odluka konsenzusom, jedan član jedan glas, Sekretarijat WTO.*

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihacu, ad hoc sudac za ljudska prava pri Sudu za ljudska prava u Strazburu

1. INSTITUCIONALNI OKVIRI WTO

Svjetska trgovinska organizacija jeste međuvladina organizacija koja ima neizmjerljivo značajne funkcije i veoma široko polje djelovanja u značajnim oblastima međunarodne trgovine i nizu aspekata svjetske ekonomije koji imaju dejstvo na međunarodnu trgovinu. Uspostavljanjem WTO učinjen je pokušaj da se stvori međunarodna institucija sa nadležnostima da propisuje i primjenjuje sveobuhvatna pravila koja regulišu svjetsku trgovinu i funkcijom da uspostavi pravnu sigurnost, transparentnost i predvidljivost propisa koji uređuju svjetsku trgovinu. WTO sporazumima promovira se, u najvećoj mogućoj mjeri, principi liberalizacije međunarodne trgovine, uz mogućnost propisivanja izuzetaka od navedenih principa u slučajevima kada je to neizbježno. Stvaranjem WTO učinjen je ogroman pomak u odnosu na GATT iz 1947. godine u materijalnom i institucionalnom smislu. Ratione materije sporazuma proizašlih iz urugvajске runde pregovora obuhvata mnogo šire polje primjene u vezi sa međunarodnom trgovinom u poređenju sa GATT-om iz 1947. godine, budući da je, pored trgovine pretežno industrijskom proizvodima, u svjetski trgovinski sistem sada integrisana i međunarodna trgovina uslugama, te je normativno redefinisana trgovina poljoprivrednim proizvodima, tekstilom i odjećom. Takođe, obuhvaćeno je i regulisanje uslova za preduzimanje stranih direktnih investicija od značaja za međunarodnu trgovinu; zatim međunarodna zaštita intelektualnih prava (autorskih prava i prava industrijske svojine), te je stvoren i poseban mehanizam za ispitivanje trgovinskih politika. Sporazumima je obuhvaćena i razrađena procedura za rješavanje sporova. Razrađen je i princip favorizovanog tretmana nerazvijenih zemalja. Navedenom principu je, u nemalom broju slučajeva, data prednost u odnosu na osnovni princip maksimalne liberalizacije međunarodne trgovine.

Sadržina rezultata urugvajске runde multilateralnih trgovinskih pregovora obuhvata dugačku listu od 60 sporazuma, aneksa, odluka i dogovora. Tri osnovna sporazuma su: Opšti sporazum o carinama i trgovini iz 1994. godine (GATT), Opšti sporazum o trgovini uslugama (GATS) i Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS), s tim da TRIPS nema aneksa. Aneksi podrobnije regulišu određene sektore međunarodne trgovine i predstavljaju *lex specialis* u odnosu na GATT. Njima je obuhvaćeno regulisanje: međunarodne trgovine poljoprivredom, primjena sanitarnih i fitosanitarnih mjera, međunarodna trgovina tekstilom i odjećom, primjena tehničkih standarda, investicionih mjera, dampainga i antidampinskih mjera, metoda za carinsku procjenu vrijednosti, inspekcije prije isporuke, oznaka porijekla, uvoznih i izvoznih dozvola, subvencija

i protivmjera i primjene odbrambenih mjera. U anekse, koji dopunjuju odredbe GATS-a, spadaju oni koji sadrže odredbe o: slobodi kretanja fizičkih osoba, avio-transportu, bankarskim uslugama, pomorskom transportu i telekomunikacijama.

Sastavni dio rezultata urugvajske runde multilateralnih trgovinskih pregovora su i liste koje detaljno sadrže obaveze članica WTO da dozvole, odnosno trpe pristup stranih proizvoda i usluga na svoja tržišta. U domenu GATT-a takve obaveze se smatraju vezujućim (binding commitments) u tom smislu da postavljaju ograničenja za određivanje visine carinskih tarifa i predviđaju ograničenu primjenu kontingenata (pretežno u trgovini poljoprivrednim proizvodima), kao izuzetak od opšteg načela zabrane propisivanja kontingenata. U sferi GATS-a vezujuće obaveze podrazumijevaju slobodu pristupa u pružanju usluga za strana lica u određenim privrednim sektorima, kao i vrste usluga povodom kojih će se primjenjivati princip najpovlaštenije nacije, odnosno nediskriminacije.

U posebnu kategoriju spadaju plurilateralni sporazumi koji nisu uvršteni u paket sporazuma, čije je potpisivanje bilo neophodno za uspostavljanje i pristupanje WTO. Plurilateralni sporazumi primjenjuju se samo između članica koje ih potpišu i oni obuhvataju trgovinske sektore međunarodne trgovine civilnim vazduhoplovima, mliječnim proizvodima, goveđim mesom i oblast javnih nabavki.

Članom III Sporazuma o osnivanju WTO propisane su njene osnovne funkcije. To su:

1. Primjena potpisanih trgovinskih sporazuma;
2. Obezbjedivanje foruma za trgovinske pregovore;
3. Rješavanje trgovinskih sporova i
4. Ispitivanje trgovinskih politika; Pružanje tehničke pomoći i obuke zemljama u razvoju; Saradnja sa drugim međunarodnim organizacijama (UN, MMF, Svjetskom bankom, regionalnim organizacijama).

Neizbježno je ovom prilikom istaći činjenicu da je ustanovljavanje WTO od neizmjernog značaja za regulisanje međunarodne trgovine. Nesumnjivo je da se jedno od njenih najvažnijih dostignuća manifestuje u sveobuhvatnosti povjerenih joj funkcija u regulisanju međunarodne trgovine, čime je prevaziđena jedna od brojnih manjkavosti GATT-a iz 1947. godine. Naime, izraziti nedostatak prethodnog sistema ispoljavao se u ograničenosti i fragmentarnosti njegove primjene, budući da je obuhvatao samo jedan segment međunarodne trgovine. WTO je sveobuhvatna ne samo u materijalnom, već i personalnom smislu, s obzirom na to da joj je do sada pristupilo 136 članica.

2. SUBJEKTIVITET WTO I EVOLUCIJA SUBJEKTIVITETA GATT-A

Subjektivitet GATT-a iz 1947. godine bio je predmet protivrječnih shvatanja i tumačenja od samog njegovog nastanka. Pravni status WTO je nedvosmišlen: WTO je međunarodna organizacija sa svojstvom subjekta međunarodnog javnog prava, sa širokim poljem djelovanja i veoma razvijenom organizacionom strukturom.

2.1. Razvitak GATT-ove institucionalne strukture

GATT iz 1947. godine prvobitno nije bio zamišljen kao međunarodna organizacija sa svojstvom pravnog lica, već kao sporazum čiji je praktični zadatak bio da osnaži dotadašnju saglasnost ugovornih strana po pitanju liberalizacije međunarodne trgovine i sa privremenom primjenom, do osnivanja Međunarodne trgovinske organizacije (*International Trade Organization* – ITO). Kada je postalo jasno da ITO neće biti stvorena, javila se potreba da se GATT donekle institucionalno reformiše i usavrši. Pravni osnov pronađen je u članu XXV, stav 1 GATT-a, u kojem se ugovorne strane ovlašćuju da preduzmu *zajedničku akciju* “u cilju ostvarivanja odredaba Sporazuma” i “da bi se potaklo sprovođenje i unapređenje ciljeva ovog sporazuma. Kad god se odredbe ovog Sporazuma odnose na ugovorne strane u preduzimanju zajedničke akcije, onda se one smatraju *Ugovornim stranama* (Contracting Parties)”.²

To je omogućilo stvaranje institucije pod nazivom Ugovorne strane kao najvišeg organa unutar GATT-a, što je utrlo put ka njegovom prerastanju u međunarodnu organizaciju. Godine 1949. stvoren je specijalan Intersesionalni komitet sa zadatkom da razmatra određena pitanja i vrši konsultacije u vezi sa akutnim platno-bilansnim problemima u vremenu između zasjedanja Ugovornih strana³. Godine 1951. formiran je još jedan komitet sa širim nadležnostima od prethodnog. Međutim, njegovo trajanje bilo je ograničeno na jedan period između zasjedanja Ugovornih strana⁴. Funkcija Intersesionalnog komiteta bila je da utvrdi dnevni red prije zasjedanja Ugovornih strana i da rješava urgentne i ne-

² Naziv “Ugovorne strane” sa naznačenim velikim slovom, u jezičkom smislu, podrazumijeva instituciju, odnosno najviši organ GATT-a iz 1947. godine, dok se naziv sa naznačenim malim slovom “ugovorne strane” odnosi na države članice GATT-a.

³ Basic Instruments and Selected Documents (u daljem tekstu: BISD), Vol. II, Ženeva, 1952. godine, str. 89–103; takođe, vidjeti Vol. I, str. 101.

⁴ Ibidem, Vol. II, str. 197.

predviđene probleme. Godine 1958. njegove funkcije i nadležnosti prenesene su na stalni Komitet za platno-bilansna pitanja⁵. Funkcionisanje institucija GATT-a olakšano je omogućavanjem glasanja putem pošte i telegrafa o svim pitanjima koja bi na dnevni red bila uvrštena od strane predsjedavajućeg Ugovornih strana.

Godine 1955. učinjen je još jedan pokušaj da se stvori međunarodna organizacija u oblasti međunarodne trgovine pod nazivom Organizacija za trgovinsku saradnju (*Organization for Trade Cooperation* – OTC). Bilo je zamišljeno da ta organizacija, sa svim atributima međunarodne organizacije (skupštinom, izvršnim komitetom i sekretarijatom), na jedan skromniji način zamijeni ITO. Ovlaštenja bi se prenijela sa Ugovornih strana na novu organizaciju, uključujući i odobravanje odricanja i suspenzije obaveza u skladu sa članom XXIII, koji se odnosi na poništavanje ili umanjivanje koncesija i pogodnosti (*nullification or impairment provisions*). Međutim, OTC je doživjela istu sudbinu kao ITO – američki Kongres je odbio da ratifikuje osnivačku konvenciju, čime je ona ostala mrtvo slovo na papiru⁶.

Budući da su se težnje ka stvaranju međunarodne organizacije, koja bi zamijenila GATT, pokazale nerealnim, Ugovorne strane su odlučile da razrade i prošire mehanizme za odlučivanje između svojih zasjedanja. Tako je 1960. godine stvoren Savjet predstavnika (*Council of Representatives*), koji je preuzeo nadležnosti Intersesionalnog komiteta. Savjet se razlikovao od Komiteta po tome što je obuhvatao predstavnike onih ugovornih strana koje su željele da uzmu učešće u njegovom radu⁷. Intersesionalni komitet bio je ovlašćen da razmatra samo ona pitanja koja bi unaprijed bila određena od Ugovornih strana, dok je Savjet imao široka ovlašćenja uključujući i mogućnost “da razmatra ona pitanja o kojima odlučuju Ugovorne strane na svojim zasjedanjima”⁸, izuzev mogućnosti da odobrava odricanja u smislu člana XXV, stav 5 GATT-a. Zah-tevi su prosljeđivani na razmatranje Ugovornim stranama. Postojala je mogućnost da Savjet odobri odricanje, s tim da je to moralo biti potvrđeno glasanjem Ugovornih strana putem pošte ili telegrafa, van redovnog zasjedanja. Ugovorna strana, nezadovoljna odlukom Savjeta, bila je u mogućnosti da podnese žalbu Ugovornim stranama kao drugostepenom organu. Žalba je imala suspenzivno i

⁵ Ibidem, 7th Supp, 1959, str. 108, 110.

⁶ Opširnije o tome vidjeti u delu G. Bronza: An International Trade Organization: The Second Attempt, Harvard Law Review, LXIX, Harvard, 1956, str. 440, 473–479. Takođe, vidjeti Sporazum o Organizaciji za trgovinsku saradnju priključenom Finalnom aktu usvojenom na devetom zasjedanju Ugovornih strana 1955. godine

⁷ BISD, 9th Supp., Ženeva, 1961, str. 7 i 8.

⁸ Ibidem.

devolutivno dejstvo, odnosno odlagala je izvršenje odluke Savjeta do konačne odluke Ugovornih strana o predmetu spora. Savjet predstavnika imao je obavezu pripremanja zasjedanja. Ugovornih strana, nadgledao je rad radnih grupa i ostalih organa osnovanih od strane Ugovornih strana. Mnogobrojna tehnička pitanja bila su regulisana odlukama Savjeta. Naknadno su takve odluke potvrđivane poštanskim glasanjem ili na kasnijim zasjedanjima Ugovornih strana. Savjet je nadzirao izvještaje radnih grupa i predlagao njihovo usvajanje ili odbijanje na zasjedanjima Ugovornih strana.

Savjet predstavnika postao je centralni i izvršni organ GATT-a, a zasjedanja. Ugovornih strana dobila su apelacioni karakter, jer se na njima odlučivalo o valjanosti odluka Savjeta ili o onim pitanjima koja su bila previše (politički) delikatna ili strateška da bi o njima odlučivao jedan operativni organ kakav je bio Savjet. Stvaranje Savjeta predstavnika omogućilo je GATT-u iz 1947. godine da dobije sve attribute međunarodne organizacije. GATT-ov subjektivitet potvrđen je njegovim (od strane Ugovornih strana) potpisivanjem međunarodnih sporazuma sa Švajcarskom o privilegijama i imunitetima njegovih zvaničnika, sa IMF-om o saradnji i konsultacijama i potpisivanjem specijalnih sporazuma o razmjeni sa pojedinim ugovornim stranama. Ujedinjene nacije su priznale GATT kao organizaciju sa svojstvom pravnog lica, što je prihvaćeno i od strane pravnih pisaca u drugoj polovini 60-ih godina, bez obzira na njegove inicijalne manjkavosti svojstvene provizornom sporazumu koji nije predviđao razvijenu organizacionu strukturu.

2.2. Institucionalna struktura WTO i njen subjektivitet

Pitanje postojanja subjektiviteta WTO stavljeno je van svake sumnje članom VIII Sporazuma o osnivanju WTO, prema kome je WTO međunarodna organizacija sa svojstvom pravnog lica i pravnom sposobnošću i privilegijama i imunitetima njenih zvaničnika, koje zemlje članice moraju poštovati radi nesmetanog obavljanja svih povjerenih funkcija⁹. Institucionalna struktura WTO,

⁹ Član VIII, stav 4 Sporazuma glasi:

“Privilegije i imuniteti koje članica prizna prema WTO, njenim zvaničnicima i predstavnicima članica, biće jednake onima koje su ustanovljene u Konvenciji o privilegijama i imunitetima specijalizovanih agencija, koju je odobrila Generalna skupština Ujedinjenih nacija 21. novembra 1947. godine”.

Stav 5 istog člana glasi:

“WTO može da zaključi sporazum o glavnom sjedištu”.

koja je stvorena u urugvajskoj rundi pregovora, smatra se istorijskim dostignućem, autohtonom i specifičnom kreacijom u oblasti međunarodnog organizovanja. Čini se, ipak, da su sve institucionalne zamisli primijenjene pri stvaranju WTO nastale i razrađene iz bogate empirijske građe stvorene tokom dugotrajne institucionalne prakse i evolucije GATT-a iz 1947. godine od međunarodnog sporazuma provizornog karaktera do opštepriznate međunarodne organizacije sa svojstvom pravnog lica.

Najviši ili zakonodavni organ¹⁰ WTO je Ministarska konferencija, koja je preuzela sve funkcije i nadležnosti Ugovornih strana GATT-a iz 1947. godine. Ona je sačinjena od predstavnika svih članica WTO i saziva se najmanje jedanput u dvije godine. Ministarska konferencija je nadležna da odlučuje o svim pitanjima iz okvira Multilateralnih trgovinskih ugovora,¹¹ što znači da na njoj počiva rezidijum nadležnosti unutar WTO. Dakle, postoji oboriva pretpostavka da je Ministarska konferencija nadležna da odlučuje o svim pitanjima, izuzev ako je drugačije propisano eksplicitnim odredbama Sporazuma. Ministarska konferencija vezana je pravilima odlučivanja propisanim članom IX Sporazuma o osnivanju WTO. Mada to nije izričito propisano, sistematskim i ciljnim tumačenjem može se zaključiti da je Konferencija nadležna da donese svoj poslovnik o radu, koji mora biti u skladu sa navedenim pravilima odlučivanja¹².

Funkciju centralnog izvršnog organa WTO obavlja Generalni savjet, koji je u potpunosti preuzeo ingerencije Savjeta predstavnika GATT-a iz 1947. godine. Njegova primarna funkcija je da održava institucionalni kontinuitet WTO,¹³ tj. da razmatra razna pitanja i donosi odluke iz nadležnosti WTO, odnosno Ministarske konferencije između njenih zasjedanja, kao i da priprema njen rad.

¹⁰ O pojmu najviših organa u međunarodnim organizacijama i o razgraničenju njihovih naziva vidi u djelu dr Obrada Račića i dr Vojina Dimitrijevića: *Međunarodne organizacije, Savremena administracija*, Beograd, 1988. godine, str. 110.

¹¹ Vidi član IV, stav 1 Sporazuma o osnivanju WTO.

¹² Izričito je propisano da svoj poslovnik o radu donose Generalni savjet, savjeti za trgovinu robama, uslugama i za trgovinske aspekte prava intelektualne svojine. Generalni savjet će odobravati pravila procedure odgovarajućih komiteta (čl. IV, st. 2). Organ za rješavanje sporova donosi svoja pravila procedure (st. 3). Isto važi za organ za ispitivanje trgovinskih politika (st. 4).

¹³ U stvari, permanentno funkcionisanje WTO obezbjeđuju tri organa: Generalni savjet, Organ za rješavanje sporova i Organ za ispitivanje trgovinskih politika. Članstvo sva tri organa je identično, jer je ono otvoreno za sve članice WTO, s tim da u sva tri domena odluke donose po različitim osnovima i nakon sprovedenih procedura koje se međusobno razlikuju. Navedeni organi su odgovorni Ministarskoj konferenciji. Samo je Generalni savjet ovlašćen da vrši sve funkcije WTO između dva zasjedanja Ministarske konferencije.

Proces pregovaranja i odlučivanja, u kome učestvuje veliki broj država članica, suviše je komplikovan, naročito ako prethodno nisu izvršene pripremne radnje utvrđivanjem dnevnog reda i prikupljanjem činjenične građe o kojoj će se raspravljati na zasjedanjima. Generalni savjet ima važnu funkciju donošenja svih odluka u nadležnosti Ministarske konferencije koje ne trpe odlaganje u periodu između dva zasjedanja, izuzev onih koje su u njenoj isključivoj nadležnosti. To su najvažnija pitanja vezana za postojanje WTO, njene najosnovnije principe i njenu reformu. Takođe, u nadležnosti Generalnog savjeta spada nadzor nad hijerarhijski nižim izvršnim organima i osnivanje pomoćnih tijela. Generalni savjet ima značajne kompetencije u pravilima i procedurama za rješavanje sporova i u oblasti ispitivanja trgovinskih politika u vidu vršenja nadležnosti u formi Organa za rješavanje sporova, odnosno Organa za ispitivanje trgovinskih politika. Zbog svoje važnosti, članstvo u Generalnom savjetu nije ograničeno, niti postoje kriterijumi za izbor njegovih članova.

Sporazumom je predviđeno postojanje posebnih izvršnih organa u vidu Savjeta za trgovinu robom, Savjeta za trgovinu uslugama i Savjeta za trgovinske aspekte prava intelektualne svojine¹⁴. Navedeni organi hijerarhijski su podređeni Generalnom savjetu koji vrši nadzor nad njima putem ispitivanja i odobravanja njihovih izvještaja i odluka. Zbog proširenog polja djelovanja i okvira WTO, koje obuhvata sve značajnije pojave i djelatnosti u vezi sa međunarodnom trgovinom, predviđena je diverzifikacija njene organizacione strukture i specijalizacija njenih organa u cilju što efikasnijeg, stručnijeg i kompetentnijeg vršenja njihovih funkcija. Tako su stvoreni posebni savjeti, od kojih je jedan nadležan za nadgledanje primjene Multilateralnih trgovinskih sporazuma iz Aneksa 1A Sporazuma o osnivanju WTO (za trgovinu robama), drugi je nadležan za primjenu Opšteg sporazuma o trgovini uslugama (*The General Agreement on Trade in Services*, u daljem tekstu: GATS), a treći za primjenu Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (*The Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights*, u daljem tekstu: TRIPS).

Savjeti vrše sve poslove predviđene sporazumima koje primjenjuju i one poslove koje im dodjeli Generalni savjet. Takođe, oni donose pravila procedure svoga rada (poslovnik), koji odobrava Generalni savjet. Interesantno je to da, uprkos njihovoj stručnoj i specijalizovanoj prirodi, ni u ovim organima nije ograničeno članstvo, niti postoje kriterijumi za izbor njihovih članova, već je ono otvoreno za predstavnike svih zemalja članica WTO. Savjeti su ovlašteni da osnivaju odgovarajuće pomoćne organe stručne prirode nad kojima vrše

¹⁴ Vidi stav 5 istog člana.

nadzor.¹⁵ Pomoćni organi donose svoje poslovnike koji moraju biti odobreni od strane njima nadređenih savjeta.

Pomoćni organi sa posebnim pravnim položajem su Komitet za platno bilansne restrikcije, Komitet za trgovinu i razvoj i Komitet za budžetska, administrativna i finansijska pitanja.¹⁶ To su stručna tijela zadužena za praćenje primjene odredaba Sporazuma vezanih za specifično polje njihovog djelovanja, podnošenje odgovarajućih izvještaja na razmatranje Generalnom savjetu i iniciranje donošenja odluka i preduzimanje akcija od strane Generalnog savjeta. Navedeni komiteti su osnovani od strane Ministarske konferencije i oni obavljaju sve funkcije na osnovu sporazuma (o osnivanju WTO i multilateralnih trgovinskih sporazuma) i one funkcije koje im dodijeli Generalni savjet. Generalni savjet je ovlašten da osnuje dodatne komitete sa sličnim funkcijama i sa poljem djelovanja koji će obuhvatati odgovarajuće dijelove Sporazuma¹⁷. Članstvo u komitetima je, takođe, otvoreno za predstavnike svih članica. Na osnovu plurilateralnih sporazuma, koji se primjenjuju samo između članica koje ih potpišu, stvoreni su, takođe, specijalni organi (ima ih četiri). Posebna glava ovog rada posvećena je organizaciji i nadležnostima struktura za rješavanje sporova unutar WTO.¹⁸

WTO se razlikuje od međunarodnih organizacija kakve su MMF i Svjetska banka po tome što njome upravljaju države članice u cjelini, po principu jedna zemlja jedan glas, preko svojih ministara (jedanput u dvije godine) ili permanen-

¹⁵ Savjet za trgovinu robom osnovao je jedanaest komiteta (članstvo je otvoreno za sve članice), koji obuhvataju oblasti: pristupa tržištu, poljoprivrede, sanitarnih i fitosanitarnih mjera, tekstila (monitorni organ – sačinjavaju ga predsjednik i 10 članova u ličnom svojstvu, što predstavlja izuzetak u odnosu na principe organizovanja WTO), tehničkih trgovinskih barijera, subvencija i protivmjera, antidampinga, carinske procjene vrijednosti robe, oznake porekla, uvoznih dozvola, zaštitnih odredaba, notifikacija (radna grupa), trgovine među preduzećima u javnom sektoru i inspekcije prije isporuke. Određeni komiteti pod kontrolom savjeta za usluge su de facto prestali da rade. Radna pregovaračka grupa u oblasti telekomunikacija uspješno je okončala svoj rad u februaru 1997. do započinjanja novih pregovora predviđenih za 2000. godinu. Isto važi za pregovaračku grupu u oblasti finansijskih usluga. Rad pregovaračke grupe za pomorske usluge suspendovan je do 2000. godine.

¹⁶ Ibidem, vidi st. 7.

¹⁷ Generalni savjet je do sada osnovao šest komiteta sa specijalizovanim poljem djelovanja koja obuhvataju oblasti kao što su: trgovina i razvoj, zaštita prirodne sredine, regionalni trgovinski aranžmani i administrativna pitanja. Na zasjedanju Ministarske konferencije, održane u Singapuru u decembru 1996. godine, odlučeno je da se stvore nove radne grupe sa zadatkom da prate investicije i politike konkurencije, transparentnost u vladinim nabavkama i podsticanje trgovine.

¹⁸ Generalni savjet kao Organ za rješavanje sporova ima dva podređena organa. U prvom stepenu sudi panel za rješavanje sporova, a u drugom Stalni apelacioni organ.

tno stacioniranih predstavnika u Ženevi i to, po pravilu, postizanjem konsenzusa. U WTO ne postoji odbor (*Board*) direktora kao ekskluzivni izvršni organ, u kome su zastupljeni predstavnici zemalja sa specifičnom težinom u međunarodnim (ekonomskim) odnosima kao u MMF-u, ili oni koji su izabrani na osnovu odgovarajućih geografskih ili drugih kriterijuma. Naprotiv, u svim organima, počev od najvišeg pa do izvršnih i pomoćnih organa, podjednako su zastupljene sve države članice, te je *načelo plenarnosti* najviši organizacioni princip WTO.

Otuda se organizacionoj strukturi WTO zamjera da se u njenim organima, zbog svoje glomazne institucionalne strukture, u kojoj učestvuje više od 130 predstavnika članica, ne može očekivati nesmetano postizanje saglasnosti prilikom odlučivanja o važnim pitanjima, posebno u kriznim situacijama. Organizaciona struktura WTO je, takođe, predmet čestih kritike djela pravne teorije, te se često mogu čuti prijedlozi za stvaranjem izvršnih organa sa manjim brojem članova po ugledu na druge međunarodne organizacije ekonomskog karaktera.¹⁹ Uprkos činjenici da su svi organi WTO sačinjeni od predstavnika svih članica, može se osnovano tvrditi da se njihov subjektivitet ne poklapa, odnosno da organi nisu identični. Razlike među njima nisu samo formalne prirode, jer se lica koja učestvuju u njihovom radu međusobno razlikuju po zvaničnom rangu koji zauzimaju u hijerarhijama država koje predstavljaju i po stručnosti koju posjeduju u obavljanju svojih zadataka. Šefovi misija u Ženevi su, po pravilu, ambasadori koji uzimaju učešće u radu Generalnog savjeta. Ministri (inostranih poslova ili trgovine) učestvuju u radu Ministarske konferencije, dok su eksperti, najčešće, predstavnici u savjetima i komitetima stručne prirode.

2.3. Sekretarijat i generalni direktor WTO

Velike zasluge za stvaranje WTO, ranije za razvoj i funkcionisanje GATT-a iz 1947. godine, pripisane su Sekretarijatu GATT-a (sada WTO),²⁰ čiji je doprinos

¹⁹ Jeffrey J. Schott iz Instituta za međunarodnu ekonomiju (Institute for International Economics) u Washingtonu, 1997. godine, u tekstu uvrštenom u predstavljanju WTO na Internetu (www.wto.org), u odjeljku posvećenom organizacionoj strukturi, rekao je, između ostalog, sljedeće: “Masovno upravljanje ne dozvoljava operativnu efikasnost ili ozbiljnu političku diskusiju. MMF i Svjetska banka imaju Izvršni odbor, koji upravlja izvršnim službenicima, uz permanentno učešće velikih industrijskih zemalja i ponderano glasanje. WTO je potrebna slična struktura da bi efikasno funkcionisala ..., ali politička orijentacija manjih ... članova ostaje snažno suprotstavljena”.

²⁰ Najzaslužniji rukovodilac u to vrijeme bio je najzaslužniji Sir Eric Wyndham White, prvi generalni direktor GATT-a (https://www.wto.org/english/thewto_e/dg_e/ww_e.htm, posljednja posjeta 16. augusta 2022. godine).

promovisanju slobode poslijeratne međunarodne trgovine bio neizmjeran.²¹ Sekretarijat vrši administrativne funkcije i sprovodi odluke najvišeg organa i izvršnih organa WTO. Sekretarijatom rukovodi generalni direktor na osnovu načela monokratskog uređenja. Funkcija generalnog sekretara je ne samo administrativne, već reprezentativne i političke prirode. U tom smislu, generalni direktor predstavlja WTO u međunarodnim odnosima, slično funkciji koju vrši generalni sekretar UN. Ono što karakteriše Sekretarijat jeste njegov međunarodni karakter. Generalni direktor i službenici ne mogu primati instrukcije svojih vlada.²² Stoga su oni zaštićeni privilegijama i imunitetima ustanovljenim Konvencijom UN o privilegijama i imunitetima specijalizovanih agencija od 1947. godine. Uslovi za izbor službenika Sekretarijata su njihova stručnost i ravnomjerna geografska zastupljenost. Funkcije koje vrši Sekretarijat su, prije svih, administrativne prirode, što uključuje pripremne radnje za zasjedanja drugih organa, prikupljanje raznih obavještenja, izdavanje dokumenata, čuvanje arhive itd. Sekretarijat ima važnu ulogu i u koordinisanju rada drugih organa i vršenju tehničkih funkcija pripremanjem stručnih elaborata i projekata.

Posebno su važne funkcije finansijske i političke prirode za koje je odgovoran generalni direktor WTO. Generalni direktor podnosi procjenu godišnjeg budžeta i finansijskog stanja WTO Komitetu za budžetska i administrativna pitanja, koji, nakon razmatranja procjene generalnog direktora, podnosi prijedlog Generalnom savjetu, koji donosi konačnu odluku o odobravanju procjene godišnjeg budžeta. Generalni direktor je ovlašćen da, na prijedlog Komiteta za budžetska i finansijska pitanja, donosi finansijske uredbe kojima se među članicama raspodjeljuju troškovi rada WTO i određuju odgovarajuće sankcije i mjere prema članicama koje su u zaostatku sa plaćanjima svojih doprinosa prema WTO²³. Naročito su važne reprezentativne funkcije generalnog direktora WTO. On predstavlja WTO kao pravno lice, štiti prava i interese organizacije pokretanjem odgovarajućih postupaka, potpisuje međunarodne sporazume u ime i za račun organizacije i prima akreditivna pisma šefova stalnih misija pri WTO. Važno je napomenuti da je generalni direktor u potpunosti hijerarhijski podređen Ministarskoj konferenciji koja ga imenuje i donosi pravila kojima se regulišu njegove nadležnosti, dužnosti i uslovi za imenovanje. Generalni direktor ima četiri zamjenika koji rukovode svojim

²¹ O tome opširnije u časopisu *The Work of GATT in the Field of International Trade - The Challenge of the Kennedy Round*, Ženeva 1965, str. 1–8.

²² Vidi član VI, stav 4 Sporazuma.

²³ Vidi član VII Sporazuma. Konačnu odluku o procjeni godišnjeg budžeta donosi Generalni savjet dvotrećinskom većinom od ukupnog broja članica.

odjeljenjima sa različitim poljem rada,²⁴ s tim da generalni direktor ekskluzivno rukovodi odjeljenjem za informisanje i odnose sa javnošću.

3. ODLUČIVANJE U WTO

Donošenje odluka konsenzusom predstavlja osnovni princip odlučivanja u WTO. Navedeni princip je dosljedno primjenjivan još od stvaranja GATT-a 1947. godine, bez obzira na postojanje razrađenih odredaba koje su regulisale odlučivanje putem glasanja.²⁵ U članu IX Sporazuma o osnivanju WTO izričito se zahteva da se nastavi praksa odlučivanja konsenzusom, koja je prihvaćena u GATT-u iz 1947.²⁶ Glasanju se pribjegava kada se odluka ne može donijeti putem konsenzusa, po principu jedna zemlja jedan glas, što se smatra demokratskim ustupkom nerazvijenim zemljama i onima u razvoju. Princip usvajanja odluka konsenzusom omogućava svim članicama, posebno onim najslabijim, koje potiču iz kruga nerazvijenih zemalja, da u institucijama WTO jednako promovišu i zaštite svoje trgovinske interese. Ovakav sistem, takođe, odgovara interesima razvijenih zemalja, koje glasanjem protiv mogu da spriječe donošenje odluka za koje smatraju da štete njihovim nacionalnim interesima. Konsenzus se najčešće postiže u situacijama kada su sve članice (makar one koje učestvuju u glasanju) svjesne zajedničkog (opšteg) interesa i dobra koje donosi usvajanje odluke konsenzusom, čak i u situacijama kada se opšti interes kosi

²⁴ Treba izdvojiti Odjeljenje za finansijska i opšta administrativna pitanja (budžet, finansije i administracija), intelektualnu svojinu i investicije, pravna pitanja (rješavanje sporova), trgovinu uslugama i kadrovsku službu; Odjeljenje za poljoprivredu (sanitarne i fitosanitarne mjere, inter alia), pristup tržištu (u ovom domenu ovo odjeljenje opslužuje Savjet za trgovinu robom i obuhvata carinsku procjenu vrijednosti, necarinske mjere, uvozne dozvole, oznake porekla, inspekciju pre isporuke itd.), pravila trgovine (antidamping, subvencije, javna trgovina, civilno vazduhoplovstvo itd.), tehničku saradnju i obuku, razvoj (trgovinu i razvoj, nerazvijene zemlje, regionalizam); Odjeljenje za ekonomske odnose i analizu, spoljne odnose, statistiku i informacione sisteme, ispitivanje trgovinskih politika (trgovina i finansije, uključujući odnose sa MMF-om i Svjetskom bankom); Odjeljenje za poslove vezane za pristupanje WTO, tekstil, trgovinske barijere, ekologiju, koordinaciju savjeta WTO (Generalni savjet, Organ za rješavanje sporova itd.).

²⁵ Član XXV, stav 4 GATT-a iz 1947. godine, glasi: "Ukoliko nije drugačije određeno, Ugovorne strane će odluke donositi (prostom) većinom glasova."

Još od 1959. godine, nije bilo odlučivanja putem glasanja, osim prilikom odobrenja odricanja od obaveza (waiver) i pristupa novih članica (videti: Friedl Weiss, *WTO Dispute Settlement and the Economic Order of WTO Member States, Challenges to the New World Trade Organization*, Kluwer Law International, 1996, Hag, str. 77–95).

²⁶ Smatra se da je odluka donijeta konsenzusom ukoliko se članica, koja je prisustvovala glasanju, formalno ne usprotivi predloženoj odluci.

sa pojedinačnim interesima određenih članica WTO, ali mu one ipak pristupaju (ili se ne protive) da bi se postigao kompromis. Donošenje odluka konsenzusom uživa prednost u odnosu na nadglasavanje, jer daje autoritet odlukama činjenicom da su one prihvaćene od strane svih članica. Prilikom usvajanja odluka konsenzusom ne postoje članice u manjini kojima bi većina nametala svoju volju, odnosno nema majorizovanih članica.²⁷

U situacijama u kojima konsenzus nije realno ostvariv, Sporazumom je predviđeno donošenje odluka putem glasanja. Članom IX, stav 1 Sporazuma kao osnovno pravilo predviđeno je da će se odluke Ministarske konferencije i Generalnog savjeta donositi dvotrećinskom većinom prisutnih članova.²⁸ Sporazumom su predviđene četiri specifične situacije u kojima se odstupa od navedenog principa:

1. Zvanična interpretacija bilo kojeg multilateralnog trgovinskog sporazuma usvaja se tročetvrtinskom većinom od ukupnog broja članica;²⁹
2. Ministarska konferencija može odobriti oslobođenje od obaveze (*wave an obligation*) pojedinoj članici usvajanjem odluke, takođe, tročetvrtinskom većinom;³⁰
3. Ministarska konferencija može usvojiti amandmane ili prihvatanjem svih članica ili tročetvrtinskom većinom, u zavisnosti od domašaja amandmana, s tim da se amandmani primjenjuju samo među članicama koje ih prihvate³¹ i
4. Donošenje odluke o prijemu novog člana WTO od strane Ministarske

²⁷ U političkoj teoriji slikovito bi se reklo: ne postoji tiranija većine.

²⁸ Članom XXV, stav 4 GATT-a iz 47. godine predviđeno je odlučivanje Ugovornih strana prostom većinom.

²⁹ Interpretaciju usvaja Ministarska konferencija ili Generalni savjet, u određenim slučajevima, na bazi preporuka savjeta koji pokrivaju dijelove sporazuma koji su predmet interpretacije.

³⁰ GATT-om iz '47. (član XXV) je bila dovoljna dvotrećinska većina. Nisu bili propisani uslovi i ograničenja za odobravanje oslobođenja od obaveze. Članom IX, stav 3 Sporazuma o osnivanju WTO predviđeni su uslovi za oslobođenje od obaveze da bi se spriječile zloupotrebe koje su bile prisutne u praksi GATT-a iz '47, zahvaljujući neograničenoj mogućnosti Ugovornih strana da daruje oslobođenja. Ministarska konferencija je dužna da navede izuzetne okolnosti koje opravdavaju oslobođenje, uslove koji utiču na primjenu oslobođenja i termin, odnosno rok nakon koga primjena oslobođenja ističe. Oslobođenja odobrena na period koji je duži od godinu dana predmet su ispitivanja od strane Ministarske konferencije jedanput godišnje od dana oslobođenja do njegovog isteka (stav 4).

³¹ U tom slučaju, Ministarska konferencija može odlučiti tročetvrtinskom većinom da neka članica može da se povuče iz WTO ili da ostane uz saglasnost Ministarske konferencije, ukoliko ne prihvati izmjene Sporazuma (član X, stav 3 Sporazuma).

konferencije dvotrećinskom većinom svih članica.³²

Postizanje saglasnosti putem konsenzusa dopunjeno je neformalnim sastancima i kuloarskim pregovaranjem među suprotstavljenim stranama (posebno u najvišim organima), koje je doprinijelo, u značajnom broju slučajeva, prevazilaženju ćorsokaka i ozbiljnih nesporazuma u pregovorima. Neformalne konsultacije igraju vitalnu ulogu u postizanju kompromisa među ogromnim heterogenim članstvom unutar WTO.³³ Time oficijelni pregovori nisu izgubili svaki značaj, jer oni predstavljaju forum za finalnu razmjenu mišljenja i zvanično pretakanje prethodno postignute saglasnosti (po pravilu između malog broja ključnih zemalja) u formalnopravno obavezujuću odluku.

Sve odluke se neposredno primjenjuju od strane samih članica WTO. Sistem primjene odluka i rješavanja sporova unutar WTO, uprkos čestim javnim pohvalama i apologetskim izlaganjima od strane teorije i prakse, veoma je diskutabilan i tiče se same srži multilateralnog trgovinskog sistema WTO i realizacije njenih funkcija u domenu promovisanja slobode međunarodne trgovine.

4. ZAKLJUČAK

Svjetskatrговinskaorganizacija je međunarodna institucija s nadležnostima da propisuje i primjenjuje sveobuhvatna pravila koja regulišu svjetsku trgovinu i funkcijom da uspostavi pravnu sigurnost, transparentnost i predvidljivost propisa koji uređuju svjetsku trgovinu. Njenim sporazumima promovišu se, u najvećoj mogućoj mjeri, principi liberalizacije međunarodne trgovine, uz mogućnost propisivanja izuzetaka od navedenih principa u slučajevima kada je to neizbježno. Stvaranjem WTO učinjen je ogroman pomak u odnosu na GATT iz 1947. godine u materijalnopravnom i institucionalnom smislu. Osnivanjem WTO prevaziđena je ograničenost i fragmentiranost multilateralnog trgovinskog sistema. WTO je sveobuhvatna ne samo u materijalnom, već i personalnom smislu, s obzirom na to da joj je do sada pristupilo 164 članica (136 ih je

³² Članica koja nije saglasna sa prijemom novog člana, prije donošenja odluke o prijemu, može izjaviti da multilateralne trgovinske sporazume iz Aneksa 1 i 2 neće primjenjivati u odnosima sa novom članicom (član XII, stav 1 Sporazuma). Navedena odredba je preuzeta iz člana XXXV GATT-a iz '47.

³³ U urugvajskoj rundi pregovora značajnu ulogu su igrali tzv. "Pregovori u zelenoj sobi" u kojima je učestvovalo oko 40 najzainteresovanijih zemalja. Ponekad, nesporazumi su se prevazilazili pregovaranjem između manjih grupa sačinjenih od tri ili četiri zemlje. Ishod pregovora o pristupu tržištu sažeo bi se u paketu uzajamnih obaveza koji sadrži ustupke u raznim aspektima predmeta pregovora.

pristupilo u momentu osnivanja).³⁴ Pravni status WTO je nedvosmislen: WTO je međunarodna organizacija sa svojstvom subjekta međunarodnog javnog prava, sa širokim poljem djelovanja i veoma razvijenom organizacionom strukturom. Najviši ili zakonodavni organ WTO je Ministarska konferencija, koja je preuzela sve funkcije i nadležnosti Ugovornih strana GATT-a iz 1947. godine. Ona je sačinjena od predstavnika svih članica WTO i saziva se najmanje jedanput u dvije godine. Ministarska konferencija nadležna je da odlučuje o svim pitanjima iz okvira multilateralnih trgovinskih ugovora. Funkciju centralnog izvršnog organa WTO obavlja Generalni savjet, koji je nadležan za donošenje svih odluka u nadležnosti Ministarske konferencije koje ne trpe odlaganje u periodu između dva zasjedanja, izuzev onih koje su u njenoj isključivoj nadležnosti. To su najvažnija pitanja vezana za postojanje WTO, njene najosnovnije principe i njenu reformu. Takođe, u nadležnosti Generalnog savjeta spada nadzor nad hijerarhijski nižim izvršnim organima i osnivanje pomoćnih tijela. Generalni savjet ima značajne kompetencije u pravilima i procedurama za rješavanje sporova i u oblasti ispitivanja trgovinskih politika u vidu vršenja nadležnosti u formi Organa za rješavanje sporova, odnosno Organa za ispitivanje trgovinskih politika. Zbog svoje važnosti, članstvo u Generalnom savjetu nije ograničeno, niti postoje kriterijumi za izbor njegovih članova. Sporazumom je predviđeno postojanje posebnih izvršnih organa u vidu Savjeta za trgovinu robom, Savjeta za trgovinu uslugama i Savjeta za trgovinske aspekte prava intelektualne svojine, koji su hijerarhijski podređeni Generalnom savjetu, koji vrši nadzor nad njima putem ispitivanja i odobravanja njihovih izvještaja i odluka. Savjeti vrše sve poslove predviđene sporazumima koje primjenjuju i one poslove koje im dodjeli Generalni savjet. Takođe, oni donose pravila procedure svoga rada (poslovnik), koji odobrava Generalni savjet. Interesantno je to da, uprkos njihovoj stručnoj i specijalizovanoj prirodi, ni u ovim organima nije ograničeno članstvo, niti postoje kriterijumi za izbor njihovih članova, već je ono otvoreno za predstavnike svih zemalja članica WTO. Savjeti su ovlašteni da osnivaju odgovarajuće pomoćne organe stručne prirode nad kojima vrše nadzor. Pomoćni organi donose svoje poslovničke koji moraju biti odobreni od strane njima nadređenih savjeta. WTO se razlikuje od međunarodnih organizacija kakve su MMF i Svjetska banka po tome što njome upravljaju države članice u cjelini, po principu jedna zemlja jedan glas, preko svojih ministara (jedanput u dvije godine) ili permanentno stacioniranih predstavnika u Ženevi i to, po pravilu,

³⁴ BiH je u završnoj fazi pristupa WTO (<http://www.mvteo.gov.ba/Content/Read/bih-i-wto>, posljednja posjeta 16. augusta 2022. godine).

postizanjem konsenzusa. u svim organima, počev od najvišeg pa do izvršnih i pomoćnih organa, podjednako su zastupljene sve države članice, te je *načelo plenarnosti* najviši organizacioni princip WTO. Sekretarijat vrši administrativne funkcije i sprovodi odluke najvišeg organa i izvršnih organa WTO. Sekretarijatom rukovodi generalni direktor na osnovu načela monokratskog uređenja. Funkcija generalnog sekretara je ne samo administrativne, već reprezentativne i političke prirode. U tom smislu, generalni direktor predstavlja WTO u međunarodnim odnosima, slično funkciji koju vrši generalni sekretar UN. Ono što karakteriše Sekretarijat jeste njegov međunarodni karakter. Generalni direktor i službenici ne mogu primati instrukcije svojih vlada. Stoga su oni zaštićeni privilegijama i imunitetima ustanovljenim Konvencijom UN o privilegijama i imunitetima specijalizovanih agencija od 1947. godine.

Donošenje odluka konsenzusom predstavlja osnovni princip odlučivanja u WTO. Navedeni princip dosljedno je primjenjivan još od stvaranja GATT-a 1947. godine, bez obzira na postojanje razrađenih odredbi koje su regulisale odlučivanje putem glasanja. Donošenje odluka konsenzusom uživa prednost u odnosu na nadglasavanje, jer daje autoritet odlukama činjenicom da su one prihvaćene od strane svih članica. Prilikom usvajanja odluka konsenzusom ne postoje članice u manjini kojima bi većina nametala svoju volju, odnosno nema majorizovanih članica. U situacijama u kojima konsenzus nije realno ostvariv, Sporazumom je predviđeno donošenje odluka putem glasanja, dvotrećinskom većinom prisutnih članova, u četiri situacije: prilikom interpretacije bilo kojeg multilateralnog trgovinskog sporazuma, prilikom oslobođenja od obaveze (*wave an obligation*) pojedinoj članici, prilikom usvajanja amandmana i to prihvatanjem svih članica ili tročetvrtinskom većinom, u zavisnosti od domašaja amandmana, s tim da se amandmani primjenjuju samo među članicama koje ih prihvate i prilikom prijema novog člana WTO od strane Ministarske konferencije dvotrećinskom većinom svih članica. Postizanje saglasnosti putem konsenzusa dopunjeno je neformalnim sastancima i kuloarskim pregovaranjem među suprotstavljenim stranama (posebno u najvišim organima), koje je doprinijelo, u značajnom broju slučajeva, prevazilaženju ćorsokaka i ozbiljnih nesporazuma u pregovorima. Neformalne konsultacije igraju vitalnu ulogu u postizanju kompromisa među ogromnim heterogenim članstvom unutar WTO. Sve odluke se neposredno primjenjuju od strane samih članica WTO.

5. LITERATURA

1. Basic Instruments and Selected Documents (u daljem tekstu: BISD), Vol. II, Ženeva, 1952. godine, str. 89–103; takođe, vidjeti Vol. I, str. 101.
2. BISD, vidjeti Vol. II, str. 197.
3. BISD vidjeti 7th Supp, 1959, str. 108, 110.
4. BISD, 9th Supp., Ženeva, 1961, str. 7 i 8.
5. G. Bronz: An International Trade Organization: The Second Attempt, Harvard Law Review, LXIX, Harvard, 1956, str. 440, 473–479.
6. https://www.wto.org/english/thewto_e/dg_e/ww_e.htm (posljednja posjeta 16. augusta 2022. godine).
7. The Work of GATT in the Field of International Trade - The Challenge of the Kennedy Round, Ženeva 1965, str. 1–8.
8. Friedl Weiss, WTO Dispute Settlement and the Economic Order of WTO Member States, Challenges to the New World Trade Organization, Kluwer Law International, 1996, Hag, str. 77–95.
9. <http://www.mvteo.gov.ba/Content/Read/bih-i-wto> (posljednja posjeta 16. augusta 2022. godine)

Abstract: *The Multilateral Trading System of the World Trade Organization (hereinafter: WTO), in addition to trade in predominantly industrial products, which includes, but is not limited to, trade in agricultural products, textiles and clothing, also includes international trade in services. Also included is the legal regulation of trade related aspects of foreign direct investments, as well as international protection of intellectual property rights (copyrights and industrial property rights). Also, a special mechanism for examining trade policies was also created. The agreements likewise include an elaborate procedure for resolving disputes. The principle of preferential treatment of underdeveloped countries is incorporated. In quite a few cases, the aforementioned principle is given priority over the basic principle of freedom of international trade. The contents of the Results of the Uruguay Round of multilateral trade negotiations includes a long list of 60 agreements, annexes, decisions and agreements. The legal status of the WTO is unequivocal: the WTO is an international organization with the status of a legal person under public international law, with a highly developed organizational structure. Consensus in decision-making is the basic principle of governing within the WTO. Voting is invoked only when a decision cannot be reached by a consensus, which is based on the principle of*

one-country-one-vote, considered a democratic concession to underdeveloped and developing countries.

Key words: *Multilateral trade system, WTO, decision making by consensus, one-member-one-vote, WTO Secretariat.*

КРИВИЧНОПРАВНА КАТЕДРА

USLOVNI OTPUST KAO ALTERNATIVNA MERA U SAVREMENOM KRIVIČNOM PRAVU¹

Dr Dragan Jovašević²

***Apstrakt:** U savremenom krivičnom pravu kazna zatvora danas je osnovna i najznačajnija vrsta krivične sankcije koja se izriče učinioцима krivičnih dela u cilju sprečavanja i suzbijanja kriminaliteta. No, sva krivična zakonodavstva, pored безусловne kazne zatvora, poznaju i različite modalitete njegovog izricanja ili izvršenja. To su različiti oblici supstituta ili alternativa u slučajevima kada ocena ličnosti učinioca krivičnog dela ukazuje na to da nije neophodno njegovo безусловно lišenje slobode. Tako se razlikuje potpuna ili delimična suspenzija kazne zatvora ili neke druge vrste kazne. U prvom slučaju radi se o uslovnoj osudi. To je potpuno izuzeće od izvršenja sudskom odlukom izrečene ili utvrđene kazne zatvora (i/ili druge vrste i mere kazne) za određeno vreme (vreme proveravanja) i pod određenim uslovima. U slučaju da uslovno osuđeni ne ispunji postavljene opšte i posebne, obavezne ili fakultativne uslove, krivično pravo predviđa obavezno ili fakultativno opozivanje uslovne osude. No, pored uslovne osude kao oblika ili modaliteta izvršenja izrečene kazne zatvora, savremena krivična zakonodavstva u Evropi, pa tako i u Srbiji predviđaju delimičnu suspenziju izvršenja izrečene kazne zatvora (ili druge krivične sankcije zavodskog, institucionalnog karaktera). To je uslovni otpust kao alternativna mera primeni klasičnih krivičnih sankcija institucionalnog karaktera. Kod uslovnog otpusta, radi se o delimičnoj suspenziji izrečene kazne zatvora čije je izvršenje započeto. Ova se mera daje odlukom suda pod određenim uslovima i za određeno vreme, ali tek pošto je osuđeno lice izdržalo deo izrečene kazne u zavodskoj ustanovi. I*

¹ Ovaj rad rezultat je istraživanja na projektu koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu: "Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu" u periodu 2021–2025. godine.

² Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Republika Srbija, E-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs.

za davanje uslovnog otpusta potrebno je ispunjenje zakonom kumulativno propisanih uslova kroz koje se procenjuje da li je i u kom stepenu ostvarena specijalna prevencija osuđenog lica – uticanje na njegovo ponašanje u smislu popravljanja, prevaspitanja i resocijalizacije. Pretpostavka za primenu ovih mera jeste ispunjenje formalnih uslova – u pogledu vrste i visine izrečene, odnosno izdržane kazne zatvora i materijalnih uslova – ocena suda da primena kazne u konkretnom slučaju nije neophodna jer se ciljevi (svrha) kažnjavanja mogu ostvariti i bez efektivnog izvršenja kazne zatvora u celosti ili delimično. Upravo o pojmu, karakteristikama, uslovima i načinima izvršenja uslovnog otpusta kao alternativne mere u evropskom krivičnom pravu i pravu Srbije sa teorijskog i praktičnog aspekta govori i ovaj rad.

Ključne reči: krivično delo, učinilac, kazna zatvora, uslovni otpust, otpuštanje iz zavoda, sud.

1. UVOD

U sistemu mera društvene reakcije na kriminalitet po svom značaju prevladavaju kazne, a među njima kazna zatvora. To je lišenje slobode kretanja učinioca krivičnog dela za, u sudskoj odluci, određeno vreme. Ona je propisana za najveći broj krivičnih dela samostalno ili alternativno, odnosno kumulativno sa novčanom kaznom. Izriče se na određeno vreme u trajanju od trideset dana do dvadeset godina ili kao doživotni/dugotrajni zatvor³. Ali izrečena dužina kazne zatvora ne mora u svakom konkretnom slučaju i da se efektivno izvrši u potpunosti. To znači da se osuđeno lice može otpustiti sa izdržavanja kazne zatvora na slobodu i pre nego što ju je u potpunosti izdržao ako su za to ispunjeni zakonom propisani uslovi. Tada dolazi do primene uslovnog otpusta. To je izvršenje „kazne lišenja slobode na slobodi“.

Kazna lišenja slobode (kazna zatvora) sastoji se u oduzimanju slobode kretanja učiniocu krivičnog dela za u sudskoj presudi određeno vreme i njegovom smeštanju u posebnu zavodsku, penitensijarnu ustanovu⁴. U svim savremenim

³ D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2016, str. 312.

⁴ U pravnoj teoriji ima shvatanja prema kojima postoje tri modaliteta oduzimanja slobode kretanja osuđenog lica primenom krivičnopravne prinude. To su: a) kazna zatvora, b) kazna dugotrajnog/doživotnog zatvora i c) kazna maloletničkog zatvora. Prva dva modaliteta nisu različite vrste kazni zatvora, već se razlikuju samo po dužini trajanja. Prvi modalitet ima redovnu primenu, a drugi je izuzetak. Treći modalitet je posebnog karaktera zbog lica (maloletnika) prema kome se može izreći.

kaznenim sistemima kazna lišenja slobode zauzima centralno mesto⁵. Najveći broj krivičnih dela zaprećen je ovom kaznom jer ona pruža najviše mogućnosti da se ostvari svrha kažnjavanja koja se sastoji u specijalnoj prevenciji – uticanju na učinioca krivičnog dela da ponovo ne čini krivična dela i njegovom ponovnom uključivanju u normalan društveni život⁶.

Krivično pravo Republike Srbije danas poznaje sledeće vrste kazne lišenja slobode. To su: a) redovna kazna zatvora koja se može izreći jedino kao glavna kazna. To je kazna protiv slobode i propisana je u posebnom delu Krivičnog zakonika (KZ)⁷ za najveći broj krivičnih dela, i to samostalno ili alternativno, odnosno kumulativno sa novčanom kaznom. Ona se može izreći samo kada je zakonom propisana za određeno krivično delo i to u rasponu od trideset dana do dvadeset godina (član 45 KZ). Izriče se na pune godine i pune mesece, a do šest meseci i na pune dane i b) kazna doživotnog zatvora koja se može izuzetno izreći za najteža krivična dela i najteže oblike teških krivičnih dela (član 44a KZ), pri čemu se ova najteža kazna ne može izreći: 1) licu koje u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršilo dvadeset jednu godinu života (mlađe punoletno lice), 2) kada zakon predviđa da se kazna može ublažiti (član 56, stav 1, tačka 1 KZ) ili 3) kada postoji neki od osnova za oslobođenje od kazne (čl. 58–59 KZ).

2. USLOVNI OTPUST U SISTEMU EVROPSKIH STANDARDA

Među brojnim dokumentima donetim u okviru Saveta Evrope, koji čine korpus evropskog krivičnog prava, po svom značaju se ističe Evropska konvencija o nadzoru nad uslovno osuđenim ili uslovno oslobođenim licima (ETS 051) iz novembra 1964. godine. Iako je ona stupila na snagu avgusta 1975. godine, u našoj državi je u primeni tek od 1991. godine (kada je ratifikovana od SFR Jugoslavije)⁸. Cilj njenog donošenja bio je da se uspostave minimalni uslovi među državama ugovornicama – članicama Saveta Evrope u pružanju pomoći koja je nužna za resocijalizaciju osuđenih učinilaca krivičnih dela putem odgovarajućeg nadzora kroz primenu određenih mera koje treba da podstaknu promenu njihovog ponašanja i resocijalizaciju, a sa druge strane, da kontrolom njihovog ponašanja omoguće izvršenje izrečene kazne i bez njenog efektivnog izvršenja⁹.

⁵ Ž. Horvatić, *Kazneno pravo, Opći dio*, Zagreb, 2003, str. 174.

⁶ P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, str. 289–291.

⁷ Službeni glasnik Republike Srbije broj 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.

⁸ Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori broj 4/91.

⁹ B. Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Evrope*, Zagreb, 2006, str. 536.

U odredbama čl. 4–9 Konvencija razrađuje odredbe o načinu, postupku i uslovima izvršenja uslovnog otpusta u slučaju da je kazna zatvora izrečena u jednoj državi, a da se ona izvršava u drugoj državi. Nadzor nad primenom uslovnog otpusta uređen je glavom dva, u odredbama čl. 10–15 Konvencije koje treba da omoguće efikasnu primenu ovog instituta u procesu izvršenja izrečenih kazni putem sudskih presuda. Izvršenje sudskih odluka (čl. 16–21) predmet je razmatranja u trećoj glavi Konvencije, dok glava četvrta (čl. 22–25) uređuje ustupanje prava na izvršenje izrečene kazne zatvora, odnosno uslovnog otpusta nad osuđenim licem u korist zamoljene države. Odredbe ove konvencije u pogledu primene uslovnog otpusta implementirane su u zakonodavstvo Republike Srbije putem: a) Zakona o izvršenju krivičnih sankcija¹⁰ i b) Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera¹¹.

3. PRIMENA USLOVNOG OTPUSTA U REPUBLICI SRBIJI

Uslovni otpust¹² sastoji se u otpuštanju osuđenog lica sa izdržavanja kazne zatvora pre nego što ju je u potpunosti izdržao pod uslovom da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne učini novo krivično delo (član 46 KZ). Ako takvo lice ne izvrši novo krivično delo za vreme dok mu kazna teče, uslovni otpust se ne opoziva. Uslovni otpust¹³ je sličan uslovnoj osudi jer se oba instituta sastoje u oslobađanju učinioca krivičnog dela od izdržavanja kazne, s tim što je kod uslovne osude to oslobodjenje u potpunosti, a kod uslovnog otpusta se radi o delimičnom, parcijalnom oslobodjenju od kazne. U funkcionalnom smislu uslovni otpust je sastavni deo izrečene kazne zatvora jer utiče na njenu sadržinu budući da se institucionalni tretman u zavodskoj ustanovi zamenjuje tretmanom na slobodi. To je poseban oblik izdržavanja „kazne lišenja slobode na slobodi“¹⁴.

U pravnoj teoriji mogu se naći shvatanja prema kojima je uslovni otpust osnov za gašenje kazne ili zakonska smetnja za dalje izvršenje kazne. Ipak se može zaključiti da on nije osnov za gašenje kazne jer postoji mogućnost izvršenja takve kazne u slučaju opoziva uslovnog otpusta. Zato se teško može tvrditi da je uslovni otpust smetnja za dalje izvršenje kazne jer su neki oblici izvršenja

¹⁰ Službeni glasnik Republike Srbije broj 55/14 i 35/19.

¹¹ Službeni glasnik Republike Srbije broj 55/14 i 87/18.

¹² B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007, str. 89–92.

¹³ Lj. Selinšek, *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnege dela*, Ljubljana, 2007, str. 167–169.

¹⁴ V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, *Kazneno pravo, Opći dio*, Rijeka, 2013, str. 211–213.

kazne kao mere pomoći i nadzora mogući i za vreme trajanja uslovnog otpusta¹⁵.

Uslovni otpust predstavlja kriminalnopolitičku i penološku meru kojom se vrši dopunska individualizacija kazne i ostvaruje resocijalizacija osuđenog uz njegovo lično i aktivno učešće kada se, s obzirom na postignute rezultate specijalno preventivnog sadržaja, može skratiti prethodno odmereno trajanje oduzimanja slobode¹⁶. On se može dati svakom licu koje izdržava: a) kaznu zatvora/doživotnog zatvora, b) meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, c) vaspitnu meru upućivanja u vaspitnu ustanovu, d) vaspitnu meru upućivanja u vaspitno-popravni dom i e) kaznu maloletničkog zatvora. Izvršenje uslovnog otpusta uređeno je članom 47 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija i čl. 44–55 Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera.

3.1. Odobranje uslovnog otpusta

Uslovni otpust se u Republici Srbiji obavezno daje ako su ispunjeni sledeći kumulativno određeni uslovi¹⁷: a) formalni uslov – da je osuđeni izdržao dve trećine izrečene kazne zatvora, pri čemu se ovaj rok računa od dana kada je započeto izvršenje kazne i b) materijalni uslov – da se osuđeni u toku izdržavanja kazne tako popravio da se sa osnovom može očekivati da će se na slobodi dobro vladati, a naročito da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne učini novo krivično delo. Na taj način je uslovni otpust u skladu sa principom individualizacije kazne jer je svodi upravo na onu meru koja je stvarno potrebna u konkretnom slučaju za ostvarenje ciljeva kažnjavanja. Pri oceni da li će se osuđeni uslovno otpustiti sud uzima u obzir njegovo vladanje za vreme izdržavanja kazne, izvršavanje radnih obaveza s obzirom na njegovu radnu sposobnost i druge okolnosti koje pokazuju da je postignuta svrha kažnjavanja¹⁸.

O tome kada su ispunjeni uslovi za davanje uslovnog otpusta osuđenom licu dragocena iskustva pruža domaća sudska praksa: osnovni uslov za primenu uslovnog otpusta je vladanje osuđenog za vreme izdržavanja kazne (dobro ponašanje, ispoljene radne navike, proces resocijalizacije je okončan) kao i procena o njegovom budućem ponašanju (presuda Okružnog suda u Subotici Kž. 459/2007); da bi se usvojila molba osuđenog za puštanje na uslovni otpust proces resocijalizacije mora biti okončan (rešenje Vrhovnog suda Srbije

¹⁵ P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, str. 356.

¹⁶ K. Turković et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013, str. 78–81.

¹⁷ N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Beograd, 2005, str. 213–215.

¹⁸ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo I*, Sarajevo, 2015, str. 218–221.

Kž. 732/2008); ima mesta usvajanju molbe za uslovni otpust osuđenog samo ako je svrha kažnjavanja ostvarena u potpunosti (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 578/2009); molba za puštanje na uslovni otpust može se podneti i u slučaju kada je presuda doneta na osnovu sporazuma o priznanju krivičnog dela (rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž. 212/2012); prilikom odlučivanja o molbi za puštanje maloletnika na uslovni otpust sa izvršenja vaspitne mere prvostepeni sud ceni kumulativno ispunjenje zakonskih uslova koji se tiču vremena koje je maloletnik proveo u zavodskoj ustanovi, njegovo ponašanje, kao i i postignuti stepen u vaspitanju maloletnika (rešenje Apelacionog suda u Nišu Kžm. 5/2013); sud može pustiti na uslovni otpust i lice koje se nalazi na izdržavanju kazne zatvora u prostorijama u kojima stanuje (rešenje Višeg suda u Beogradu Kuo. 200/2013); prilikom ocenjivanja osnovanosti molbe za puštanje na uslovni otpust sa izdržavanja kazne kućnog zatvora sud mora posebno da vodi računa i da svestrano i kritički oceni ispunjenost uslova u vezi sa svrhom kažnjavanja (rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 2383/2013).

Prema stavu domaće sudske prakse, uslovni otpust nije odobran u sledećim slučajevima: za uvažavanje molbe za uslovni otpust nije dovoljno samo ispunjenje zakonskih uslova i dobro vladanje osuđenog, već su od značaja i okolnosti koje se tiču individualne i generalne prevencije, pa je potrebno da ciljevi specijalne prevencije nisu u suprotnosti sa razlozima generalne prevencije (rešenje Okružnog suda u Nišu Kž. 1707/2007); nema mesta usvajanju molbe za uslovni otpust osuđenog kada je ostalo da još izdrži kaznu zatvora u trajanju od četiri meseca, a iz izveštaja ustanove u kojoj izdržava kaznu proizlazi da su samo prisutne promene u stavu i ponašanju osuđenog, da je proces resocijalizacije još u toku i da nisu ispunjeni ciljevi generalne i specijalne prevencije (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 1890/2007); nema uslova za prihvatanje molbe za uslovni otpust u situaciji kada se osuđeni u toku izdržavanja kazne zatvora u većem delu dobro vladao i ponašao, a potom je disciplinski kažnjen i upućen u samicu u trajanju od 15 dana i oduzeta su mu dodeljena prava korišćenja poseta i odlaska na vikend (rešenje Okružnog suda u Subotici Kž. 493/2008); nije dozvoljen uslovni otpust sa izdržavanja kazne zatvora koja se izdržava po rešenju kojim je neplaćena novčana kazna zamenjena kaznom zatvora (rešenje Okružnog suda u Nišu Kž. 1110/2008); nema mesta usvajanju molbe za uslovni otpust osuđenog ako iz izveštaja kazneno-popravnog zavoda u kojem izdržava kaznu zatvora proizlazi da se proces resocijalizacije karakteriše pozitivnim promenama u stavovima u i ponašanju osuđenog (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 3167/2008); kod ocene da li će se osuđeni uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne zatvora ne vodi se računa o opštoj svrsi kažnjavanja, već se ceni da li je

u odnosu na osuđenog postignuta svrha kažnjavanja (rešenje Apelacionog suda u Nišu Kž. 263/2012); sud može pustiti na uslovni otpust i lice koje se nalazi na izdržavanju kazne zatvora u prostorijama u kojima stanuje (presuda Višeg suda u Beogradu Spk. Po. 4/2013); prilikom odlučivanja o osnovanosti molbe za puštanje na uslovni otpust eksplicitno se ne uzima u obzir okolnost u pogledu dužine trajanja neizdržanog dela kazne zatvora, već je potrebno izvršiti detaljnu analizu ocene vladanja i ponašanja osuđenog u penalnim uslovima, njegov stav prema izvršenom krivičnom delu – da li ga je prihvatio kao svoje ili na bilo koji način nastoji da umajni svoj doprinos istom, stepen prihvatanja tretmana koji se provode u ustanovi, izvršavanje radnih obaveza u okviru njegovog subjektivnog zalaganja, postignuti stepen resocijalizacije i drugi ciljevi specijalne i generalne prevencije (rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž. 1862/2013).

U vezi sa uslovnim otpustom sa daljeg izdržavanja kazne zatvora, bitno je odrediti visinu kazne od čijeg daljeg izdržavanja se osuđeno lice oslobađa na ovaj način. U tom smislu domaća sudska praksa govori: prilikom odlučivanja da li su ispunjeni uslovi za uslovni otpust potrebno je da je osuđeni izdržao zakonom propisani deo kazne zatvora na koju je osuđen pravnosnažnom presudom, s tim što se u navedeno vreme ne uračunava vreme za koje je amnestiran (rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž. 74/2013); ako je osuđeni usled amnestije oslobođen izvršenja dela kazne zatvora, onda se i taj deo kazne uzima u obzir prilikom utvrđivanja da li osuđeni ispunjava uslove za puštanje na uslovni otpust (rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž. 698/2013).

Krivični zakonik Srbije (posle novele iz 2012. godine) isključio je davanje uslovnog otpusta učiniocu: a) koje je tokom izdržavanja kazne dva puta disciplinski kažnjavan i b) kome su oduzete dodeljene pogodnosti. Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima¹⁹ (2013) isključio je davanje uslovnog otpusta učiniocu sledećih krivičnih dela (član 5, stav 2): a) silovanje, b) obljava nad nemoćnim licem, c) obljava sa detetom, d) obljava zloupotrebom položaja, e) nedozvoljene polne radnje, f) podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa, g) posredovanje u vršenju prostitucije, h) prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju, i) navođenje maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama i j) iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu pod uslovom da su ova dela izvršena prema maloletnim licima.

¹⁹ Službeni glasnik Republike Srbije broj 32/13.

Ukoliko ispunjava zakonom propisane uslove sud može (fakultativno) uslovno otpustiti lice: a) koji izdržava kaznu doživotnog zatvora ako je izdržao dvadeset sedam godina, b) koji je osuđen za krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, krivična dela protiv polne slobode, krivično delo nasilja u porodici, krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga, krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije, krivično delo primanja mita i krivično delo davanja mita, c) koji je osuđen od strane nadležnih sudova, odnosno njihovih posebnih odeljenja, u postupcima koji su vođeni u skladu sa nadležnošću Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije²⁰ i d) koji je više od tri puta pravnosnažno osuđen na bezuslovnu kaznu zatvora, a nije izvršeno brisanje ili ne postoje uslovi za brisanje neke od osuda.

Za razliku od ranijeg rešenja kada je o uslovnom otpustu odlučivala posebna komisija za uslovni otpust u sastavu republičkog ministarstva pravde, prema čl. 563–568 Zakonika o krivičnom postupku (ZKP)²¹ o uslovnom otpustu sada odlučuje sud koji je doneo odluku u prvom stepenu. U drugim državama uslovni otpust i dalje daju administrativni organi (odbor ili komisija za uslovni otpust). Postupak za davanje uslovnog otpusta²² pokreće molbom osuđeni ili njegov branilac. Ako sud ne odbaci molbu (koja je podneta od neovlašćenog lica ili pre ispunjenja zakonom propisanog minimuma od dve trećine izdržane kazne), sud u postupku obavezno traži od izveštaj od zavoda u kome osuđeni izdržava kaznu zatvora o njegovom vladanju i drugim okolnostima koje ukazuju da je postignuta svrha kažnjavanja, kao i izveštaj poverenika uprave za izvršenje krivičnih sankcija (član 564 ZKP) i saslušava nadležnog javnog tužioca. U odluci o uslovnom otpustu sud može da odredi dužnost osuđenom licu da ispuni u određenom roku obaveze koje su predviđene krivičnopravnim propisima. Ako uslovni otpust ne bude opozvan, smatra se da je osuđeni izdržao kaznu.

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija (član 184) predviđa mogućnost prevremenog otpuštanja osuđenog lica iz zavodske ustanove. To je posebna vrsta uslovnog otpusta koji daje administrativni organ. U ovom slučaju direktor uprave za izvršenje krivičnih sankcija na predlog upravnika zavoda u kome se nalazi osuđeno lice, a na osnovu prethodno pribavljenog mišljenja stručnog tima, može

²⁰ Službeni glasnik Republike Srbije broj 94/16 i 87/18.

²¹ Službeni glasnik Republike Srbije broj 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 i 62/21.

²² Postupak za puštanje na uslovni otpust pokreće se samo na molbu osuđenog lica (rešenje Okružnog suda u Kraljevu Kž. 11/2005).

da ga pusti sa izdržavanja kazne zatvora najviše šest meseci do isteka kazne ako su ispunjena dva uslova: a) ako je osuđeni izdržao devet desetina izrečene kazne i b) da se osuđeni dobro vladao, pa su postignuti rezultati u programu postupanja.

3.2. Opozivanje uslovnog otpusta

Ako uslovno otpušteni ne opravda ukazano poverenje dolazi do opozivanja uslovnog otpusta i njegovog ponovnog vraćanja u zavodsku ustanovu. Postoje dve vrste opozivanja uslovnog otpusta. To su: a) obavezno (obligatorno) i b) fakultativno opozivanje (član 47 KZ). O opozivanju uslovnog otpusta uvek odlučuje sud. Do obaveznog opozivanja uslovnog otpusta dolazi: a) kada uslovno otpušteni za vreme dok se nalazi na uslovnom otpustu izvrši krivično delo ili kada mu se sudi za krivično delo koje je ranije učinio, ali se za njega nije znalo u vreme davanja uslovnog otpusta i b) kada je za novoizvršeno ili novootkriveno krivično delo izrečena kazna zatvora preko jedne godine. Do fakultativnog opozivanja uslovnog otpusta dolazi u sledećim slučajevima: a) kada uslovno otpušteni za vreme trajanja uslovnog otpusta učini jedno ili više krivičnih dela ili mu se sudi za krivična dela koja je ranije učinio, a za koja je izrečena kazna zatvora do jedne godine i b) kada uslovno otpušteni ne ispuni neku od obaveza koje su predviđene krivičnopravnim odredbama, a koje mu je sud odredio. Pri oceni u ovom slučaju da li će opozvati uslovni otpust ili ne, sud naročito uzima u obzir: a) srodnost učinjenih krivičnih dela, b) pobude iz kojih su dela učinjena i c) druge okolnosti koje ukazuju na opravdanost opozivanja uslovnog otpusta.

Kada sud opozove uslovni otpust, tada izriče kaznu primenom pravila o odmeravanju kazne za dela u sticaju uzimajući ranije izrečenu kaznu kao utvrđenu²³. Deo kazne koji je osuđeni izdržao po ranijoj osudi uračunava se u novu kaznu, a vreme koje je proveo na uslovnom otpustu se ne uračunava. Ako uslovno otpušteni bude osuđen na kaznu zatvora do šest meseci, a sud ne opozove uslovni otpust, on se upućuje u zavodsku ustanovu na izdržavanje ove kazne, pri čemu se produžava uslovni otpust za vreme koje je osuđeni proveo na izdržavanju kazne zatvora. Zakon je postavio ograničenje prema kome se uslovni otpust može opozvati najkasnije u roku od dve godine od dana kada je njegov rok istekao. Licu kome je izrečena kazna doživotnog zatvora uslovni otpust može da traje petnaest godina.

²³ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo I*, Sarajevo, 2015, str. 220–221.

4. IZVRŠENJE USLOVNOG OTPUSTA

Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera predviđa mere nadzora nad izvršenjem uslovnog otpusta, bez obzira na to: a) da li je dat punoletnom ili maloletnom licu i b) o kojoj se krivičnoj sankciji institucionalnog (zavodskog) karaktera radi. Nadzor nad uslovno otpuštenim licem iz zavodske ustanove (član 44) obavlja poverenička služba ako je u odluci o uslovnom otpustu sud odredio da je osuđeni dužan da ispuni jednu od sledećih obaveza: a) javljanje organu nadležnom za izvršenje zaštitnog nadzora, b) osposobljavanje učinioca za određeno zanimanje, c) prihvatanje zaposlenja koje odgovara sposobnostima učinioca, d) uzdržavanje od posećivanja određenih mesta, lokala ili priredbi, ako to može biti prilika ili podsticaj za ponovno vršenje krivičnih dela, e) blagovremeno obaveštavanje o promeni mesta boravka, adrese ili radnog mesta, f) uzdržavanje od upotrebe opojnih droga ili alkoholnih pića, g) posećivanje određenih profesionalnih i drugih savetovaništa ili ustanova, i postupanje po njihovim uputstvima i h) ispunjenje drugih obaveza koje su predviđene krivičnopravnim odredbama.

Sud koji je doneo odluku o davanju uslovnog otpusta²⁴ kojom određuje ispunjenje jedne ili više navedenih obaveza dužan je da izvršnu odluku bez odlaganja dostavi Povereničkoj službi. Nadzor nad uslovno otpuštenim licem sprovodi poverenik, koji utvrđuje i prati program izvršenja uslovnog otpusta (član 45). Zakon takođe predviđa mogućnost primene elektronskog nadzora nad primenom određenih mera nad licem koje se nalazi na uslovnom otpustu (član 46). U slučaju da je sud doneo odluku o uslovnom otpustu kojom je odredio da je osuđeni dužan da ispuni obaveze predviđene krivičnopravnim odredbama uz primenu elektronskog nadzora, takav nadzor može da traje do jedne godine ili do trajanja uslovnog otpusta. Na primenu elektronskog nadzora shodno se primenjuju odredbe Zakona kojima se uređuje izvršenje kazne zatvora bez napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje (kućnog zatvora) sa elektronskim nadzorom.

Zakon je precizno odredio prava i dužnosti poverenika i osuđenog lica koje se nalazi na uslovnom otpustu (član 47). Tako je osuđeni dužan da se odmah po puštanju na uslovni otpust javi nadležnoj povereničkoj kancelariji. Poverenik, po prijemu odluke o uslovnom otpustu, uspostavlja kontakt sa službom tretmana u zavodu, te preduzima potrebne radnje za njeno izvršenje. Takođe, on po potrebi uspostavlja saradnju sa porodicom osuđenog, policijom, ustanovama zdravstvene i socijalne zaštite, poslodavcem i drugim ustanovama, organizacijama i udruženjima. Poverenik je dalje dužan da u roku od osam dana od dana prijema

²⁴ B. Čejović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2002, str. 491.

odluke o davanju uslovnog otpusta osuđenom licu utvrdi odgovarajući program, uzimajući u obzir već sprovedeni program pripreme za otpust iz zavoda u kome je osuđeni izdržavao kaznu zatvora. On upoznaje osuđenog sa utvrđenim programom, kao i sa posledicama neizvršenja postavljenih obaveza. Ovaj program poverenik dostavlja sudu koji je doneo odluku o uslovnom otpustu i odgovarajućem organu, ustanovi, organizaciji. U cilju uspešnog sprovođenja programa izvršenja obaveza osuđeni mora da se javlja povereniku u vreme, na način i na mestu koje mu je određeno (član 48).

Osuđeni je dužan da za vreme trajanja uslovnog otpusta ispunjava obaveze redovnog ili vanrednog školovanja ili druge utvrđene oblike stručnog osposobljavanja ili sticanja veština (član 49). Takođe, osuđeni u saradnji sa poverenikom i nacionalnom službom za zapošljavanje aktivno učestvuje u pronalaženju odgovarajućeg zaposlenja prema ponuđenim poslovima na tržištu rada (član 50). Osuđeni je dužan da se pridržava zabrane posećivanja određenih mesta koja mogu biti prilika ili podsticaj za ponovno vršenje krivičnih dela (član 51). On je takođe dužan da u roku od tri dana obavesti poverenika o promeni mesta boravka, adrese ili o promeni radnog mesta. U protivnom, smatra se da nije ispunio obavezu iz odluke o uslovnom otpustu (član 52). Osuđeni je dalje dužan da se uzdržava od upotrebe opojne droge, alkohola i drugih psihoaktivnih supstanci (član 53). Ako poverenik osnovano sumnja da se osuđeni ne pridržava ove obaveze, a na osnovu neposrednog uvida ili informacija dobijenih od porodice ili drugih lica bliskih osuđenom, ovlašćen je da obavi odgovarajuće testiranje na prisustvo psihoaktivnih supstanci. Ako se na osnovu rezultata testa utvrdi da se osuđeni ne pridržava ove obaveze ili ako osuđeni odbije testiranje, smatra se da nije ispunio obavezu iz odluke o uslovnom otpustu. Osuđeni je konačno dužan da se uključi u tretman u odgovarajućem savetovalištu ili ustanovi u skladu sa programom izvršenja obaveza (član 54).

Poverenik nakon isteka uslovnog otpusta obaveštava nadležni sud o ispunjenosti svih postavljenih obaveza od strane uslovno otpuštenog lica (član 55). Ako krivicom osuđenog izvršenje obaveza ne otpočne u roku od 15 dana od dana izrade programa ili osuđeni ne ispunjava obaveze koje su mu određene, odnosno ispunjava ih delimično, poverenik je dužan da odmah o tome obavesti nadležni sud. U ovom slučaju nadležni sud u roku od osam dana donosi odluku o opozivu uslovnog otpusta ili pak obaveštava poverenika i osuđenog o nastavku izvršenja uslovnog otpusta.

5. USLOVNI OTPUST U UPOREDNOM KRIVIČNOM PRAVU

Institut uslovnog otpusta kao oblik prevremenog puštanja na slobodu osuđenog lica na kaznu zatvora pod određenim uslovima poznaju i brojna druga savremena krivična zakonodavstva, od kojih ćemo mi analizirati samo ona sa specifičnim rešenjima koja mogu biti od značaja i za domaćeg zakonodavca pri eventualnoj reformi u oblasti krivičnog prava.

5.1. Poljska

Krivični zakonik Poljske²⁵ u poglavlju osmom pod nazivom: „Mere u vezi sa izricanjem uslovnog otpusta“ u članu 77 propisuje da sud može od daljeg izdržavanja kazne zatvora uslovno osloboditi osuđeno lice kada dođe do uverenja (nakon ocene njegove sveukupne ličnosti) da njegov stav, lične karakteristike i situacija, način života pre izvršenja krivičnog dela, okolnosti izvršenja dela, kao i njegovo ponašanje posle izvršenja krivičnog dela, kao i za vreme izdržavanja kazne zatvora ukazuju na pretpostavku da će osuđeni nakon puštanja na slobodu poštovati pravni poredak, a posebno da neće činiti nova krivična dela²⁶.

No, pored ispunjenja navedenih materijalnih uslova, za davanje uslovnog otpusta u smislu člana 78 KZ potrebno je ispunjenje i formalnih uslova. To su²⁷: a) da je osuđeno lice izdržalo polovinu izrečene kazne zatvora, a najmanje šest meseci, b) da je osuđeno lice iz člana 64 stav 1 KZ izdržalo najmanje dve trećine kazne i c) da je osuđeno lice iz člana 64 stav 2 KZ izdržalo tri četvrtine izrečene kazne zatvora, ali najmanje jednu godinu. Konačno, lice koje je osuđeno na kaznu zatvora u trajanju od dvadeset pet godina može se uslovno otpustiti na slobodu nakon izdržanih petnaest godina, dok se lice koje je osuđeno na doživotnu kaznu zatvora može uslovno pustiti na slobodu ako je izdržalo dvadeset pet godina kazne zatvora.

Pri davanju uslovnog otpusta osuđenom licu u smislu člana 80 KZ, vreme njegovog trajanja podudara se sa vremenom neizdržanog dela izrečene kazne zatvora, s tim što se taj period kreće od dve do pet godina, osim kada se radi o uslovno otpuštenom licu sa izdržavanja kazne doživotnog zatvora kada vreme trajanja uslovnog otpusta iznosi deset godina²⁸.

²⁵ Kodeks karny 6. czerwca 1997, Dz. U z 97., r. Nr 88. poz 553., Nr 240. poz. 1431 z 12.

²⁶ O. Zbiorowe, *Kodeks karny*, 40. wydanie, Warszawa, 2015, str. 67–71.

²⁷ S. Frankovski, A. Bodnov, *Introducton to Polish law*, Kluwer, 2005, str. 352–361.

²⁸ А. И. Лукашов, Н. Ф. Кузнецова, Уголовный кодекс Республики Польша, Санкт-Петербург, 2001, str. 124–127.

U slučaju opoziva uslovnog otpusta (član 81 KZ) osuđenom licu ne može ponovo biti odobren uslovni otpust pre isteka roka od jedne godine od dana njegovog ponovnog prijema u zavodsku ustanovu, odnosno ako se radi o izrečenoj kazni zatvora, tada taj rok iznosi pet godina. Zakonik je izričito predvideo (član 82) da je izrečena kazna u potpunosti izvršena, te da je uslovni otpust opravdao svoju svrhu ako se u toku vremena trajanja uslovnog otpusta i nakon njega u trajanju od šest meseci, isti ne opozove iz zakonom propisanih razloga (izvršenje novog krivičnog dela, neizvršenje postavljenih obaveza i dr.)²⁹.

I na kraju, lice koje je osuđeno na kaznu ograničenja slobode (član 83 KZ), koje je izdržalo najmanje polovinu izrečene kazne (formalni uslov) i koje poštuje pravni poredak, vredno i marljivo obavlja rad koji mu je naložio sud, te ispunjava druge postavljene obaveze (materijalni uslov), može se takođe osloboditi od daljeg izvršenja ostatka izrečene kazne odlukom suda, čime se smatra da je izrečena kazna u potpunosti izvršena³⁰.

5.2. Italija

Krivični zakonik Italije³¹ u drugom delu pod nazivom: „Obustava/suspenzija kazne“ u glavi drugoj, određuje pojam, sadržinu, dejstvo i uslove za davanje, odnosno za opozivanje uslovnog otpusta³². U članu 206 KZ propisano je da se u slučaju izricanja kazne ili mere koja podrazumeva lišenje slobode može odobriti prevremeni uslovni otpust istekom zakonom predviđenog perioda ako su za to ispunjeni propisani opšti uslovi. Na taj način se uslovni otpust smatra sredstvom preporoda i društvene reintegracije osuđenog lica, čineći na taj način deo progresivnog sistema izvršenja izrečene kazne zatvora. Pri tome je zakonom izričito propisano da osuđeno lice mora da zasluži uslovni otpust kao izuzetnu meru koja se daje samo u slučajevima gde postoje razumne i opravdane šanse za uspeh u njegovom prevaspitanju³³.

Upravnik zavodske ustanove daje preporuku za prevremeno oslobađanje osuđenog lica ako su ispunjeni uslovi za njegovo puštanje na slobodu ili obaveštava sud o zahtevu osuđenog lica da bude pušten na slobodu. Takav zahtev se sudu dostavlja uz izveštaj uspravnika zavoda (član 208 KZ). Sud može, na

²⁹ T. Bojarski, *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa, 2007, str. 217–226.

³⁰ G. Mueller, *The Penal Code of the Poland*, Littleton, 1973, str. 312–323.

³¹ Legge 10. Ottobre 1930. No. 1398. Testo coordinate ed aggiornate del Regio Decreto Legge 20.3.2016. No. 20 e 8.Marzo 2017. No. 24.

³² Compendio di Diritto penale, Parte generale e speciale, Milano, 2008, str. 289–302.

³³ S. Aleo, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2012, str. 189–196.

predlog zavodske ustanove u kojoj se osuđeni nalazi u smislu člana 207 KZ, dati uslovni otpust u sledećim slučajevima³⁴: a) ako osuđeni za vreme izvršenja izrečene kazne ili mere svojim radom i ponašanjem pruži opipljive dokaze svog napretka u prevaspitanju, b) ako je razumno očekivati da osuđeni nadoknadi štetu prouzrokovanu krivičnim delom čiju je visinu odredio sud ili osuđeni dogovorio sa oštećenim i c) ako ličnost i ponašanje osuđenog lica, kao i životni uslovi koji ga očekuju na slobodi za vreme uslovnog otpusta, pružaju garanciju da će se on dobro ponašati i da će ta mera biti efikasna i delotvorna³⁵.

Nakon davanja uslovnog otpusta sud određuje i njegovo trajanje koje odgovara vremenu trajanja neizdržanog dela izrečene kazne, odnosno mere lišenja slobode (član 209 KZ), s tim što se ovaj period kreće od dve godine (ako se radi o povratniku) do pet godina (ako se radi o licu osuđenom na kaznu doživotnog zatvora)³⁶. Za vreme trajanja uslovnog otpusta (član 210 KZ) uslovno otpušteno lice mora da poštuje postavljena pravila ponašanja koja se određuju zavisno od: njegovog uzrasta i ličnosti, procene rizika kojem može biti izložen i stepena pouzdanosti njegovih porodičnih, poslovnih i društvenih uslova za vreme njegovog boravka van ustanove. Takođe, uslovno otpušteno lice može biti stavljeno pod nadzor, uz uputstva i smernice organa zaštite ili dobrotvorne organizacije (član 213 KZ)³⁷.

Ako dođe do opoziva uslovnog otpusta iz zakonom predviđenih razloga, uslovno otpušteno lice se vraća u zavodsku ustanovu (član 211 KZ). U tom slučaju vreme koje je proveo na slobodi se ne uračunava u vreme trajanja kazne ili mere. No, ako uslovno pušteno lice na slobodi pokaže dobro ponašanje do isteka vremena trajanja uslovnog otpusta, tada se smatra da je izrečena kazna/mera u potpunosti izvršena kada se ona briše iz kaznene evidencije.

5.3. Francuska

Krivični zakonik Francuske³⁸ u pododeljku broj četiri pod nazivom: „Suspendizacija sa uslovnim otpustom“ (čl. 132-40-132-53 KZ) određuje specifičan oblik uslovnog otpusta.

Tako prema odredbama čl. 132-40. i 132-41 KZ, sud koji je učiniocu krivičnog dela izrekao kaznu zatvora u trajanju do pet godina može narediti obu-

³⁴ F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011, str. 178–181.

³⁵ G. Contento, *Corso di diritto penale*, Laterza, 2006, str. 221–226.

³⁶ F. Fucito, A. Di Amalo, *Criminal law in Italy*, Kluwer, 2016, str. 203–207.

³⁷ A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Padova, 2007, str. 223–229.

³⁸ Code Penal France, Juillet 2020, Paris, 2021, str. 109–111.

stavu (suspenziju) njenog izvršenja, u celosti ili delimično, s tim što mu se daje uslovni otpust. U tom slučaju sudija obaveštava osuđeno lice, ako je prisutno, o obavezama koje mora izvršiti u periodu suspenzije kazne i uslovnog otpusta. Pri tome ga upozorava na posledice ako za vreme trajanja uslovnog otpusta izvrši novo krivično delo ili prekrši neku od izrečenih mera nadzora ili posebnih obaveza. Kada sud, kao dodatnu kaznu, izrekne proterivanje sa teritorije Francuske u periodu do deset godina, ova kazna se takođe suspenduje (odlaže) do isteka vremena trajanja uslovnog otpusta³⁹. Uslovni otpust koji može da traje od jedne do tri godine (član 132–42 KZ) počinje da teče od dana kada presuda postane izvršna u skladu sa članom 708 stav 2 Zakona o krivičnom postupku.

Tokom trajanja uslovnog otpusta osuđeno lice se u smislu čl. 132–43 do 132–46 KZ nalazi pod određenim merama nadzora uz koje su mu izrečene i posebne obaveze. Pri tome mu se odobriti i pomoć nadležnih organa koja bi mu omogućila bolju i bržu reintegraciju u društvo. U mere nadzora koje se mogu izreći osuđenom licu spadaju sledeće: a) da bude prisutan kada se to zahteva od strane sudije za izvršenje kazni ili dodeljenog mu socijalnog radnika, b) da prima socijalnog radnika i da mu pruži sve informacije ili dokumenata koji su potrebni kako bi se proverio njegov način izdržavanja i ispunjavanja postavljenih obaveza, c) da obavesti socijalnog radnika o promeni radnog odnosa, d) da obavesti socijalnog radnika o promeni prebivališta ili o putovanju koje je duže od petnaest dana i e) da pribavi prethodno odobrenje od sudije za izvršenje kazni za putovanje u inostranstvo i za svaku promenu zaposlenja ili boravka ako to može da onemogući ili oteža izvršenje određenih obaveza⁴⁰.

Sudija za izvršenje kazni, pored navedenih mera nadzora nad osuđenim licem za vreme trajanja uslovnog otpusta, može da mu izrekne i jednu ili više od zakonom propisanih obaveza kao što su (član 132–45 KZ)⁴¹: 1) da obavlja stručnu delatnost ili da pohađa obrazovni kurs ili stručno usavršavanje, 2) da uspostavi prebivalište u određenom mestu, 3) da se podvrgne lekarskom pregledu, lečenju, medicinskoj nezi, odnosno bolničkom lečenju, 4) da pokaže da učestvuje u porodičnim troškovima ili da redovno plaća alimentaciju, 5) da nadoknadi u celini ili delimično, prema svojim mogućnostima, štetu prouzrokovanu krivičnim delom, 6) da pokaže da, prema svojim mogućnostima, javnom trezoru plaća iznose kao posledicu izrečene kazne, 7) da ne upravlja vozilom određene

³⁹ P. Gattegno, *Droit penal general*, Paris, 2003, str. 178–181.

⁴⁰ B. Geninet, *L' indispensable du droit penal*, Paris, 2002, str. 219–223.

⁴¹ Л. В. Головкин, Н.Е. Крылова, *Уголовный кодекс Франции*, Санкт-Петербург, 2002, str. 51–54.

kategorije, 8) da se ne bavi stručnom delatnošću tokom koje je ili povodom koje je krivično delo izvršeno, 9) da se ne pojavljuju na posebno određenim mestima, 10) da ne učestvuje u klađenju i igrama na sreću, 11) da ne posećuje javne kuće, 12) da se ne sastaje sa određenim licima, a naročito sa drugim saučesnicima u izvršenju krivičnog dela, 13) da ne kontaktira sa određenim licima, a naročito sa žrtvom krivičnog dela, 14) da ne poseduje ili ne nosi bilo koje oružje, 15) da završi kurs o bezbednosti saobraćaja na putevima o svom trošku ako je krivično delo izvršeno motornim vozilom, 16) da ne emituje bilo kakav audio-vizuelni sadržaj koji je delimično ili u celini povezan sa izvršenim krivičnim delom koje se odnosi na umišljajno ugrožavanje života, seksualnu agresiju ili seksualno zlostavljanje, 17) da svoju decu poveri licima kojima je sudskom odlukom dodeljeno starateljstvo i 18) da završi kurs o državljanstvu⁴². Sve mere pomoći imaju za cilj da podrže napore osuđenog lica u reintegraciji u društvo i njegovoj boljoj i bržoj resocijalizaciji. One mogu da budu i u obliku socijalne, a po potrebi, i finansijske pomoći. Njih izvršava služba za uslovni otpust uz učešće, po potrebi, privatnih ili javnih ustanova.

Suspenzija sa uslovnim otpustom⁴³ se u smislu člana 132–47 KZ može opozvati u potpunosti ili delimično od strane suda ako osuđeno lice za vreme trajanja uslovnog otpusta izvrši krivično delo ili prekršaj za koje mu je izrečena bezuslovna kazna zatvora. No, zakon je isključio mogućnost opozivanja uslovnog otpusta za ranije izvršena krivična dela pre pravnosnažnosti uslovne suspenzije. Suspenziju sa uslovnim otpustom može takođe opozvati i sudija za izvršenje kazni, u skladu sa uslovima utvrđenim Zakonom o krivičnom postupku, ako se osuđeno lice ne pridržava izrečenih mera nadzora ili posebnih obaveza.

5.4. Španija

Organski zakon o Krivičnom zakonu Španije⁴⁴ u trećem poglavlju pod nazivom: „O oblicima zamene izvršenja kazne lišenja slobode i uslovnoj osudi“, u trećem potpoglavljju pod nazivom: „O uslovnom otpustu“ (član 90) određuje pojam, sadržinu i uslove za davanje uslovnog otpusta. Tako se uslovni otpust sa daljeg izdržavanja izrečene kazne zatvora može dati ako su ispunjeni sledeći uslovi⁴⁵: a) da je odobreno ranije oslobođenje iz zavodske ustanove, b) da je izdržano tri četvrtine izrečene kazne zatvora, c) da osuđeni pokazuje dobro po-

⁴² J. Larguier, A. Marie Larguier, *Droit penal general*, Paris, 1996, str. 178–185.

⁴³ M. Veron, *Droit penal general*, Paris, 2002, str. 212–216.

⁴⁴ Organski zakon 10/1995, od 23. novembra, o Krivičnom zakonu, objavljen u „Službenom glasniku“ broj 281. od 24. novembra 1995. godine / *Codigo penal Ley Organica*, No. 10/1955 de 23 de Noviembre de 1995; Organic Law No. 1/2015. 1. July 2015.

⁴⁵ E. Merino Blanco, *Spanish Law and Legal System*, Thomson, Sweet-Maxwell, 2006, str.

našanje i da je data povoljna procena njegove društvene reintegracije u društvo i d) da je utvrđena građanska odgovornost za prouzrokovanu štetu izvršenim krivičnim delom.

Za ispunjenje uslova koji se odnosi na procenu stepena društvene reintegracije (resocijalizacije) osuđenog lica u sledećim slučajevima⁴⁶: a) za krivična dela u vezi sa terorističkim organizacijama i grupama i krivičnim delima terorizma (prema odeljku dva glave VII poglavlja XXII knjige II Krivičnog zakona) i b) za krivična dela izvršena u okviru kriminalne organizacije, posebno se vodi računa o sledećim okolnostima: a) da je osuđeno lice pokazalo da je nedvosmisleno napustilo terorističke aktivnosti, te da je aktivno saradivalo sa državnim organima u cilju sprečavanja vršenja drugih krivičnih dela od strane oružanih bandi, organizacija ili terorističkih grupa, b) da je osuđeno lice ublažilo posledice izvršenog krivičnog dela i c) da je osuđeno lice doprinelo da se otkrije, uhvati ili krivično goni lice koje je odgovorno za krivična dela terorizma, pribavili dokazi ili sprečile aktivnosti organizacije ili udruženja kome je on pripadao ili sa kim je saradivao.

Ispunjenje ovog uslova se, između ostalog, može utvrditi i posebnom izjavom kojom se osuđeni odriče svojih kriminalnih aktivnosti i nasilja, a posebno da se izvini žrtvama svog kriminalnog delovanja, kao i putem izveštaja nadležnih državnih organa koji potvrđuju da je osuđeni zaista prekinuo sve veze sa terorističkom organizacijom i udruženjem, odnosno sa kriminalnim aktivnostima nezakonitih grupa, te da je saradivao sa organima krivičnog pravosuđa⁴⁷. Izuzetno, čak i ako su zadovoljeni navedeni uslovi, a ne radi se o krivičnim delima u vezi sa terorističkim organizacijama i grupama i krivičnim delima terorizma, odnosno o krivičnim delima u okviru kriminalne organizacije, sudija za uslovni otpust, u smislu člana 91 KZ na osnovu izveštaja državnog tužioca, generalnog direktora kazneno-popravnih ustanova i drugih nadležnih organa može odobriti uslovni otpust osuđenom licu koje je izdržalo samo dve trećine izrečene kazne zatvora, pod uslovom da zaslužuju takvu privilegiju na osnovu kontinuiteta rada ili učešća u kulturnim i stručnim aktivnostima za vreme boravka u zavodskoj ustanovi.

Štaviše, na predlog generalnog direktora kazneno-popravnih ustanova i na osnovu izveštaja državnog tužioca i drugih nadležnih organa, ako su ispunjeni svi navedeni uslovi, osuđenom licu može odobriti uslovni otpust i sudija

111–114.

⁴⁶ L.E. Chiesa, C. Gomez Jara, *Spanish Criminal law*, Stanford, 2009, str. 289–301.

⁴⁷ L. Bachmaier, A.del Moral Garcia, *Criminal law in Spain*, Kluwer, 2010, str. 189–192.

za uslovni otpust nakon izdržane samo polovine izrečene kazne, ali najviše do devedeset dana za svaku godinu efektivno izdržane kazne zatvora, sem u slučaju ako se radi o licu koje je osuđeno za krivična dela u vezi sa terorističkim organizacijama i grupama, krivična dela terorizma i krivična dela u okviru kriminalne organizacije. Za ovu izuzetnu zakonsku mogućnost potrebno je da osuđeno lice pokazuje kontinuitet rada ili učešća u kulturnim i stručnim aktivnostima za vreme boravka u zavodskoj ustanovi, kao i da i dokaže efikasnost i uspešnost svog učešća u programima za kompenzaciju žrtvama ili, po potrebi, u programima lečenja ili detoksikacije (odvikavanja od bolesti zavisnosti od alkohola ili opojnih sredstava)⁴⁸.

No, čak i kada nisu ispunjeni napred navedeni formalni (u pogledu visine izdržanog dela izrečene kazne zatvora) i materijalni uslovi, uslovni otpust se može dati osuđenom licu u sledećim slučajevima⁴⁹: a) ako je navršilo sedamdeset godina života, b) za koje se na osnovu medicinskog izveštaja utvrdi da boluje od ozbiljne neizlečive bolesti i c) za koje postoji očigledna opasnost za život zbog bolesti ili starosti na osnovu izveštaja lekara sudske medicine i medicinske službe kazneno-popravne ustanove. U ovim slučajevima kazneno-popravna ustanova pokreće postupak za davanje uslovnog otpusta pred sudijom odbora za uslovni otpust sa posebnom hitnošću, a pre donošenja odluke vrši se procena: a) ličnih okolnosti osuđenog lica, b) mogućnosti osuđenog lica da ponovo učini krivično delo i c) „malog“ stepena opasnosti koju osuđeno lice predstavlja.

Uslovni otpust traje onoliko vremena koliko je potrebno za potpuno izvršenje izrečene kazne zatvora. No, ukoliko uslovno otpušteno lice za to vreme (član 93 KZ) izvrši novo krivično delo ili ne ispuni postavljene obaveze u pogledu ponašanja i ograničenja, sudija odbora za uslovni otpust opoziva odobreni uslovni otpust, a osuđeno lice se vraća u zavodsku ustanovu.

5.4. Bugarska

Krivični zakonik Bugarske⁵⁰ u drugom delu pod nazivom: „Prevremeni otpust osuđenog lica“ (član 70) određuje pojam, sadržinu, dejstvo i uslove za primenu instituta uslovnog (ili prevremenog) otpusta⁵¹. Radi se o delimičnoj sus-

⁴⁸ T. Weigend, H. Heinrich Jecheck, *Tratado de Derecho penal*, Parte general, Madrid, 2013, str. 278–281.

⁴⁹ M. Hernandez, *Spanish Criminal Code Reform*, Madrid, 2014, str. 171–178.

⁵⁰ DV, Službeni glasnik broj 27/09.

⁵¹ I. Nenov, A. Stojnov, *Nakazateljno pravo na Republika Blgaria*, Obša del, Sofi-R, Sofia, 2010, str. 300–304.

penziji, izrečene kazne zatvora. Primenom ovog instituta izrazito penološkog i kriminalnopolitičkog karaktera postiže se da lice kome je pravnosnažno izrečena kazna zatvora, ako to zasluži svojim radom i ponašanjem u toku izvršenja kazne, bude oslobođeno od daljeg izvršenja te kazne, pod uslovom da su i takvim delimičnim izvršenjem kazne u potpunosti ostvareni ciljevi specijalne prevencije.

Prema ovom zakonskom rešenju, sud može da odobri prevremeno otpušanje osuđenog lica sa daljeg izdržavanja izrečene kazne zatvora kada je osuđeno lice to svojim primerenim ponašanjem, kao i iskrenim i odanim odnosom prema radu praktično pokazalo da se u tolikoj meri popravilo da njegovo dalje zadržavanje u zavodskoj instituciji nije potrebno. To je materijalni uslov koji sud u svakom konkretnom slučaju procenjuje na osnovu subjektivnih i objektivnih okolnosti. No, formalni uslov (bez koga uopšte i nema primene uslovnog otpusta) jeste da je osuđeno lice prethodno izdržalo najmanje polovinu izrečene kazne zatvora. Primena uslovnog otpusta moguća je i za lica koja su (posle novele iz 2002. godine) osuđena za teška, kvalifikovana krivična dela u povratu pod sledećim uslovima: a) da je osuđeno lice izdržalo najmanje dve trećine izrečene kazne zatvora i b) da preostali deo izrečene kazne ne iznosi više od tri godine. U pogledu materijalnih uslova i za osuđene povratnike (recidiviste) važe isti kriterijumi. Pri davanju uslovnog otpusta Zakonik je postavio i jedno ograničenje. Naime, ovaj institut ne može se primeniti dva puta (čak i kada su ispunjeni formalni uslovi), osim ako osuđeno lice prethodno nije rehabilitovano za krivično delo za koje se traži davanje uslovnog otpusta. Prema članu 70 stav 6 KZ, uslovni otpust traje onoliko vremena koliko je preostalo do potpunog isteka izrečene kazne zatvora, a najmanje šest meseci⁵².

U slučaju davanja prevremenog otpusta osuđenog lica iz zavodske ustanove (član 70 stav 9 KZ), period rehabilitacije počinje da teče tek po isteku uslovnog otpusta. Ako se radi o licu koje je osuđeno za krivično delo koje je izvršilo kao maloletnik, Zakonik takođe dozvoljava mogućnost njegovog prevremenog puštanja na slobodu, ali tek kada postane punoletan i pod uslovima koji važe i za punoletno lice. Izuzetno, shodno članu 71 KZ, sud može dati prevremeni uslovni otpust osuđenom licu i posle izdržane samo jedne trećine izrečene kazne zatvora.

Za vreme trajanja (prevremenog) uslovnog otpusta osuđenom licu na slobodi, Zakonik u članu 73 predviđa mogućnost (ali ne i obavezu) za sud da mu naloži određene obaveze i izda određena uputstva u pogledu života, školovanja ili rada. U tom slučaju sud može i da odredi nadzorni organ (telo) i odgovarajuću

⁵² I. Nenov, A. Stojnov, *Nakazateljno pravo na Republika Blgaria*, Obša del, Sofia, 2010, str. 300–304.

komisiju za obrazovnu brigu nad ovim licima. Ukoliko se pak radi o maloletniku kome je odobreno prevremeno puštanje na slobodu, tada sud određuje lokalnu komisiju za antidruštveno ponašanje maloletnika. U slučaju potrebe, u konkretnom slučaju sud uz postavljene obaveze i data uputstva, te određene organe, tela i komisije, određuje da će nadzor i obrazovnu brigu vršiti određena javna organizacija, uz pristanak uslovno otpuštenog lica, o čemu obaveštava nadzornu ili lokalnu komisiju. Opštu kontrolu i rukovođenje obrazovanjem, radom, životom i ponašanjem prevremeno otpuštenih lica vrši okružni sud prema mestu njihovog prebivališta.

5.5. Estonija

Krivični zakonik Estonije⁵³ u glavi petoj pod nazivom: „Oslobođenje od kazne“ predviđa više oblika potpunog i delimičnog oslobođenja od izvršenja kazne zatvora (ili novčane kazne) u vidu: a) uslovne osude i b) uslovnog otpusta⁵⁴. Pored uslovne osude (koja se javlja kao potpuno ili delimično oslobođenje od izvršenja utvrđene kazne zatvora ili novčane kazne), u članu 76 KZ poznaje još jedan oblik delimičnog oslobođenja od izvršenja izrečene kazne zatvora. To je uslovni otpust (koje se naziva „prevremeno oslobođenje od izvršenja kazne zatvora“)⁵⁵.

Naime, ako je učinilac krivičnog dela drugog stepena⁵⁶, odnosno krivičnog dela iz nehata prvog stepena, osuđen na kaznu zatvora, sud je ovlašćen da ga prevremeno oslobodi (ili uslovno otpusti) iz zavodske ustanove od daljeg izvršenja izrečene kazne u sledećim slučajevima⁵⁷: 1) ako su ispunjeni: a) formalni uslov – da je osuđeno lice izdržalo jednu trećinu, ali ne manje od šest meseci izrečene kazne zatvora i b) materijalni uslov – da je osuđeno lice dalo pristanak na primenu mere elektronskog nadzora (član 75.1 KZ) ili 2) da je osuđeno lice izdržalo najmanje polovinu, ali ne manje od šest meseci izrečene kazne zatvora.

Ako se pak radi o licu koje je osuđeno za umišljajno izvršenje krivičnog dela prvog stepena, tada je sud ovlašćen da ga prevremeno oslobodi od daljeg izdržavanja izrečene kazne zatvora pod sledećim alternativno predviđenim uslovima: 1) ako je osuđeni izdržao polovinu, ali ne manje od šest meseci izrečene

⁵³ Karistusseadustik (Luhend Kar S) RT I 2001, 61, 364.

⁵⁴ В. В. Запечалов, Н. И. Мацнев, Уголовный кодекс Эстонской Республики, Санкт-Петербург, 2001, стр. 107–109.

⁵⁵ Kriminaalmenetluse, Sladustik, Tallinn, 2001, str. 119-126.

⁵⁶ Ovakva podela krivičnih dela je preuzeta iz ruskog krivičnog zakonodavstva (А.И. Папор, Уголовное право России, Общая часть, 2. издание, Москва, 2008, стр. 54–56).

⁵⁷ E. Kerrgandberg, *Kriminaalmenetlus*, Meris Sillaots, 2011, str. 176–182.

kazne zatvora i ako je dao pristanak na primenu mere elektronskog nadzora ili 2) ako je osuđeni izdržao najmanje dve trećine izrečene kazne zatvora⁵⁸. Pri tome je Zakonik izričito posle novele iz 2009. godine (član 76 stav 2 KZ) isključio primenu uslovnog otpusta ako je: a) učinilac krivičnog dela osuđen na kaznu zatvora od najmanje dve godine i b) ako je ostalo da izdrži manje od dva meseca izrečene kazne zatvora.

Pri donošenju odluke o prevremenom oslobađanju osuđenog lica⁵⁹ iz završne ustanove i njegovom puštanju na slobodu sud posebno uzima u obzir sve objektivne okolnosti koje su u vezi sa izvršenjem krivičnog dela, subjektivne okolnosti koje su vezane za ličnost njegovog učinioca, zatim prethodni (raniji) život osuđenog lica, njegovo ponašanje tokom izdržavanja izrečene kazne zatvora, životne uslove (lične prilike), kao i posledice koje mogu da se odraze na osuđeno lice usled njegovog prevremenog oslobađanja i puštanja na slobodu (procena opasnosti od povrata – recidiva). Primenom uslovnog otpusta (ili prevremenog oslobađanja od izdržavanja izrečene kazne zatvora) osuđeno lice se pušta na slobodu koja traje do isteka vremena neizdržanog dela izrečene kazne zatvora, ali ne manje od godinu dana. Za vreme trajanja uslovnog otpusta uslovno otpušteno lice podleže nadzoru nad njegovim ponašanjem (član 75 KZ). Takođe, ovo lice se, uz njegov pristanak, može podvrgnuti i primeni mere elektronskog nadzora nad njegovim ponašanjem i kretanjem⁶⁰.

Krivični zakonik Estonije poznaje još tri oblika uslovnog otpusta: a) prevremeno oslobađanje od kazne doživotnog zatvora (član 77 KZ), b) prevremeno oslobađanje od kazne zbog terminalne bolesti osuđenog lica (član 79 KZ) i c) prevremeno oslobađanje od kazne zbog ozbiljne povrede osuđenog lica koja je nastala kao posledica krivičnog dela (član 80 KZ).

U članu 77 KZ predviđen je institut pod nazivom: „Prevremeno oslobađanje od kazne doživotnog zatvora“. Naime, lice kome je zbog izvršenog teškog krivičnog dela izrečena kazna doživotnog zatvora može biti uslovno otpušteno iz završne ustanove, dakle, prevremeno pušteno na slobodu ako je izdržalo najmanje trideset godina kazne zatvora. U tom slučaju se vreme trajanja uslovnog otpusta određuje u trajanju od pet do deset godina. Ako za to vreme uslovno otpušteno lice ponovo izvrši novo krivično delo sa umišljajem, tada mu se izriče kazna doživotnog zatvora, bez nove mogućnosti za davanje uslovnog otpusta.

⁵⁸ P. Pikamae, J. Sootak, *Estonian Criminal law*, Tallinn, 2011, str. 189–201.

⁵⁹ K. Merusk, I. P. Halduskohtu, *Menetluse Seadustik Kommentaaritunde valjaanne*, Tallinn, 2013, str. 292–303.

⁶⁰ J. Lišvic, *Nakazatелное право Estonii, Sistemnij kurs v slazdah*, Tallinn, 2010, str. 256–264.

„Prevremeno oslobođenje od kazne zbog terminalne bolesti osuđenog lica“ (član 79 KZ) primenjuje se prema licu koje se nalazi na izdržavanju izrečene kazne zatvora, a boluje od terminalne bolesti. Takvo lice sud može prevremeno osloboditi iz zavodske ustanove i pustiti ga na uslovni otpust uzimajući u obzir okolnosti koje se odnose na izvršenje krivičnog dela, ličnost osuđenog lica i prirodu i težinu njegove bolesti. Ako se pak radi o licu koje je bilo uračunljivo (mentalno sposobno) u vreme izvršenja krivičnog dela, ali, pre ili posle donošenja sudske presude mentalno oboli, postane maloumno ili oboli od drugog teškog psihičkog poremećaja tako da postane neuračunljivo, sud ga oslobađa od daljeg izvršenja izrečene kazne. Takvo lice se podvrgava odgovarajućim medicinskim tretmanima u nadležnim institucijama.

Poslednji poseban, specijalan oblik uslovnog otpusta (član 80 KZ) pod nazivom: „Prevremeno oslobođenje od kazne zbog ozbiljne povrede osuđenog lica koja je nastala kao posledica krivičnog dela“ primenjuje se u situacijama kada je učinilac krivičnog dela, za koje je u zakonu propisana kazna zatvora u trajanju do pet godina, osuđen na kaznu zatvora, ali je prilikom izvršenja tog dela i sam pretrpeo ozbiljne povrede. Tada je sud ovlašćen da takvo osuđeno lice potpuno ili delimično oslobodi od daljeg izdržavanja izrečene kazne zatvora, pa se ono pušta na uslovni otpust koji traje do isteka vremena na koje je kazna zatvora i izrečena pravnosnažnom odlukom suda.

5.6. Mađarska

Zakon C o Krivičnom zakoniku Mađarske⁶¹ kao jedan od oblika delimične suspenzije izrečene kazne zatvora predviđa institut pod nazivom: „Uslovni otpust uz nadzor“ (član 69). Prema ovom rešenju osuđenom licu se može dati uslovni otpust uz nadzor: a) za vreme trajanja odlaganja krivičnog gonjenja, b) za vreme trajanja uslovnog otpusta, c) za vreme trajanja uslovne osude, d) istovremeno uz naredbu za naknadu štete i e) za vreme trajanja probnog perioda uslovne osude, pod uslovom da se stalni nadzor učinioca krivičnog dela smatra neophodnim.

Uslovni otpust uz nadzor se izriče⁶²: a) osuđenom licu koje je prevremeno oslobodeno od izdržavanja doživotne kazne zatvora i b) povratniku (recidivisti) koji je prevremeno oslobođen ili je osuđen na kaznu zatvora čije je izvršenje uslovno odloženo. Prema članu 70 KZ vreme trajanja uslovnog otpusta uz

⁶¹ B. Pal, *Criminal law in Hungary*, Budapest, 2016, str. 178–183.

⁶² K. Karsai, Z. Szomora, *Criminal law in Hungary*, Kluwer, 2015, str. 229–238.

nadzor traje kao i vreme: a) trajanja uslovne osude (*conditional sentence*), b) trajanja suspendovane kazne zatvora (*suspended sentence*) i c) trajanja odlaganja krivičnog gonjenja, ali najduže u trajanju do pet godina za sva osuđena lica (odnosno učinioce krivičnog dela) ili do petnaest godina ukoliko se radi o osuđenom licu koje je prevremeno oslobođeno u slučaju izricanja doživotne kazne zatvora. Uslovni otpust uz nadzor koji se izriče paralelno sa naredbom za vršenje posla radi naknade štete ispunjen je kada učinilac pruži sudu dokaz da je završio određeni posao u periodu koji ne prelazi jednu godinu.

Lice koje se nalazi na uslovnom otpustu (član 71 KZ) mora da za vreme njegovog trajanja poštuje sledeće mere kako ne bi došlo do njegovog opozivanja: a) pravila ponašanja koja su propisana zakonom i odlukom suda, b) održavanje redovnog kontakta sa službenikom za uslovni otpust i c) ustupanje informacija službeniku za uslovni otpust u meri u kojoj je to neophodno radi kvalitetnog, zakonitog i efikasnog vršenja nadzora. Takođe, sud ili tužilac mogu narediti posebne obaveze za lice koje je uslovno pušteno na slobodu. To mogu biti sledeće obaveze (član 71 stav 2 KZ)⁶³: a) da ne održava nikakav kontakt sa određenim licem koje je učestvovalo u izvršenju krivičnog dela, b) da se ne približava žrtvi krivičnog dela, njenom mestu prebivališta, radnom mestu ili obrazovnoj instituciji koju pohađa, uključujući i bilo koje mesto koje žrtva posećuje, c) da ne boravi na određenim javnim mestima ili površinama i da ne prisustvuje određenim javnim događajima, d) da ne konzumira alkoholna pića u javnosti, e) da se mora prijaviti na propisanom mestu i u propisano vreme određenoj agenciji ili licu, f) da se mora obratiti državnoj agenciji za zapošljavanje ili da se prijavi lokalnim vlastima za dobijanje zaposlenja za opšte dobro, g) da mora pohađati posebne studije, h) da se mora podvrgnuti (ako na to pristane) određenom lečenju ili da mora prisustvovati određenim terapijskim i kurativnim tretmanima i i) da mora pohađati grupne događaje koje mu odredi službenik za uslovni otpust ili druge programe koje službenik za programe u zajednici službe za uslovni otpust smatra potrebnim. Pored navedenih posebnih obaveza koje su opšteg karaktera, sud ili tužilac mogu konkretnom uslovno otpuštenom licu odrediti i dodatna pravila ponašanja koja odgovaraju prirodi učinjenog krivičnog dela, stepenu prouzrokovane posledice (štete) i unapređenju njegove društvene integracije.

⁶³ I. Gorgenez, K. Karsai, S. Madai, *Buntetojogi fogolomtar*, Budapest, 2012, str. 189–198.

5.7. Austrija

Krivični zakonik Austrije⁶⁴ u Opštem delu, u petoj odredbi pod nazivom: „Uslovna osuda i uslovno otpuštanje iz zatvora“ predviđa više različitih oblika i vidova suspenzije kazne zatvora (i drugih krivičnih sankcija institucionalnog karaktera) kao što su: a) uslovna osuda i b) uslovni otpust.

Uslovni otpust kao oblik delimične suspenzije izrečene, ali i delimično izvršene kazne (član 46 KZ) predviđen je pored potpunog i (izuzetno) delimičnog) oslobodjenja učinioa krivičnog dela od izvršenja izrečene kazne (zatvora i/ili novčane kazne) ili preventivne mere. To je uslovno otpuštanje osuđenog lica sa daljeg izdržavanja izrečene kazne i druge sankcije institucionalnog karaktera i njegovo puštanje na slobodu pre isteka sudskom odlukom određenog vremena pod određenim uslovima do isteka vremena trajanja izrečene krivične sankcije⁶⁵.

Uslovni otpust može se dati učinioa krivičnog dela koji je izdržao polovinu izrečene kazne zatvora, ali najmanje tri meseca, pod uslovom da sud dođe do uverenja da se do isteka vremena trajanja kazne u celosti, a na osnovu ocene postignutog uspeha i efekata u toku izdržavanja kazne, vladanja i ponašanja osuđenog lica može očekivati da on na slobodi neće nastaviti sa vršenjem krivičnih dela, odnosno da se u dovoljnoj meri popravio. Izuzetno se uslovni otpust može dati i licu koje je osuđeno za „ozbiljno“ krivično delo (dakle, zločin) ako je izdržao polovinu, ali pre isteka dve trećine izrečene kazne ako se na osnovu svih okolnosti vezanih za ponašanje osuđenog u toku izdržavanja kazne i postignutih uspeha u popravljanju može zaključiti da će se i takvo lice na slobodi ponašati u skladu sa normama pravnog poretka i da neće nastaviti sa vršenjem krivičnih dela. Ovakva odluka posebno je opravdana u slučajevima kada je prema osuđenom uslovnom otpuštenom licu potrebno primeniti dobrovoljni tretman na slobodi (član 51 KZ).

Ako se pak radi o izdržavanju više izrečenih kazni zatvora, tada se uslovni otpust takođe može dati osuđenom licu, ali tek pošto je izdržao petnaest godina zatvora, naravno, ako su ispunjeni drugi uslovi u pogledu efekata popravljanja (resocijalizacije) koji su postignuti tokom izdržavanja kazne u zavodskoj ustanovi. Takođe i licu kome je izrečena kazna doživotnog zatvora (za najteže učinjeno krivično delo ili najteže oblike teških krivičnih dela, bilo u sticaju, ili u povratu) može se dati uslovni otpust pod uslovom da je izdržao najmanje petnaest godina zatvora, uz procenu suda na osnovu svih okolnosti konkretnog slučaja da je to

⁶⁴ Bundesgesetzbuch vom 23. Jänner 1974. (BGBl. Nr. 60/1974... i BGBl. Nr. 154/2015).

⁶⁵ E. Serini, H. Bachner Foregger, *Strafgesetzbuch*, 13. Auflage, Wien, 1997, str. 117–120.

zaslužio svojim ponašanjem u zavodskoj ustanovi i ispunjavanjem postavljenih obaveza i naloga, pri čemu se naročito vodi računa („procenjuje opasnost“) da takvo lice na slobodi neće ponoviti vršenje krivičnih dela⁶⁶.

Na sličan način Krivični zakonik Austrije u članu 47 predviđa mogućnost davanja uslovnog otpusta kod primene preventivnih mera medicinskog karaktera⁶⁷. Tako se iz svake institucije za mentalno nenormalna lica, odnosno institucije za odvikavanje od zavisnosti osuđeno lice može pustiti na uslovnu slobodu ako sud dođe do uverenja da je usled primenjenih medicinskih postupaka i tretmana takvo lice u stanju socijalne potrebe koje ne zahteva nastavak institucionalnog tretmana, već je dovoljna primena tretmana na slobodi. Uslovi otpust⁶⁸ kod izrečene preventivne mere medicinskog karaktera može se dati ako je osuđeni proveo u instituciji zakonom određeno vreme i ako se utvrdi da je njegov dalji boravak u takvoj instituciji nepotreban, pa čak i štetan. Do tog uverenja sud dolazi na osnovu analize: a) ličnosti osuđenog lica, b) njegovog zdravstvenog stanja, c) njegovog ranijeg života, d) njegovih izgleda za pošteno napredovanje na slobodi i e) nepostojanja „opasnosti“ na koju je bila usmerena primena preventivne mere.

U smislu člana 48 KZ Austrije vreme trajanja uslovnog otpusta iz ustanova za primenu medicinskih preventivnih mera iznosi od jedne do tri godine. To je vreme u kome se nastavlja primenjeno ambulantno lečenje (započeto u institucionalnim uslovima). Ako se radi o uslovnom otpustu koji je dat osuđenom licu na medicinsku preventivnu meru u trajanju duže od jedne godine, a zbog izvršenog krivičnog dela protiv seksualnog integriteta i samoopredeljenja, tada vreme trajanja uslovnog otpusta može da traje do pet godina. Konačno, ako se radi o uslovnom otpustu sa izdržavanja izrečene kazne doživotnog zatvora, tada on može da traje najduže do deset godina.

6. ZAKLJUČAK

Noveliranjem Krivičnog zakonika (2009. i 2012), a posebno donošenjem Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera (2014), Republika Srbija je u potpunosti implementirala evropske standarde u oblasti izvršenja uslovnog otpusta kao specifične faze u procesu izvršenja izrečene krivične sankcije institucionalnog (zavodskog) karaktera koji su inaugurisani odredbama Evropske

⁶⁶ E. E. Fabrizio, *Strafgesetzbuch*, Wien, 2016, str. 134–136.

⁶⁷ E. Foregger, E. Serini, *Strafgesetzbuch*, Wien, 1999, str. 89–91.

⁶⁸ H. Hausmaninger, *The Austrian Legal System*, Vienna, 2011, str. 189–190.

konvencije o nadzoru nad uslovno osuđenim ili uslovno oslobođenim licima (1964).

Na ovaj način u potpunosti je ostvaren cilj primene krivičnih sankcija – uticanje na osuđenog učinioca krivičnog dela da više ne ponovi krivično delo, odnosno uticanje na njegovo kasnije ponašanje i resocijalizacija njegove ličnosti. S druge strane, na ovaj način pojačan je sistem zaštite ljudskih prava i sloboda osuđenih lica koji svojim ponašanjem, zalaganjem i radom za vreme izvršenja izrečenih krivičnih sankcija zavodskog karaktera, u prvom redu kazne zatvora, zasluže da na slobodi dočekaju efektivno okončanje izrečene kazne ili druge sankcije ove vrste. Sve to treba da učvrsti pravni poredak i poverenje građana u pravnu državu i vladavinu prava.

Slična rešenja u pogledu: a) obaveznog ili fakultativnog odobravanja (formalni i materijalni uslovi), odnosno opozivanja uslovnog otpusta, b) o vremenu trajanja uslovnog otpusta, c) o posebnim merama i obavezama koje se postavljaju uslovno otpuštenom licu na slobodi koje mora da ispuni i d) o nadzoru nad životom, radom i ponašanjem uslovno otpuštenog lica na slobodi od strane različitih državnih, društvenih, dobrotvornih i drugih ustanova, odnosno lica poznaju i druga savremena krivična zakonodavstva **čija su specifična rešenja upravo analizirana u ovom radu** (npr. Francuska, **Španija**, Bugarska, Mađarska, Italija, Austrija, Estonija, Poljska i dr.) i čija pozitivna iskustva može da iskoristi i domaći zakonodavac u pravcu unapređenja i usavršavanja postojećih rešenja u nekoj od narednih zakonodavnih reformi u oblasti izvršnog krivičnog zakonodavstva.

7. LITERATURA

1. Aleo, S., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2012.
2. Bachmaier, L., Del Moral Garcia, A., *Criminal law in Spain*, Kluwer, 2010.
3. Bojarski, T., *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa, 2007.
4. Bundesgesetzbuch vom 23. Janner 1974. (BGBl. Nr. 60/74... i BGBl. Nr.154/15).
5. Chiesa, L.E., Gomez Jara, C., *Spanish Criminal law*, Stanford, 2009.
6. Code Penal France, Juillet 2020, Paris, 2021.
7. Código penal Ley Organica, No. 10/1955 de 23 de Noviembre de 1995; Organic Law No. 1/2015. 1. July 2015.
8. Compendio di Diritto penale, Parte generale e speciale, Milano, 2008.
9. Contento, G., *Corso di diritto penale*, Laterza, 2006.
10. **Čejović, B.**, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2002.
11. Fabrizy, E.E., *Strafgesetzbuch*, Wien, 2016.

12. Foregger, E., Serini, E., *Strafgesetzbuch*, Wien, 1999.
13. Frankovski, S., Bodnov, A., *Introducton to Polish law*, Kluwer, 2005.
14. Fucito, F., Di Amalo, A., *Criminal law in Italy*, Kluwer, 2016.
15. Gattegno, P., *Droit penal general*, Paris, 2003.
16. Geninet, B., *L' indispensable du droit penal*, Paris, 2002.
17. Головки, Л.В., Крылова, Н.Е., *Уголовный кодекс Франции*, Санкт-Петербург, 2002.
18. Gorgenuz, I., Karsai, K., Madai, S., *Buntetojogi fogolomtar*, Budapest, 2012.
19. Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I., *Kazneno pravo, Opći dio*, Rijeka, 2013.
20. Hausmaninger, H., *The Austrian Legal System*, Vienna, 2011.
21. Hernandez, M., *Spanish Criminal Code Reform*, Madrid, 2014.
22. Horvatić, Ž., *Kazneno pravo, Opći dio*, Zagreb, 2003.
23. Jovašević, D., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2016.
24. Karistusseadustik (Luhend Kar S) RT I 2001, 61, 364.
25. Karsai, K., Szomora, Z., *Criminal law in Hungary*, Kluwer, 2015.
26. Kerrgangberg, E., *Kriminaalmenetlus*, Meris Sillaots, 2011.
27. Kodeks karny 6. czerwca 1997., Dz. U z 1997, r. Nr 88. poz 553., Nr 240. poz. 1431 z 2012.
28. Kriminaalmenetluse, Sladustik, Tallinn, 2001.
29. Larguier, J., Marie Larguier, A., *Droit penal general*, Paris, 1996.
30. Legge 10. Ottobre 1930. No. 1398. Testo coordinate ed aggiornate del Regio Decreto Legge 20.3.2016. No. 20 e 8.Marzo 2017. No. 24.
31. Lišvic, J., *Nakazatelnoe pravo Estonii, Sistemnij kurs v slazdah*, Tallinn, 2010.
32. Лукашов, А.И., Кузнецова, Н.Ф., *Уголовный кодекс Республики Польша*, Санкт-Петербург, 2001.
33. Mantovani, F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011.
34. Merino Blanco, E., *Spanish Law and Legal System*, Thomson, Sweet-Maxwell, 2006.
35. Merusk, K., Halduskohtu, I.P., *Menetluse Seadustik Kommentaritunde valjaanne*, Tallinn, 2013.
36. Mrvić Petrović, N., *Krivično pravo*, Beograd, 2005.
37. Mueller, G., *The Penal Code of the Poland*, Littleton, 1973.
38. Nakazatelen kodeks, obnarodovan – DV, br. 26 ot 2. april 1968.
39. Nenov, I., Stojnov, A., *Nakazateljno pravo na Republika Blgaria*, Obša del, Sofia, 2010.
40. Novoselec, P., *Opći dio kazenog prava*, Zagreb, 2004.
41. Pagliaro, A., *Principi di diritto penale*, Padova, 2007.
42. Pal, B., *Criminal law in Hungary*, Budapest, 2016.
43. Pavišić, B., *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb, 2006.
44. Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007.
45. Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A., *Krivično pravo 1*, Sarajevo, 2015.
46. Pikamae, P., Sootak, J., *Estonian Criminal law*, Tallinn, 2011.

47. Папог, А.И., Уголовное право России, Общаја част, 2. издание, Москва, 2008.
48. Selinšek, Lj., *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007.
49. Serini, E., Bachner Foregger, H., *Strafgesetzbuch*, 13. Auflage, Wien, 1997.
50. Službeni glasnik Republike Srbije broj 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.
51. Službeni glasnik Republike Srbije broj 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 i 62/21.
52. Službeni glasnik Republike Srbije broj 32/13.
53. Službeni glasnik Republike Srbije broj 55/14 i 35/19.
54. Službeni glasnik Republike Srbije broj 55/14 i 87/18.
55. Službeni glasnik Republike Srbije broj 94/16 i 87/18.
56. Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori broj 4/91.
57. Turković, K., et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013.
58. Veron, M., *Droit penal general*, Paris, 2002.
59. Запелалов, В.В., Мацнев, Н.И., Уголовный кодекс Эстонской Республики, Санкт-Петербург, 2001.
60. Zbiorowe, O., *Kodeks karny*, 40. wydanie, Warszawa, 2015.
61. Weigend, T., Heinrich Jecheck, H., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Madrid, 2013.

Dragan Jovašević, L.L.D.⁶⁹

CONDITIONAL RELEASE AS AN ALTERNATIVE MEASURE IN CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Summary: *In modern criminal law, imprisonment today is the basic and most important type of criminal sanction imposed on perpetrators of crimes in order to prevent and combat crime. However, in addition to the unconditional sentence of imprisonment, all criminal legislations also know the different modalities of its imposition or execution. These are different forms of substitutes or alternatives in cases when the assessment of the personality of the perpetrator of the criminal offense indicates that his unconditional deprivation of liberty is not necessary. This is the difference between a complete or partial suspension of a prison sentence or some other type of sentence. The first case is a suspended sentence. It is a complete exemption from the execution of a prison sentence*

⁶⁹ Full Professor, Faculty of law, University of Niš

imposed or determined by a court decision (and / or other types and measures of punishment) for a certain period of time (probation period) and under certain conditions. In the event that the conditionally sentenced person does not fulfill the set general and special, obligatory or optional conditions, the criminal law provides for the obligatory or optional revocation of the conditional sentence. However, in addition to probation as a form or modality of serving a prison sentence, modern criminal legislation in Europe, including Serbia, provides for a partial suspension of the execution of a prison sentence (or other criminal sanctions of an institutional or institutional nature). This is parole as an alternative measure to the application of classic criminal sanctions of an institutional nature. In the case of conditional release, it is a matter of partial suspension of the imposed sentence of imprisonment, the execution of which has begun. This measure is given by a court decision under certain conditions and for a certain period of time, but only after the convicted person has served part of the sentence in the penitentiary institution. The granting of conditional release also requires the fulfillment of cumulatively prescribed conditions through which it is assessed whether and to what extent the special prevention of a convicted person has been achieved - influencing his behavior in terms of correction, re-education and resocialization. The precondition for the application of these measures is the fulfillment of formal conditions - in terms of the type and amount of imprisonment and material conditions - the court's assessment that the application of punishment in this case is not necessary because the goals (purposes) of punishment can be achieved without effective execution of imprisonment. in whole or in part. This paper also talks about the concept, characteristics, conditions and ways of performing parole as an alternative measure in European criminal law and Serbian law from the theoretical and practical aspect.

Keywords: *criminal offense, perpetrator, imprisonment, conditional release, release from prison, court*

DRUŠTVENO-KORISTAN RAD KAO OBLIK VANINSTITUCIONALNE REAKCIJE NA KRIMINALITET

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović¹

***Apstrakt:** Na temelju međunarodnih standarda u brojnim evropskim krivičnopravnim sistemima su u sistemu kazni ili u sistemu alternativnih mjera suzbijanja kriminaliteta predviđene posebne vrste vaninstitucionalnih mjera kao što su: novčana kazna, kućni zatvor, uslovna osuda, uslovni otpust, probacija, preventivno lišenje slobode, oduzimanje određenih prava i dr. Među ovim krivičnim sankcijama ili mjerama, bez obzira na njihovu prirodu, sadržinu, karakter i vrstu, posebno mjesto zauzima društveno-koristan rad, rad u javnom interesu, obavezni rad, popravni rad ili rad za opšte dobro na slobodi, kako se već naziva ova mjera. Radi se o alternativama, supstitutima kratkotrajne kazne lišenja slobode, različitim vaninstitucionalnim mjerama postupanja prema učiniocu krivičnog djela koje pod različitim nazivima, sa različitom sadržinom, karakterom, vremenom trajanja i uslovima primjene poznaju ne samo krivično pravo Bosne i Hercegovine, već i brojna evropska krivična zakonodavstva. U radu se posebno sagledava mjera društveno-korisnog rada ili rada za opšte dobro na slobodi shodno pozitivnim pravnim propisima, njegov pojam, sadržina, karakteristike, vrijeme trajanja i uslovima primjene.*

***Ključne riječi:** krivično djelo, krivična sankcija, vaninstitucionalna mjera, društveno-koristan rad, odgovornost.*

¹ Potpredsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, profesor emeritus, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću.

1. UVOD

U pravnoj teoriji je opšteprihvaćeno shvatanje da je temeljna funkcija krivičnog prava ostvarenje zaštitne (garantivne) funkcije (Horvat, 1981: 82–93), odnosno obezbjeđenje i zaštita temeljnih i najznačajnijih društvenih i ličnih dobara i vrijednosti od svih oblika i vidova ispoljavanja kriminaliteta fizičkih i pravnih lica (Jovašević, 2017: 22–24). Tako određena funkcija ove pozitivne grane kaznenog prava treba da postavi osnove za postojanje samog društva – države, ali i da obezbijedi njegov dalji razvoj, odnosno napredovanje. Praktično, tako određena zaštita se ostvaruje na dva načina kao što su: a) propisivanje u zakonu koja se ljudska ponašanja (u smislu činjenja ili nečinjenja, propuštanja) definišu kao krivična djela i b) propisivanje kazni, odnosno drugih krivičnih sankcija ili mjera društvene reakcije prema licima koja čine ovakva ponašanja (učiniocima krivičnih djela), te osnova, uslova i postupka za njihovo izricanje od strane nadležnog suda.

Na taj način je definisana sama suština krivičnog prava svih pojedinih država kako danas, tako i u njihovom dugom istorijskom razvoju. Ali, istovremeno se ovdje nalazi i osnovna razlika između krivičnog prava pojedinih država budući da se ono javlja kao sredstvo, mehanizam za zaštitu određenog društva, odnosno sistema njegovih zaštićenih dobara, vrijednosti ili interesa u određeno vrijeme. Naime, svako krivično pravo, pa tako i pravo Bosne i Hercegovine, danas je specifično, posebno, osobeno, koje posjeduje niz karakteristika po kojima se ono upravo i razlikuje od krivičnog prava drugih država (Bačić, 1978: 11–13).

Ostvarenju ovako određene funkcije savremenog krivičnog prava upravo doprinosi sistem kazni (i drugih krivičnih sankcija) institucionalnog, odnosno vaninstitucionalnog karaktera) (Petrović, Jovašević, 2005: 16–19). Tako, Krivični zakon Bosne i Hercegovine² (KZ BiH) u glavi sedmoj “Kazne” kao svrhu kažnjavanja (svrhu primjene kazni kao najznačajnije vrste mjera društvene reakcije na kriminalitet) u članu 39 određuje: a) da se izrazi društvena osuda učinjenog krivičnog djela, b) da se utiče na učinioca da ubuduće ne čini krivična djela i podstakne njegovo prevaspitavanje, c) da se utiče na ostale da ne čine krivična djela i d) da se utiče na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja njihovih učinilaca.

Isto rješenje predviđaju i Krivični zakon Federacije BiH³ (KZ FBiH) u glavi sedmoj “Kazne” u odredbi člana 42, odnosno Krivični zakon Brčko distrikta

² „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/2021.

³ „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“ br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 42/2010,

BiH⁴ (KZ BD BiH) u članu 42 (glava sedma “Kazne”). Na nešto drugačiji način vrste i svrhu krivičnih sankcija određuje posljednji zakon sa primjenom u Bosni i Hercegovini. To je Krivični zalonik Republike Srpske⁵ (KZ RS). Ovaj zakonik u glavi četvrtoj pod nazivom “Krivične sankcije”, u odredbi člana 41 stav 3 propisuje opštu svrhu propisivanja i izricanja krivičnih sankcija (Zlobec, 1989: 54–63) kao “suzbijanje protivpravnih djela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom”. Kao svrha primjene kazni (u smislu najznačajnije vrste krivičnih sankcija) u odredbi člana 43 navedeno je (Cvitanović, 1999: 78–84): a) sprečavanje učinioca da ubuduće čini krivična djela i njegovo prevaspitanje, te uticaj na druge da ne čine krivična djela i b) izražavanje društvene osude za krivično djelo, razvijanje i jačanje odgovornosti i svijesti kod građana o opasnosti i štetnosti krivičnih djela i opravdanosti kažnjavanja, te neophodnosti poštovanja zakona (Vešović, 1987: 99–107).

2. POJAM I VRSTE KRIVIČNIH SANKCIJA

Izvršenje krivičnog djela koje je propisano u zakonu pretpostavlja da se njegovom učiniocu utvrdi krivica (skriviljenost u postupanju). Dakle, tek kada je i ako je neko lice svojom radnjom činjenja (pozitivnom, aktivnom radnjom – svjesnim i voljnim preduzimanjem tjelesnog pokreta) ili radnjom nečinjenja (negativnom, pasivnom radnjom – svjesnim i voljnim propuštanjem tjelesnog pokreta) prouzrokovalo promjenu ili stanje u spoljnom (fizičkom) svijetu na objektu napada koji pripada nekom fizičkom ili pravnom licu (oštećeni ili žrtva) koja je u zakonu propisana kao krivično djelo – stvaraju se uslovi za primjenu krivične sankcije prema njegovom učiniocu. Pretpostavka za primjenu krivične sankcije jeste prethodno utvrđeno postojanje krivice na strani učinioca (osim kada se radi o maloljetnom licu – uzrasta od 14 do 18 godina ili pravnom licu).

Krivična sankcija (Vranj, Bisić, 2009: 14) je, dakle, osnovna zakonom propisana prinudna, represivna mjera za zaštitu društva (društvenih dobara i vrijednosti) od kriminaliteta koju izriče sud učiniocu krivičnog djela u krivičnom postupku, na način i pod uslovima koji su propisani zakonom. Ona se, kao prinudna, represivna mjera, sastoji u oduzimanju ili ograničavanju sloboda i prava ili upozorenju učiniocu krivičnog djela da će mu slobode ili prava biti oduzeti ili ograničeni ako ponovo izvrši krivično djelo. Primjenjuje se prema učiniocu

42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017.

⁴ „Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“ broj 19/2020.

⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 64/2017, 104/2018, 15/2021 i 89/2021.

krivičnog djela za koga je u zakonom propisanom postupku na osnovu izvedenih ličnih i materijalnih dokaza utvrđeno da je izvršio krivično djelo koje mu je optužnim aktom tužioca stavljeno na teret.

U pravnoj teoriji, domaćoj i inostranoj, se mogu naći slična teorijska određenja pojma krivične sankcije. Tako, M. Babić i I. Marković (Babić, Marković, 2008: 141) određuju krivičnu sankciju kao prinudnu mjeru koju radi zaštite društva od kriminaliteta učiniocu određenog krivičnog djela izriče sud u zakonito uređenom krivičnom postupku, a koja se sastoji u ograničavanju ili oduzimanju određenih prava učiniocu krivičnog djela. V.Vranj i M. Bisić kao krivične sankcije smatraju represivne mjere u rukama države koje ona preduzima protiv učinilaca krivičnih djela s ciljem ostvarivanja specijalne i generalne prevencije (Vranj, Bisić, 2009: 14).

I autori u državama iz okruženja Bosne i Hercegovine na sličan način daju pojam i karakteristike krivične sankcije. Prema Z. Stojanoviću, krivične sankcije predstavljaju sredstvo za ostvarenje zaštitne funkcije krivičnog prava koja je osnovni cilj i svrha postojanja krivičnog prava u cjelini. To su, dakle, zakonom predviđene represivne mjere koje se s ciljem suzbijanja kriminaliteta primjenjuju prema učiniocima protivpravnog djela koje je u zakonu predviđeno kao krivično djelo na osnovu odluke suda donijete nakon sprovedenog krivičnog postupka (Stojanović, 2005: 255). M. Đorđević i Đ. Đorđević pod krivičnim sankcijama podrazumijevaju krivičnopravne mjere koje se primjenjuju prema učiniocima krivičnih djela kojima se na ovaj način oduzimaju ili ograničavaju određena prava i koje se izvršavaju prinudno (Đorđević, Đorđević, 2021: 82). Ž. Horvatić (Horvatić, 2003: 134) krivičnopravne sankcije određuje kao zakonom propisane sadržaje i načine kaznenopravne prinude koje nakon sprovedenog postupka primjenjuje državna sudska vlast prema učiniocu krivičnog djela radi ostvarenja opšte svrhe svih i posebne svrhe upravo izrečene vrste sankcije. P. Novoselec (Novoselec, 2004: 327) krivičnim sankcijama (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 205) smatra državne mjere izrečene u krivičnom postupku učiniocima krivičnih djela koje se sastoje u gubitku ili ograničavanju njihovih prava. V. Grozđanić i M. Škorić pod krivičnim sankcijama smatraju mjere kojima se štite društvo i pojedinci od kriminaliteta kojima se zbog prirode i sadržine zadire u osnovna prava lica prema kojima se primjenjuju.

Iz navedenih pravnoteorijskih shvatanja pojma krivične sankcije (bez obzira na individualne razlike koje među sankcijama postoje u pojedinim krivičnim zakonodavstvima) mogu se uočiti njihove zajedničke, opšte, osnovne karakteristike (elementi). Zavisno od shvatanja pojedinih autora, ovi osnovni elementi krivične sankcije određuju se na različiti način.

Tako B. Petrović, D. Jovašević i A. Ferhatović određuju bitne sastojke krivičnopravne sankcije (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 73–76) na sljedeći način:

a) primjena krivičnih sankcija vezana je za postojanje krivičnog djela. One se mogu primijeniti samo prema licu koje je učinilo krivično djelo i za koje je to dokazano u krivičnom postupku od strane nadležnog suda. To znači da se krivične sankcije ne mogu preventivno primijeniti prema nekom licu prije nego što je učinilo krivično djelo (*ante delictum*), već samo poslije izvršenog ili pokušanog krivičnog djela (*post delictum*),

b) krivične sankcije moraju da budu predviđene u zakonu. To je načelo zakonitosti krivičnih sankcija, što znači da se učiniocu krivičnog djela ne može izreći krivična sankcija koja po vrsti i sadržini nije bila propisana zakonom u vrijeme prije nego što je krivično djelo izvršeno i ako nije određen organ za njeno izricanje, odnosno izvršenje,

c) krivične sankcije izriče sud u zakonom propisanom krivičnom postupku koji omogućava da se one po vrsti i visini (mjeri) prilagode težini i okolnostima izvršenja krivičnog djela, te karakteristikama ličnosti njegovog učinioca, d) krivične sankcije su prinudne mjere. One imaju karakter prinude prema učiniocu krivičnog djela jer se primjenjuju protiv i mimo njegove volje. One se sastoje u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda ili prava, odnosno u predočavanju da će mu slobode i prava biti oduzeti ili ograničeni ako nastavi sa vršenjem krivičnih djela,

e) krivične sankcije se propisuju samo za ona protivpravna djela kojima se prava i slobode čovjeka i druge individualne i opšte vrijednosti društva ustanovljene ustavom i međunarodnim pravom tako povređuju ili ugrožavaju da se njihova zaštita ne može ostvariti bez krivičnopravne prinude,

f) krivične sankcije u primjeni treba da odgovaraju prirodi i težini izvršenog krivičnog djela, stepenu krivične odgovornosti, okolnostima pod kojima je djelo izvršeno i ličnosti učinioca,

g) krivične sankcije se ne mogu izreći licu koje u vrijeme kada je krivično djelo učinjeno nije navršilo 14 godina (djetetu), što znači da je to donja granica primjene krivičnih sankcija.

Na sličan način postupa KZ BiH, koji u članu 2 navodi da se krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju samo za ona ponašanja kojima se tako ugrožavaju ili povređuju lične slobode i prava čovjeka, te druga prava i društvene vrijednosti zajamčene i zaštićene Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim pravom, a da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez krivičnopravne prinude. I drugi krivični zakoni sa primjenom u Bosni i Hercegovini na istovjetan način određuju svrhu krivičnih sankcija.

KZ FBiH u odredbi člana 3 propisuje da se krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju samo za ona ponašanja kojima se tako ugrožavaju ili povređuju lične slobode i prava čovjeka, te druga prava i društvene vrijednosti zajemčene i zaštićene Ustavom Federacije BiH i međunarodnim pravom, da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez krivičnopravne prinude. Propisivanje krivičnih djela i vrste i mjere krivičnopravnih sankcija zasniva se na nužnosti primjene krivičnopravne prinude i njenoj srazmjernosti jačini opasnosti za lične slobode i prava čovjeka, te druge osnovne vrijednosti.

Konačno, KZ BD BiH u članu 3 utvrđuje da se krivična djela i krivičnopravne sankcije propisuju samo za ona ponašanja kojima se tako ugrožavaju ili povređuju lične slobode i prava čovjeka, te druga prava i društvene vrijednosti zajemčene i zaštićene Ustavom Bosne i Hercegovine, Statutom Brčko distrikta i međunarodnim pravom, da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez krivičnopravne prinude. Propisivanje krivičnih djela i vrste i mjere krivičnopravnih sankcija zasniva se na nužnosti primjene krivičnopravne prinude i njenoj srazmjernosti jačini opasnosti za lične slobode i prava čovjeka, te druge osnovne vrijednosti.

U savremenom krivičnom pravu razlikuje se više vrsta krivičnih sankcija. One treba da budu u skladu sa različitim oblicima i vidovima kriminaliteta, njegovom strukturom i dinamikom, ali i sa karakteristikama ličnosti njihovih učinilaca. Te sankcije se razlikuju po sadržini, prirodi, uslovima izricanja, načinu izvršenja, te karakteru dejstva (Mrvić Petrović, 2005: 132). Pošto sistem krivičnih sankcija (Novoselec, 2004: 328–330) proizilazi iz obima, strukture i dinamike kriminaliteta, odnosno društvenih potreba da se on efikasno suzbije, to je podložan čestim promjenama, pa se smatra najdinamičnijom oblasti krivičnog prava (Horvatić, 2003: 148–152). Upravo u sistemu krivičnih sankcija i načinu njihove primjene bilo je toliko izmjena da se može reći da je istorija krivičnog prava zapravo istorija krivičnih sankcija (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 205–208). Tako, savremeno krivično pravo razlikuje sljedeće vrste krivičnih sankcija: a) kazne (kazna zatvora, kazna dugotrajnog/doživotnog zatvora i novčana kazna), b) mjere upozorenja, c) mjere bezbjednosti i d) vaspitne mjere. KZ RS u članu 41 predviđa sljedeće vrste krivičnih sankcija (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 73–77): a) kazne, b) alternativne mjere, c) mjere bezbjednosti i d) vaspitne mjere.

Bez obzira na činjenicu da su kazne osnovne vrste mjera društvene reakcije na kriminalitet, te da su one propisane za sva krivična djela u posebnom dijelu krivičnih zakona, pored njih, posebnu ulogu, mjesto i značaj u suprotstavljanju različitim oblicima i vidovima kriminaliteta imaju vaninstitucionalne mjere

(Škulić, 2009: 46–47), koje služe kao supstitut ili alternativa primjeni kazne zatvora, posebno u kratkom trajanju, u slučaju izvršenja krivičnih djela “male ili srednje težine”. Među vaninstitucionalnim mjerama, bez obzira na to da li ih pojedini savremeni krivični zakoni svrstavaju u “kazne” ili u “alternativne mjere” i naziv kojim se ove mjere označavaju, posebnu ulogu, značaj, prirodu, sadržinu i karakteristike ima društveno-koristan rad (popravni rad, obavezni rad, rad za opšte dobro na slobodi, rad u javnom – opštem inreresu i sl.).

3. POJAM I SADRŽINA DRUŠTVENO-KORISNOG RADA

U savremenom krivičnom pravu posljednjih decenija prisutna je široka tendencija za primjenom različitih alternativnih (Mićanović, 1989: 44–48), intermedijalnih, nekustodijalnih ili parapenalnih mjera, mjera retributivne pravde, krivičnih sankcija koje su alternativa ili supstituti kazne zatvora uopšte (Babić, 1974: 379–381), a posebno kazne zatvora u kratkom trajanju (Vešović, 1988: 181–196).

Kao alternativne ili parapenalne mjere⁶ vaninstitucionalnog karaktera u modernom evropskom krivičnom pravu smatraju se, između ostalih (Vešović, 1989: 31–42): popravni rad (Rusija, Ukrajina⁷), obavezni rad (Rusija), društveno-koristan rad (Sjeverna Makedonija, Francuska, Švajcarska⁸, Mađarska), rad u javnom interesu (Češka, Latvija, Litvanija, Srbija, Crna Gora, Slovačka), rad za opšte dobro na slobodi (Bosna i Hercegovina), rad za opšte dobro (Hrvatska, Ukrajina, Estonija⁹, Norveška¹⁰) i sl. Mnoga savremena evropska krivična zakonodavstva predviđaju jednu ili više vaninstitucionalnih, parapenalnih mjera (Lažetić Bužarovska, 2006: 354–361). One su u najvećem broju slučajeva uvedene na temelju inkorporisanih međunarodnih standarda u nacionalna zakonodavstva sa ciljem da se ublaže, umanje ili minimalizuju retributivni karakteri kazni (Šurbanovski, 1989: 61–63). Među ovim mjerama naročito se ističe društveno-koristan rad.

⁶ U teoriji se primjena alternativnih mjera svrstava u „sekundarni mehanizam“ društvene reakcije prema učiniocima krivičnih djela koji zamjenjuje primjenu „primarnih mjera“ – krivičnih sankcija, drugim vrstama mjera.

⁷ *Кримінальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26..... № 1492, 2016.*

⁸ *StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Aktuell geltende Fassung 2013., 7. Auflage, Zürich, 2013.*

⁹ Kriminaalmenetluse seadustik, Vastu võtetud 12.2.2003, RT I 2003, 27, 166 jõustumine 1.7.2004.

¹⁰ Norges straffelov, Criminal Code of Norway.

Neka savremena evropska krivična zakonodavstva društveno-koristan rad predviđaju na različite načine kao: a) kaznu (Srbija, Crna Gora, Latvija, Litvanija, Rusija, Ukrajina, Slovačka, Češka, Mađarska, Norveška) ili b) alternativnu mjeru (Hrvatska, Sjeverna Makedonija, Estonija, Švajcarska, Francuska).

Društveno-koristan rad¹¹, kao parapenalna mera, prvi put je uveden u Velikoj Britaniji odakle se proširio po evropskim zakonodavstvima. Ovom se mjerom zamjenjuje kazna zatvora do šest mjeseci, pri čemu se osuđeni obavezuje da određeni broj sati određeni broj dana provede u društveno-korisnom radu, radu u korist javne (društvene) zajednice. Radna obaveza obično iznosi između 40 i 240 časova i može da traje najduže godinu dana (Velika Britanija).

Ova se mjera izriče uz saglasnost osuđenog koji presudom određeno vrijeme provodi u obavljanju određenog rada u korist cijele zajednice, i to u slobodnom vremenu za koji ne dobija naknadu. Primjenu ove mjere opravdavaju sljedeći razlozi: a) osuđeni ne prekida društveni život i društvene kontakte, b) osuđeni za vreme trajanja ove mjere nastavlja da obavlja svoje zanimanje (profesiju), c) ne prekida se bračni i porodični život osuđenog, d) manji su troškovi izvršenja ove mjere, e) nema mogućnosti za širenje „kriminalne zaraze“ i sl.

Osnovu međunarodnih standarda čine: a) Evropska konvencija o nadzoru nad uslovno osuđenim ili iz zatvora uslovno puštenim osuđenima iz 1964. godine, b) Rezolucija Savjeta Evrope broj 1 o uslovnoj osudi, probaciji i drugim alternativama zatvora iz 1965. godine, c) Rezolucija Savjeta Evrope broj 10 o nekim penalnim mjerama alternativnim zatvoru iz 1976. godine i d) Preporuka Savjeta Evrope broj 16 o društvenim sankcijama i mjerama iz 1992. godine¹². Slična je situacija u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine poslije radikalne reforme iz 2003. godine, kada je donijeto novo krivično zakonodavstvo koje je u primjeni i danas, sa nizom novela, u čijoj se osnovi nalazi Preporuka R (99) 16 Savjeta Evrope o evropskim pravilima o sankcijama i mjerama u zajednici.

Društveno-koristan rad, zapravo, predstavlja alternativu kazni zatvora koja se može izreći u kratkom trajanju, u situacijama kada se radi o učiniocu

¹¹ Kao parapenalna mjera rad za opšte dobro na slobodi (rad u javnom interesu i sl.) uveden je u Velikoj Britaniji 1972. godine pod nazivom „community service order“, kao način da se osuđenom pruži prilika dati koristan doprinos društvenom životu i tako ispuni moralni dug prema društvu. Osuđeni ne napušta svoje radno mjesto niti mijenja životnu sredinu, a kazna se svodi na gubitak slobodnog vremena osuđenog – budući da on za to vrijeme obavlja društveno-koristan rad (Novoselac, 2004: 350).

¹² Ova preporuka u pravilu broj 3 izričito određuje da će se alternativne mjere primjenjivati samo u slučaju kada sud stekne uvjerenje da kod učinioca krivičnog djela postoji spremnost na: a) saradnju i b) ispunjavanje obaveza koje iz takve „alternativne“ mjere proizilaze.

krivičnog djela koji nije ispoljio veći stepen težine i opasnosti, niti su prouzrokovane teže posljedice djela (Šeparović, 1989: 5–19). Kao vaninstitucionalnu mjeru, ovaj rad određuje nekoliko elemenata.

U pravnoj teoriji i praksi se sa osnovom faktičko pitanje javlja kako definirati, odrediti koji, odnosno kakav se rad po vrsti, prirodi, sadržini ili karakteru smatra “društveno-korisnim radom“ (Mitrović, 2009: 298–302). U osnovi ovog pitanja je shvatanje da svaki ljudski rad treba da bude društveno-koristan, dakle, produktivan. To znači da se ovim radom stvaraju nova društvena dobra (materijalne ili duhovne sadržine) ili nove vrijednosti. Iz toga se može zaključiti da ovaj rad ne bi smio biti svrha sam sebi, tako da se njegovom primjenom samo “besciljno troši čovjekova energija i vrijeme“ – bez stvaranja novih dobara.

Dalje, takav rad ne smije da bude besmislen i besciljan, nesvrshodan i ponižavajući. Društveno-koristan rad treba, u svakom slučaju, da ima karakter kompenzacije društvu od strane učinioca za štetu koja mu je prouzrokovana izvršenjem krivičnog djela. Radi se, zapravo, o osudi, uz simboličku reparaciju za učinjeno krivično djelo, uz očekivanje da je to od koristi i za pojedinca i za društvo (Marković, 2009: 126–129).

Društveno-koristan rad (Žakman Ban, Šućur, 1999: 636–641), po sadržini i karakteru, ne smije da vrijeđa ljudsko dostojanstvo. To je, dakle, svaki rad (posao, djelatnost) koji je dostojan čovjeka i njegove ličnosti (u smislu međunarodnih standarda, odnosno ustavnih akata, kao i radnog zakonodavstva) bez obzira na to što se takva “dostojnost“ u svakom konkretnom slučaju utvrđuje zavisno od vrste i sadržine konkretnog rada, specifičnosti radnog mjesta, uslova rada, karakteristika ličnosti osuđenog i sl.

Društveno-koristan rad mora biti besplatan. On se ne ostvaruje, ne vrši u cilju sticanja dobiti (zarade). To je, dakle, rad koji osuđeni osjeća, doživljava u smislu da “svojim radom i pozitivnim odnosom prema društvu u cjelini može da kompenzuje zlo koje je učinjeno izvršenjem krivičnog djela“.

Za obavljanje društveno-korisnog rada potreban je pristanak, saglasnost osuđenog lica, odnosno zahtjev ili prijedlog samog osuđenog lica ili njegovog branioca. To je dobrovoljan i besplatan rad osuđenog lica koji se obavlja u korist države ili određenih javnih ustanova ili organizacija (društvenih, dobrotvornih, komunalnih, ekoloških ili vjerskih) sa ciljem pružanja usluga i pomoći starim, bolesnim, nemoćnim, nezbrinutim ili hendikepiranim licima.

4. DRUŠTVENO-KORISTAN RAD U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Krivični zakon BiH u članu 43, odnosno Krivični zakon Federacije BiH u članu 44 propisuju “rad za opšte dobro na slobodi” (umjesto “društveno-koristan rad”), ne navodeći da li se ovdje radi o vrsti kazne. Iz zakonske formulacije, zapravo, proizilazi da je ono oblik, forma, način zamjene (supstitut, alternativa) izrečene kratke kazne lišenja slobode (Lažetić Bužarovska, 2006: 222–226). S druge strane, KZRS za ovu mjeru koristi termin “rad u javnom interesu”. On, prema stavu 6, predstavlja svaki društveno-koristan rad kojim se ne vrijeđa ljudsko dostojanstvo i ne vrši u cilju sticanja dobiti. Ovakvo određivanje pojma i sadržine rada, kako to predviđa KZRS, ne preciziraju ostali zakoni u BiH koji poznaju ovu meru.

Naime, prema KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD BiH, sudu koji učiniocu krivičnog djela odmjeri i izrekne kaznu zatvora u trajanju do jedne godine, stoji na raspolaganju više mogućnosti. To su: a) da se izrečena kazna zatvora bezuslovno izvrši, b) da se izrečena kazna zatvora zamijeni uslovnom osudom ili c) da se izrečena kazna zatvora istovremeno zamijeni radom za opšte dobro na slobodi, ali uz pristanak osuđenog (iako zakon kaže “pristanak optuženog”) lica. Prema rješenju iz KZ BDBiH (član 44), za ovakvu mogućnost suda se ne zahtijeva “pristanak osuđenog – optuženog lica”, već je naprotiv potreban prijedlog optuženog ili njegovog branioca.

Donošenje odluke suda o zamjeni izrečene kazne zatvora radom za opšte dobro na slobodi (KZ BiH, KZ FBiH i KZ BDBiH) zasniva se na ocjeni da, uzimajući u obzir sve okolnosti koje određuju vrstu i raspon kazne, izvršenje kazne zatvora ne bi bilo neophodno za ostvarenje svrhe kažnjavanja, pri čemu istovremeno uslovna osuda ne bi bila dovoljna za postizanje opšte svrhe krivičnopravnih sankcija.

S druge strane, KZ RS (član 61) kao alternativne mjere predviđa: a) uslovnu osudu, b) uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom i c) rad u javnom interesu. Bez obzira na to o kojoj se alternativnoj mjeri radi, one se izriču krivično odgovornom učiniocu krivičnog djela samo u slučajevima kada, s obzirom na prirodu i težinu krivičnog djela, okolnosti pod kojima je djelo učinjeno i ličnost učinioca, za ostvarivanje svrhe kažnjavanja nije nužna primjena kazne.

Rad u javnom interesu (Marković, 2004: 122–127) iz člana 70 KZ RS predstavlja, dakle, prema ovom zakonskom tekstu, vrstu alternativne mjere (a ne oblik, formu izvršenja izrečene kratke kazne zatvora).

Za izricanje rada za opšte dobro na slobodi (rada u javnom interesu) kao alternativne, vaninstitucionalne mjere zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini zahtijeva ispunjenje dva identična uslova. To su:

a) formalni uslov – izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine. Za ispunjenje ovog uslova potrebno je da je nadležni sud u sprovedenom krivičnom postupku utvrdio da je učinilac izvršio krivično djelo, da je kriv (krivično odgovoran) za ovo djelo, te mu je izrekao kaznu zatvora u trajanju do jedne godine¹³ (samostalno ili kumulativno sa novčanom kaznom). To znači da se rad za opšte dobro na slobodi može izreći samo punoljetnom osuđenom licu (budući da se kazna zatvora ne može izreći maloljetnom učiniocu krivičnog djela).

Ovaj uslov, dalje, upućuje na primenu alternativne, vaninstitucionalne mjere (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 123–125) samo u pogledu izvršenja lakšeg krivičnog djela, i to prema licu koje ima određene psihološke karakteristike (kada se radi o nedelinkventnoj, nekriminogenoj, nenasilnoj ličnosti), pri čemu pokazuje blaži stepen krivice i manji stepen opasnosti. Dakle, težina izvršenog krivičnog djela je determinirajući faktor za izricanje rada za opšte dobro na slobodi, ali njegova sadržina i dužina trajanja u prvom redu zavise od ličnosti učinioca djela. To, zapravo, predstavlja i garanciju da se svrha kažnjavanja može postići upravo primjenom ove mjere, tj. boravkom osuđenog lica na slobodi i ispunjavanjem radnih obaveza u slobodno vrijeme (Marjanovik, 1997: 303–309) i

b) materijalni uslov – ocjena suda pri kojoj se uzimaju u obzir sve okolnosti od kojih zavisi vrsta i visina kazne, da izvršenje kazne zatvora ne bi bilo neophodno za ostvarenje svrhe kažnjavanja, a istovremeno uslovna osuda ne bi bila dovoljna za postizanje opšte svrhe krivičnih sankcija.

Prilikom izricanja ove vaninstitucionalne mere sud posebno uzima u obzir svrhu kažnjavanja i sljedeće okolnosti (Vrulj, 2005: 531–563): a) prirodu, težinu, vrstu učinjenog krivičnog djela, b) karakteristike ličnosti učinioca i c) spremnost učinioca (optuženog) da obavlja društveno-koristan rad. Dakle, pri donošenju ove odluke sud je dužan da, imajući u vidu sve okolnosti koje određuju vrstu i raspon kazne, ocijeni da izvršenje u zakonu propisane kazne zatvora nije neophodno za ostvarenje svrhe kažnjavanja, a da istovremeno ne bi bilo opravdano ni izreći uslovnu osudu (Petrović, Jovašević, 2005: 294). U obrazloženju presude sud ne određuje ustanovu u kojoj će se ova mjera izvršiti, ali je dužan da navede razloge kojima se rukovodio da propisanu kaznu zatvora zamijeni kaznom rada u javnom interesu, zašto ju je izrekao u određenom trajanju i na određeni broj

¹³ Iz ovakvog zakonskog rješenja neki autori izvlače zaključak da se ovdje ipak ne radi o samostalnoj, posebnoj krivičnoj sankciji (Škulić, 2009: 41).

časova, te da li je, kada i na koji način pribavljen pristanak osuđenog lica (Radulović, 2008: 105–117).

Za izricanje vaninstitucionalne mjere – rada za opšte dobro na slobodi potreban je “zahtjev” osuđenog lica, a ne njegov “pristanak” (KZ BiH) ili “prijedlog” osuđenog ili njegovog branioca (KZ FBiH ili KZ BDBiH).

Za primjenu rada za opšte dobro na slobodi potrebno je da je optuženi (zapravo osuđeno lice budući da je utvrđena njegova krivica poslije čega mu je izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine) dalo pristanak, saglasnost (ili “zahtjev” ili “prijedlog”) na primjenu upravo ovakve vaninstitucionalne mjere (Babić i dr., 2005: 254). Saglašavanje osuđenog lica (bez obzira na to kako se ona prema zakonskom rješenju naziva) predstavlja poseban oblik dobrovoljnosti, što ovoj krivičnoj sankciji – mjeri daje specifičan karakter (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 220).

To je jedina mjera društvenog reagovanja na kriminalitet koja se može izreći učinocu krivičnog djela samo, jedino ili isključivo uz njegovu saglasnost (pristanak, zahtjev, prijedlog) za razliku od svih drugih krivičnih sankcija ili mjera (Lazarević, 2009: 213–216). Ovaj uslov proizilazi iz činjenice da je prinudni rad zabranjen u savremenom krivičnom zakonodavstvu na osnovu međunarodnih standarda. Svoj pristanak, saglasnost, zahtjev ili prijedlog učinilac krivičnog djela treba da istakne upravo na glavnom pretresu pred sudom. To je vrijeme, prilika kada mu sud odmjerava i izriče kaznu zatvora u trajanju do jedne godine, ali ga istovremeno upoznaje sa mogućnošću da mu se u konkretnom slučaju ipak izrekne, umjesto ovako odmjerene kazne, mjera rada za opšte dobro na slobodi (rada u javnom interesu) (Babić, Marković, 2008: 390–394).

Zamjena kazne zatvora radom za opšte dobro na slobodi može se na isti način primijeniti i u slučajevima kada se novčana kazna zamjenjuje kaznom zatvora (supletorni zatvor) (Radulović, 2009: 69–85).

Izrečena kazna zatvora u trajanju do šest mjeseci, prema članu 46a KZ RS (što predstavlja izuzetak u krivičnopravnom sistemu BiH), ne može se zamijeniti radom u javnom interesu osuđenom licu koji je: a) ranije osuđivan dva ili više puta na kaznu zatvora i b) ako je osuđivan ili je osuđen za krivično djelo protiv polnog integriteta ili krivično djelo seksualnog zlostavljanja i iskorišćavanja djeteta.

Rad za opšte dobro na slobodi (stav 3) određuje se u trajanju srazmjernom izrečenoj kazni zatvora (Mrvić Petrović, Đorđević, 1992: 1133–1138), od deset do 90 radnih dana, pri čemu se ovako određeni rad izvršava u vrijeme od jednog mjeseca do jedne godine. KZ RS na drugačiji način određuje vrijeme trajanja ove mjere (stav 4). Naime, rad u javnom interesu izriče se u trajanju od 60 časo-

va do 360 časova za vrijeme od mjesec dana do šest mjeseci, pri čemu ovaj rad u toku jednog mjeseca može da traje najviše 60 časova.

Pri odmjeravanju vremena trajanja rada, kao i roka njegovog izvršenja, sud uzima u obzir izrečenu kaznu zatvora koja se zamjenjuje, kao i mogućnosti učinioca u pogledu njegove lične situacije i zaposlenja.

Raspoređivanje osuđenog lica na rad za opšte dobro na slobodi (u pogledu vrste i radnog mjesta) vrše različiti organi, zavisno od zakona koji propisuje ovaj institute opšteg dijela krivičnog prava. To mogu biti: a) Ministarstvo pravde Bosne i Hercegovine (KZ BiH), b) kantonalno ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa prema mjestu prebivališta ili boravišta osuđenika (KZ FBiH) i c) Pravosudna komisija Brčko distrikta (KZ BDBiH) prema mjestu prebivališta, odnosno boravišta osuđenog, vodeći računa o njegovim sposobnostima i znanjima. U Republici Srpskoj ministar pravde donosi pravilnik kojim se propisuje način izvršenja rada u javnom interesu.

U slučaju kada osuđeni po isteku određenog roka nije izvršio u cijelosti ili je samo djelimično izvršio rad za opšte dobro na slobodi, sud donosi odluku o izvršenju kazne zatvora u trajanju koje je srazmjerno vremenu preostalog rada za opšte dobro na slobodi. KZRS (stav 7) izričito predviđa da se neizvršeni dio rada u javnom interesu u ostavljenom roku po odluci suda u cijelosti ili djelimično zamjenjuje kaznom zatvora gdje se svakih započetih 30 časova rada u javnom interesu zamjenjuju kaznom zatvora u trajanju od jednog mjeseca.

5. DRUŠTVENO-KORISTAN RAD KAO VRSTA ALTERNATIVNE MJERE U EVROPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Kazneni zakon Hrvatske¹⁴ (član 40 stav 6) predviđa da se rad za opšte dobro izriče kao zamjena za kaznu zatvora ili novčanu kaznu (Žakman Ban, Šućur, 1999: 636–641). Ovaj zakon promovise iznimnost (izuzetnost) izricanja kratkotrajne kazne zatvora (član 45) u trajanju do šest mjeseci koju sud može izreći samo ako se može očekivati da se novčana kazna ili rad za opšte dobro neće moći izvršiti, odnosno da se na ovaj način ne bi mogla postići svrha kažnjavanja. U drugom slučaju se rad za opšte dobro (član 43) javlja kao zamjena za novčanu kaznu koja se ne može prisilno (prinudno) naplatiti u roku od tri meseca, uz pristanak osuđenog (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 220), i to na način da se jedan dnevni iznos novčane kazne zamijeni sa četiri sata rada, pri čemu rad za

¹⁴ „Narodne novine Republike Hrvatske“ br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019 i 84/2021.

opšte dobro ne smije da premaši 1.440 sati rada. Ako pak osuđeni ne pristane na rad za opšte dobro ili ga ne izvrši (uopšte ili djelimično), tada se novčana kazna, odnosno rad za opšte dobro zamjenjuju kaznom zatvora.

Krivični zakonik Sjeverne Makedonije¹⁵ u četvrtoj glavi pod nazivom “Alternativne mjere” u članu 48, gdje upravo spada društveno-koristan rad, predviđa da se ove mjere primjenjuju sa svrhom da se prema krivično odgovornom učiniocu krivičnog djela ne primijeni kazna kada to nije neophodno radi krivičnoppravne zaštite i može se očekivati da se svrha kažnjavanja može postići upozorenjem uz prijetnju kaznom (uslovna osuda), opomenom (sudska opomena) ili pružanjem mjera pomoći i nadzora nad ponašanjem učinioca (društveno-koristan rad).

Društveno-koristan rad – “Opštokorisna rabota” (član 58b) se iziće kao alternativna mjera (Lažetić Bužarovska, 2006: 222–226) pod sljedećim kumulativno predviđenim uslovima: a) za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, b) uz saglasnost učinioca, c) ako je krivično djelo učinjeno pod dvije ili više olakšavajućih okolnosti i d) ako izvršilac nije ranije osuđivan (primarni učinilac). Ova se mjera izriče u trajanju od 40 do 240 časova, za koje je vrijeme osuđeni dužan da izvrši rad bez naknade u državnom organu, javnom preduzeću, javnoj ustanovi ili humanitarnoj organizaciji, za vrijeme državnih praznika, subotom ili nedjeljom, a najmanje pet sati nedjeljno, u periodu do jedne godine. U slučaju kada postoje zdravstveni ili drugi opravdani lični i porodični razlozi na strani učinioca, sud može produžiti izvršenje ove mjere za još najviše šest mjeseci.

Ovu alternativnu mjeru sud može da primijeni u slučaju kada izrekne novčanu kaznu u iznosu do 90 dnevnih novčanih kazni ili u iznosu do 1.800 evra u dinarskoj protivvrijednosti ili kaznu zatvora u trajanju do tri mjeseca, pa istovremeno odluči, na zahtjev osuđenog, da kaznu zamijeni društveno-korisnim radom tako da se kazna zatvora od jednog dana, dnevna novčana kazna ili kazna u iznosu od 20 evra u dinarskoj protivvrijednosti zamijeni sa tri sata rada, pri čemu ukupan društveno-koristan rad ne može preći 240 sati. Pri donošenju odluke o zamjeni izrečene kazne alternativnom mjerom, sud posebno uzima u obzir težinu učinjenog krivičnog djela, stepen krivične odgovornosti učinioca, prethodnu neosuđivanost učinioca, odnosno njegovu nadoknadu ili otklanjanje

¹⁵ „Služben vesnik na Republika Makedonija“ br. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017 i 248/2018.

drugih štetnih posljedica učinjenog krivičnog djela. Nadzor nad ispunjavanjem obaveza osuđenog u pogledu obavljanja rada vrši sud, u postupku koji je uređen zakonom. Ako osuđeni ne ispunjava ili neispravno izvršava svoje radne obaveze (stav 5), sud ga upozorava na to u pisanoj formi.

Ako pak osuđeni nastavi sa takvim ponašanjem, sud može da donese neku od sljedećih odluka: a) da poveća broj časova društveno-korisnog rada, b) da se nastavi sa izvršenjem izrečene mjere najduže tri mjeseca ako za to postoje opravdani razlozi ili c) da se neizvršeni dio mjere zamijeni novčanom kaznom ili kaznom zatvora, tako da se za svaka tri sata rada u javnom interesu obračunava dnevna novčana kazna ili jedan dan kazne zatvora. Sud se, pri ovom odlučivanju, rukovodi težinom učinjenog krivičnog djela, stepenom krivične odgovornosti osuđenog i njegovog odnosa prema izrečenoj mjeri društveno-korisnog rada. Ako pak osuđeni ne izvrši društveno-koristan rad koji je izrečen kao zamjena za neplaćenu novčanu kaznu ili kaznu zatvora – sud donosi rješenje o izvršenju izrečene kazne. U kaznu se uračunava radna obaveza koju je izvršilac izvršio, pri čemu se za svaka tri sata društveno-korisnog rada obračunava jedan dan zatvora ili jedna dnevna kazna ili kazna u iznosu od 20 evra u dinarskoj protivvrijednosti.

Krivični zakonik Estonije (Karistusseadustik)¹⁶ u članu 69 predviđa rad za opšte dobro kao oblik zamjene (supstituta) izrečene kazne zatvora u trajanju do dvije godine, uz pristanak osuđenog lica, tako što se jedan dan zatvora mijenja sa jednim danom rada koji traje najmanje pet sati. U svakom slučaju, rad za opšte dobro, koji se vrši bez naknade, ne može trajati duže od osam sati dnevno (Merusk, Pilving, 2013: 392–403). Ako osuđeno lice obavlja rad u slobodno vrijeme od drugog rada ili učenja, tada ovako određeni rad može da traje najduže četiri sata dnevno. Pri izricanju rada za opšte dobro, sud određuje i vrijeme njegovog trajanja do dvije godine, osim u slučaju bolesti, porodične situacije, obavljanja vojne službe, alternativne službe ili službe u rezervnom sastavu (Запевалова, Манцева, 2001: 69–71).

Prilikom obavljanja rada za opšte dobro osuđeni je dužan da poštuje uslove nadzora i da izvršava sve postavljene obaveze, uz poštovanje svih propisa kojima se uređuje zdravstvena zaštita i bezbjednost i zdravlje na radu¹⁷. U slučaju da osuđeni ne izvrši rad za opšte dobro uopšte ili djelimično ili druge postavljene obaveze, službeno lice koje vrši nadzor nad primjenom ove mjere može ga opo-

¹⁶ Karistusseadustik Vastu võetud 06.06.2001 RT I 2001, 61, 364 jõustumine 1.9.2002.

¹⁷ Kriminaalmenetluse seadustik by Estonia, 2007, Juura edition, in Estonian, Tallinn, 2001, 219–226.

menuti u pisanoj formi ili mu izreći dodatne obaveze, odnosno produžiti rok za obavljanje rada za opšte dobro (Lišvic, 2010: 356–374). Ako učinilac u vršenju rada za opšte dobro učini drugo krivično djelo za koje bude osuđen na kaznu zatvora, neizdržani dio prethodno izrečenog rada za opšte dobro zamjenjuje se kaznom zatvora.

Krivični zakonik Francuske¹⁸ u pododjeljku trećem pod nazivom “Obična suspenzija” predviđa oblike, forme suspenzije (odlaganja izvršenja) kazne zatvora (Mayaud, Gayet, 2016: 167–171). Takav oblik suspenzije kazne, uz obavezu obavljanja društveno-korisnog rada, predviđa član 132–54 (Croca, 2003: 114–116). Prema ovom zakonskom rješenju, sud može da odloži izvršenje izrečene kazne zatvora, pod uslovom da osuđeno lice obavi društveno-koristan rad u javnoj instituciji ili udruženju koje je akreditovano za sprovođenje društveno-korisnog rada u trajanju od 40 do 210 časova, uz njegov pristanak (Tomlinson, 2009: 99–102). Takođe, u ovom slučaju sud, zavisno od konkretnih okolnosti, može donijeti odluku da obaveze postavljene osuđenom licu ostaju na snazi i nakon okončanja društveno-korisnog rada – najduže 12 mjeseci (Watter, 2007: 78–79). Poslije izvršenja društveno-korisnog rada u cijelosti, izrečena kazna zatvora se smatra nepostojećom.

Uz društveno-koristan rad sud, pri suspenziji izrečene kazne zatvora, u smislu člana 132–55, može da odredi sljedeće mjere nadzora (Schwarzenegger, Hug, Jositsch, 2007: 109–111): a) odazivanje na poziv sudije za izvršenje kazni ili određenog socijalnog radnika, b) podvrgavanje ljekarskom pregledu koji se obavlja prije izvršenja kazne – kako bi se utvrdilo da li lice boluje od bilo koje bolesti koja može predstavljati opasnost za ostale radnike i da li je zdravstveno sposoban za rad koji mu se određuje, c) zabrana promjene zaposlenja ili boravka kada takve promjene ometaju obavljanje društveno-korisnog rada u skladu sa propisanim uslovima, bez opravdanog razloga, d) pribavljanje prethodnog odobrenja od sudije za izvršenje kazni za bilo kakvo putovanje koje će ometati obavljanje društveno-korisnog rada u skladu sa propisanim uslovima i e) prihvatanje posjete socijalnog radnika uz davanje na uvid bilo kog dokumenta ili informacije koja se odnosi na izdržavanja kazne.

Krivični zakonik Švajcarske¹⁹, u potpoglavlju drugom pod nazivom “O zamjeni kazne lišenja slobode”, u članu 88 predviđa da sud nakon saslušanja stra-

¹⁸ Code pénal France, 110 edition, 2016. Уголовный кодекс Франции [Текст] / науч. ред. и предисл. Я.Е. Крыловой и Ю.Я. Головки; пер. с франц. Я.Е. Крыловой. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.

¹⁹ StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Aktuell geltende Fassung 2013., 7. Auflage, Zürich, 2013, 98–104.

naka, u presudi ili naknadno u obrazloženoj presudi, ali prije početka izvršenja, može da zamijeni izrečenu kaznu zatvora do jedne godine novčanom kaznom ili društveno-korisnim radom (Серебrenикова, Кузнецова, 2000: 34–35). Ovakva je mogućnost predviđena i u slučaju izricanja kazne zatvora u trajanju do šest mjeseci koja se može zamijeniti društveno-korisnim radom kada se zbog ličnih okolnosti osuđenog lica, prirode učinjenog krivičnog djela, njegovog ponašanja poslije učinjenog djela, a posebno njegovog napora da nadoknadi pričinjenu štetu, to čini preporučljivim. Tada se izrečena kazna zatvora zamijeni sa dvije kvote novčane kazne ili jednim danom društveno-korisnog rada.

Izuzetno, sud može da zamijeni izrečenu kaznu zatvora u trajanju do dvije godine novčanom kaznom ili društveno-korisnim radom ako su ispunjeni sljedeći uslovi (Donatsch, Tag, 2006: 211–213): a) za osuđeno lice koje nije povratnik (recidivista) i b) kada okolnosti slučaja i učinioca ukazuju na to da bi izvršenje izrečene kazne osujetilo ciljeve prevencije i reintegraciju osuđenog u društvo. Ako je učinilac osuđen za krivično djelo u vezi sa rodno zasnovanim nasiljem, izrečena kazna zatvora može se zamijeniti samo društveno-korisnim radom.

6. DRUŠTVENO-KORISTAN RAD KAO VRSTA KAZNE U EVROPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Krivični zakonik Srbije²⁰ u sistemu kazni poznaje rad u javnom interesu (član 52). To je svaki društveno-koristan rad kojim se ne vrijeđa ljudsko dostojanstvo i ne vrši u cilju sticanja dobiti. Ova se kazna može izreći za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora u trajanju do tri godine ili novčana kazna – uz pristanak osuđenog lica. Prilikom izricanja ove kazne sud, polazeći od svrhe kažnjavanja, uzima u obzir vrstu učinjenog krivičnog djela, ličnost njegovog učinioca, kao i njegovu spremnost da obavlja rad u javnom interesu. U svakom slučaju, sud određuje njeno trajanje koje se kreće od 60 do 360 časova. Pri tome, rad u javnom interesu može da traje 60 časova u toku jednog mjeseca, u kom slučaju ova kazna može da traje od jednog do šest mjeseci. Ako osuđeni ne obavi dio ili sve časove izrečene kazne rada u javnom interesu, sud ovu kaznu zamjenjuje kaznom zatvora (supletorni zatvor) tako što za svakih započelih osam časova rada u javnom interesu određuje jedan dan zatvora. S druge strane, ako učinilac ispunjava sve obaveze vezane za rad u javnom interesu, sud mu može dužinu izrečenog rada u javnom interesu umanjiti za jednu četvrtinu.

²⁰ „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

Krivični zakonik Crne Gore²¹ predviđa kaznu rada u javnom interesu (član 41) kao svaki društveno-koristan rad kojim se ne vrijeđa ljudsko dostojanstvo i ne vrši se u cilju sticanja dobiti. Ova se kazna može izreći za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora u trajanju do pet godina, uz pristanak učinioca takvog djela, gdje sud vodi računa o vrsti učinjenog krivičnog djela, te o ličnosti njegovog učinioca. Pri njenom izricanju sud određuje vrijeme trajanja rada od 60 do 360 časova, koji se izvršava u periodu od 30 dana do šest mjeseci, s tim što kazna rada može da traje 60 časova u toku jednog mjeseca (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 123–125). Ukoliko osuđeno lice ne izvrši rad u javnom interesu u cijelosti ili djelimično, ova se kazna zamjenjuje kaznom zatvora (supletorni zatvor), tako što će svakih započelih 60 časova rada zamijeniti kaznom zatvora u trajanju od jednog mjeseca.

Rad u javnom interesu – “Piespiedu darbs” (član 40) u Krivičnom zakoniku Latvije (Letonije) (Богдашич, 2004: 115) predstavlja osnovnu ili dodatnu (sporednu, dopunsku) kaznu koja se sastoji u obaveznom učestvovanju osuđenog lica u obavljanju neophodne javne službe u javnom interesu, kroz obavljanje poslova na području mjesta stanovanja, u slobodno vrijeme van redovnog radnog vremena, zaposlenja ili studija i bez naknade (Lukashov, Sarkisova, 2001: 82–85). Rad u javnom interesu izriču: a) sud u trajanju od 40 sati do 280 sati ili b) tužilac putem kaznenog naloga u trajanju od 20 do 140 sati. Rad u javnom interesu (Pettai, Ziekinka, 2003: 221–236) kao dodatna kazna se može izreći u trajanju od 40 do 100 sati licu kome je izrečena uslovna osuda. Zakonik je isključio primjenu ove kazne prema licu sa invaliditetom.

Ako lice osuđeno na kaznu rada u javnom interesu izbjegne obavljanje rada, sud neizdržanu kaznu (u cijelosti ili djelimično) zamjenjuje privremenim lišenjem slobode u trajanju od četiri sata rada za jedan dan privremenog lišenja slobode (Pettai, Pettai, 2015: 316–331). Na prijedlog zavoda za izvršenje kazne (stav 4), sud može osloboditi osuđeno lice od izdržavanja kazne rada u javnom interesu pod sljedećim uslovima: a) ako je kazna rada izrečena u trajanju od 80 sati, b) ako osuđeno lice izvrši rad u javnom interesu i druge dužnosti koje su mu izrečene na primjeran način i c) ako je osuđeno lice izdržalo manje od polovine izrečene kazne rada.

Krivični zakonik Litvanije²² u članu 46 propisuje kaznu “Rad u javnom interesu” koju sud izriče u slučajevima koji su predviđeni u posebnom dijelu

²¹ „Službeni list Republike Crne Gore“ br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018 i 3/2020.

²² Valstybes Žinios No. VIII-1968.

Zakonika, ali uz prethodnu saglasnost osuđenog lica (Žiniose, 2006: 125–129). Ova se kazna izriče u trajanju od jednog mjeseca do jedne godine, u kom periodu je osuđeni dužan da radi za zajednicu bez naknade u vrijeme od 10 do 40 časova mjesečno u vremenu koje odredi sud, s tim da ova kazna ne može da traje duže od 480 sati za krivično djelo, odnosno 240 sati za prekršaj (Pettai, Pettai, 2015: 316–331). Ako iz objektivnih razloga (stav 5) osuđeni nije u mogućnosti da izvrši rad u javnom interesu, sud mu ovu kaznu može zamijeniti drugom krivičnom sankcijom (Abramovičius *et al.*, 1998: 256–261). U slučaju da osuđeni iz opravdanih (valjanih) razloga ne izvrši potreban broj sati rada u javnom interesu u ostavljenom roku, sud je ovlašćen da produži rok za obavljanje takvog rada – sve dok lice u cijelosti ne obavi takav rad (Abramovičius, Čepas, Drakšiene, 2008: 198–201). No, ako osuđeni izbjegava da obavi izrečeni rad u javnom interesu, ustanova u kojoj je takav rad trebalo da se izvrši – upozorava ga prvo na moguće pravne posljedice (Богдашич, 2004: 115). Ako i poslije opomene osuđeni nastavi da izbjegava da obavlja dosuđeni rad, sud može, na prijedlog ustanove, da zamijeni rad u javnom interesu novčanom kaznom ili kaznom zatvora.

Krivični zakonik Rusije²³ u sistemu kazni poznaje: a) obavezni rad (član 49) i b) popravni rad (član 50).

Obavezni rad – “Обязательные работы” (član 49) sastoji se u obavljanju besplatnog društveno-korisnog rada od strane osuđenog lica u slobodno vrijeme (Skuratov, Lebedov, 1996: 218–220). Vrstu, prirodu i karakter obaveznog rada i objekat gdje se on obavlja utvrđuju organi lokalne samouprave (Козочкина, 2003: 91–92). Ova se kazna izriče u trajanju od 60 do 480 sati, a najduže četiri sata dnevno (Журавлев, Наумов, 2003: 73–75). U slučaju da osuđeni neopravdano (zlonamjerno) izbjegava obavljanje obaveznog rada, on se zamjenjuje prinudnim radom ili kaznom lišenja slobode, s tim što se osam sati obaveznog rada izjednačava sa jednim danom lišenja slobode. No, ova se kazna ne može izreći sljedećim osuđenim licima: invalidu prve grupe, trudnici, ženi sa djetetom koje je mlađe od osam godina, vojnom obvezniku na odsluženju vojnog roka po pozivu ili po ugovoru u svojstvu vojnika i vodnika (Fedosova, Skuratova, 2005: 125–126).

Slična je kazna popravnog rada – “Исправительные работы” (član 50). Ova se kazna izriče osuđenom licu koje je u radnom odnosu ili bez njega (Папор, Есаков, Чучаев, 2007: 207–214). Osuđeni koji se nalazi već u radnom odnosu izrečenu kaznu izvršava na svom radnom mjestu, dok nezaposleno lice kaznu popravnog rada izvršava na mjestu koje odrede organi lokalne samouprave, u

²³ Российская газета, 63/1996.

okругu u kome osuđeni ima prebivalište (Бастрыкина, 2007: 204–205). Поправни рад (Дегтјарева, Дружинец, 2014: 78–81) се изриче у трајању од два мјесеца до двије године. При обављању овог рада од плате или зараде осуђеног лица се одбија одређена накнада у корист државе, у висини која је утврђена пресудом суда (у границама од пет до 20 одсто). У случају да осуђени без оправданог разлога (злонамјерно) избјегава обављање поправног рада, тада се неиздржани дио казне може, одлуком суда, замјенити принудним радом или лишењем слободe према принципу један дан обавезног рада или један дан лишења слободe се мијења са три дана поправног рада (Наумов, 2003: 109–114). Коначно, поправни рад се не може изрећи слjedeћим осуђеним лицима: инвалиду прве групе, трудници, жени са дјететом које је млађе од осам година, војном лицу на одслужењу војног рока по позиву или по уговору у својству војника и водника.

Кривични законик Украјине²⁴ познаје двије врсте казни ове врсте, на исти начин као и савремено руско законодавство. То су: а) рад за опште добро – члан 56 и б) поправни рад – члан 57.

Рад за опште добро – “Громадські роботи” (члан 56) састоји се у обавези осуђеног лица да обавља “неплаћени рад од вриједности за заједницу” током слободних сати од рада или учења, на начин како то утврде органи локалне самоуправе. Ова врста казне може да траје од 60 до 240 сати, с тим што може да траје највише четири сата у једном дану. Законик је, при томе, поставио једно ограничење, па се ова казна не може изрећи слjedeћим осуђеним лицима: лицу које имају увјерење о инвалидности првог или другог степена, трудници, лицу у пензију и војном лицу који се налази у активnoj служби.

Поправни рад – “Виправні роботи” (члан 57) представља нешто тежу казну која може да траје од шест мјесеци до двије године којом приликом осуђено лице издржава ову казну на радном мјесту, дакле, на пословима које иначе обавља, с тим што му се у овом случају одбија у корист државе (буџета) од плате (зараде) одређени новчани износ (10 до 20 одсто) како је то утврђено у пресуди суда (Krechet, 2017: 78–79). И код примјене ове казне Законик предвиђа изузетак, па се она не може изрећи слjedeћим осуђеним лицима: трудници, жени на породилјском одсуству, инвалиду, малолјетном лицу узроста до 16 година, лицу у пензији, војном лицу, службенику Државне службе за посебне комуникације и заштиту информација Украјине, службенику за спровођење закона, нотару, судији, туџиоцу, браниоцу, државном службенику и службенику локалне самоуправе. Поправни рад (како је то одређено у судској пресуди) суд може да замјени новчаном казном у износу

²⁴ Кримінальний кодекс України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26... № 1492, 2016.

do tri zakonom utvrđena neoporeziva minimalna primanja za mjesec dana popravnog rada licu koje je postalo invalid nakon izricanja ove kazne.

Krivični zakonik Slovačke²⁵ u članu 54 predviđa kaznu rada u javnom interesu (“Trest povinnej práce”). Naime, sud može učiniocu krivičnog djela za koje je propisana kazna zatvora u trajanju do pet godina, uz njegov pristanak, da izrekne kaznu rada u javnom interesu u trajanju od 40 do 300 sati koji se obavlja u periodu od godinu dana (*Durcoca, 2012: 18–19*). Ovu kaznu učinilac izvršava lično i u slobodno vrijeme, obavljajući za to vrijeme rad za opšte dobro, bez primanja naknade. No, ova se kazna ne može izreći bolesnom licu ili invalidu. Uz kaznu, sud može da osuđenom licu izrekne određene obaveze ili ograničenja (član 55) s ciljem da ga podstakne na uredan život po pravnim propisima, te da nadoknadi pričinjenu štetu u granicama njegovih mogućnosti. Prilikom izvršenja kazne rada u javnom interesu osuđenom licu se ne obračunava vrijeme: a) privremene bolesti zbog koje nije raspoređen na posao, b) služenja vojnog roka ili druge službe – umjesto vojnog roka, c) boravka u inostranstvu i d) izdržavanja pritvora ili kazne zatvora u vezi sa drugim krivičnim djelom.

U slučaju da osuđeni ne vodi uredan život ili bez opravdanih razloga ne obavlja dosuđeni rad u potrebnom obimu ili ne poštuje postavljena ograničenja, sud će izrečenu kaznu rada u javnom interesu (u cijelosti ili djelimično) zamijeniti kaznom zatvora, s tim da jedan dan zatvora odgovara za dva sata neizvršenog rada. No, sud je ovlašćen da osuđeno lice potpuno oslobodi od daljeg izvršenja rada u javnom interesu ako je on bez svoje krivice obolio od teške i dugotrajne bolesti ili postao invalid.

Krivični zakonik Češke²⁶ u članu 62 predviđa kaznu rada u javnom interesu (“Trest zákazu pobytu”). Ovu kaznu sud izriče učiniocu krivičnog djela ako s obzirom na prirodu i težinu učinjenog krivičnog djela i karakteristike i ličnost učinioca nije neophodno izricanje druge, podrazumijeva se teže, kazne, osim u slučaju ako je ovom licu u prethodnom period od tri godine već nije kazna rada u javnom interesu preinačena u kaznu zatvora. U smislu člana 64, pri izricanju kazne rada u javnom interesu, sud uzima u obzir stav učinioca, njegovo zdravstveno stanje i mogućnost izricanja ove vrste kazne, pri čemu primjena ove kazne nije moguća ako se radi o licu koje je potpuno nesposobno za rad (*Grivna, 2010: 336–341*).

Ova se kazna sastoji u obavezi učinioca da, bez naknade, u propisanom obimu vrši usluge u javno korisne svrhe koje se sastoje u održavanju javnih

²⁵ *Trestny zakon 300/2005 Z.z z 20. maja 2005.*

²⁶ *Trestni zakonik, zak. Č. 40/2009... 330/2011.*

površina, čišćenju i održavanju javnih zgrada i puteva ili drugim poslovima za dobrobit zajednice ili državnih ili drugih javnokorisnih institucija koje se bave obrazovanjem, naukom, kulturom, vaspitanjem, zaštitom zdravlja, protivpožarne bezbjednosti, zaštite životne sredine, podrške i zaštite maloljetnika, zaštite životinja, humanitarne, društvene, dobrotvorne, vjerske, atletske i sportske aktivnosti. Pri izricanju kazne rada u javnom interesu (član 63) sud određuje njeno vrijeme trajanja koje se kreće od 50 do 300 časova (Šamal, 2006: 233–238). Uz kaznu se suplementarno mogu osuđenom licu postaviti određena ograničenja i obaveze kako bi se naveo da vodi pošten život, te da nadoknadi prouzrokovanu štetu – prema svojim mogućnostima. Ako se radi o učiniocu krivičnog djela koji je blizu uzrasta maloljetstva, sud mu može postaviti određena ograničenja i obaveze koji su u interesu korišćenja vaspitnog uticaja porodice, škole i drugih subjekata na njega (Šamal, Grivna, Novotna, 2013: 222–229).

Osuđeni je (član 65) dužan da u slobodno vrijeme, bez naknade, lično izvrši rad u javnom interesu najkasnije u roku od dvije godine od dana izricanja kazne u koje se ne uračunava vrijeme: a) u kome nije mogao da obavlja rad zbog zdravstvenih ili zakonskih smetnji ili b) u kome je bio u pritvoru ili je izdržavao kaznu zatvora za drugo krivično djelo (Jelinek *et al.*, 2017: 131–138). U slučaju pak da je osuđeni u ostavljeno vrijeme prekršio obavezu redovnog i kvalitetnog obavljanja rada u javnom interesu, bez opravdanog razloga, sud može da ovu kaznu zamijeni (Kalvodova, 2006: 189–193): a) kaznom kućnog zatvora ili b) kaznom zatvora, pri čemu će se svaki započeti jedan sat neizdržane kazne rada u javnom interesu računati kao jedan dan zatvora/kućnog zatvora (Novotný, *et al.*, 2007: 213–218). Samo u izuzetnim slučajevima sud može, s obzirom na okolnosti slučaja i karakter osuđenog, da zadrži kaznu rada u javnom interesu ili da produži vrijeme izvršenja ove kazne u trajanju do šest mjeseci, uz istovremeno određivanje nadzora nad osuđenim za vrijeme izvršenja kazne ili njenog preostalog dijela, uz nametanje osuđenom licu određenih ograničenja ili obaveze, odnosno uz izricanje neke od vaspitnih mjera licu uzrasta blizu maloljetstva.

Krivični zakonik Mađarske²⁷ (Magyarország Büntető Törvénykönyve) u članu 47 predviđa kaznu društveno-korisnog rada (rada u zajednici) u trajanju od 48 do 312 časova (Karsai, Zsomora, 2010: 56–57). Ako zakonom nije drugačije određeno, osuđeni je dužan da obavlja društveno-koristan rad najmanje jedan dan u nedjelji, u sedmični dan odmora ili u slobodan dan, bez naknade (*Ligeti, Wiener, 2002: 118–120*). Rješenjem suda se u svakom konkretnom slučaju

²⁷ Magyar Közlöny, 2012-07-13, vol. 92, pp. 1-122. The Criminal Code of the Republic of Hungary, Budapest, 2012

određuje vrsta rada koji se obavlja u skladu sa sposobnostima osuđenog lica i njegovim zdravstvenim stanjem (Karsai, Zsomora, 2010: 56–57). Ako osuđeni (član 48) ne izvrši svoju radnu obavezu iz neopravdanog razloga, u cijelosti ili djelimično, izrečena kazna rada se zamjenjuje kaznom zatvora u trajanju do tri mjeseca, pri čemu se četiri časa neizvršenog rada zamjenjuje jednim danom zatvora (Santha, 2017: 178–181).

Krivični zakonik Norveške²⁸ poznaje kaznu rada za opšte dobro. Za njeno izricanje potrebno je ispunjenje sljedećih kumulativno nabrojanih uslova (član 48) (Bergby *et al.*, 2015: 151–155): a) da je za učinjeno krivično djelo propisana kazna zatvora u trajanju do jedne godine, b) da se na ovaj način ostvaruje svrha kažnjavanja i c) da učinilac djela ima prebivalište u Norveškoj, Danskoj, Finskoj, Islandu ili Švedskoj. Izuzetno se kazna rada za opšte dobro može izreći i u slučaju ako su cijela ili dio izrečene kazne zatvora suspendovani, pod uslovom da se kao učinilac djela javi maloljetno lice, ako postoje opravdani razlozi za njeno izricanje u konkretnom slučaju. Pri izricanju ove kazne sud određuje i njeno trajanje od 30 do 420 časova rada u trajanju od 120 dana (Matningsetal, Mohu, 2004: 130–136). Uz kaznu rada za opšte dobro, osuđenom licu se mogu postaviti određene obaveze (član 50): a) pridržavanje naloga kaznenopopravnih službi u pogledu mjesta prebivališta, boravišta, rada, obuke ili liječenja osuđenog i b) zabrana kontakta osuđenog sa određenim licima.

7. ZAKLJUČAK

Sva savremena evropska krivična zakonodavstva u sistemu krivičnih sankcija, pored i umjesto kazne zatvora (kao najznačajnije krivične sankcije koja je propisana u posebnom dijelu za najveći broj krivičnih djela samostalno ili alternativno sa drugim kaznama), poznaju jednu ili više alternativnih (intermedijalnih, parapenalnih ili nekustodijalnih) vaninstitucionalnih sankcija ili mjera (supstituta kazne). To su različite mjere društvene reakcije koje sud primjenjuje prema učiniocima lakših krivičnih djela kada zavisno od karakteristika njihove ličnosti nije neophodno radi ostvarenja svrhe primjene krivičnih sankcija (ostvarenja zaštite najznačajnijih društvenih vrijednosti) prema njima izreći (ili izvršiti kaznu zatvora). Kao alternativne krivične sankcije smatraju se: novčana kazna, uslovna osuda, uslovni otpust, sudska opomena, a u posljednje vrijeme se poseban značaj pridaje društveno-korisnom radu, radu u javnom interesu ili radu za opšte dobro na slobodi.

²⁸ Straffeloven av 22. mai 1902., Nr.10.

Pod uticajem niza međunarodnih standarda veliki broj savremenih evropskih krivičnih zakonodavstava (uključujući pravo Bosne i Hercegovine) u sistemu vaninstitucionalnih krivičnih sankcija, bilo kao kaznu, bilo kao alternativnu mjeru (supstitut kazne), predviđaju društveno-koristan rad sa ciljem da se umanjí, ublaži retributivni, represivni karakter krivičnog prava (za koji se u raznim zakonskim rješenjima koriste različiti nazivi).

Po svom značaju, sadržini i karakteristikama među alternativnim vaninstitucionalnim mjerama posebno se izdvaja društveno-koristan rad. Ovaj rad, bez obzira na pravnu prirodu (da li se radi o kazni kao vrsti krivične sankcije ili o supstitutu, obliku zamjene izrečene ili propisane kazne zatvora), sastoji se u obavljanju rada (posla) u javnom ili opštem interesu ili rada u korist zajednice, rada koji ne vrijeđa ljudsko dostojanstvo, čast ili ugled osuđenog lica, niti narušava njegovo zdravlje. To je rad koji se vrši bez naknade (nagrade), ali uz saglasnost, pristanak ili po zahtjevu ili prijedlogu osuđenog lica. Time se ovaj rad javlja kao svojevrstan način da osuđeni svojim aktivnim, pozitivnim odnosom, radom, predanošću pokaže da se iskupio pred društvom zbog učinjenog krivičnog djela, pri čemu su negativne, štetne posljedice njegovog "kažnjavanja" u ovom slučaju svedene na minimum.

8. LITERATURA

1. Abramovičius, A. *et al.* (1998). *Baudžiamoji teise, Bendroji dalis*, Vilnius.
2. Abramovičius, A., Čepas, A., Drakšiene, A. (2008). *Baudžiamoji teise*, Vilnius.
3. Babić, M. (1974). „Alternative kazne zatvora“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, broj 3, 379–381.
4. Babić, M., *et al.*, i dr. (2005). *Komentar krivičnih (kaznenih) zakona u BiH*, Sarajevo,
5. Babić, M., Marković, I. (2008). *Krivično pravo, Opšti dio*, Banja Luka.
6. Bačić, F. (1978). *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb.
7. Beat Ackerman, J., H. Wiprahtiger, H. (2007). *Strafrecht, Basler Kommentar, 2. Auflage*, Helbing Lichtenhahn, Basel.
8. Бастрыкина, А. И. (2007). Уголовное право России, Практический курс, Москва.
9. Богдашич О.В. (2004). *Уголовный кодекс Литовской Республики / перевод и комментарий Общей части*. [Электронный ресурс].
10. Crocq, J.-C. (2003). *Le guide des infractions: Crimes, délits, contraventions, sanctions administratives*, Dalloz, Paris.
11. Cvitanović, L. (1999). *Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu*, Zagreb.
12. Дегтјарева, Т., Дружинец, А. (2014). *Уголовный кодекс Российской Федерации*, Москва.
13. Donatsch, A., Tag, B. (2006). *Strafrecht, 8. Auflage*, Zürich.

14. Durcoca, M. (2012). *Trestny zakon, Bratislava*.
15. Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2021). *Krivično pravo*, Beograd.
16. Федосова, Т. Скуратова (2005). Уголовный кодекс Российской Федерации, Москва.
17. Grivna, T. (2010). *Trestni pravo hmotne 3, Judikatura k obeene i zvláštni časti*, Praha.
18. Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo, Opći dio*, Rijeka.
19. Horvat, V. (1981). „O garantnoj funkciji krivičnog postupka u odnosu na osumnjičenu osobu“, *Pravna misao*, Sarajevo, 5-6, 82–93.
20. Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo, Opći dio*, Zagreb.
21. Jelinek, J. et al. (2017). *Trestni zakon ik a tresni rad s pozamkami a judikaturou, 7. vydani*, Praha.
22. Jovašević, D. (2017). *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd.
23. Karsai, K., Zsomora, Z. (2010). *Criminal law in Hungary*, Hague, *Kluwer Law International*.
24. Kalvodova, V. (2006). *Selected Problems of Czech Criminal law*, Praha.
25. Karsai, K., Zsomora, Z. (2010). *Criminal law in Hungary*, Kluwer, Hague.
26. Козочкина, И. Д. (2003). Уголовное право зарубежных государств. Общая часть, Москва.
27. Krechet, N. (2017). *Criminal code of Ukraine*, Kiev, Independently published.
28. Lazarević, J. (2009). „Rad u javnom interesu“, *Zbornik radova Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije*, Zlatibor, 213–216.
29. Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje.
30. Lažetić Bužarovska, G. (2006). „Alternativne mere u makedonskom kaznenom pravu“, *Pravni život*, Beograd, broj 9, 354–361.
31. Lažetić Bužarovska, G. (2006). „Alternativnite merki vo makedonskoto kazneno zakonodavstvo“, *Makedonska revija za kazneno pravo i kriminologiju*, Skopje, broj 2, 222–226.
32. Лебедев, В.М. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) [Электронный ресурс]. Режим доступан: <http://www.consultant.ru>.
33. Ligeti, K., I.Wiener, I. (2002). *Büntetőjog – Különös Rész, Budapest*.
34. Lišvic, J. (2010). *Nakazatelnoe pravo Estonii. Sistemnij kurs v slazdah*, SHI 2, Tallinn.
35. Lukashov, A.I., Sarkisova, E.A. (2001). *The Latvian Penal Code*, Saint Petersburg.
36. Marjanovik, Đ. (1997). „Opštekorisna rabota“, *Bezbednost*, Beograd, Skopje, broj 3, 303–309.
37. Marković, I. (2009). „Rad za opšte dobro na slobodi u zakonodavstvima na jugoslovenskim prostorima“, *Pravna riječ*, Banja Luka, broj 19, 126-129.
38. Mayaud, Y., Gayet, C. (2016). *Code Penal, 113.ed.*, Paris.
39. Matkovskiy, O. (1966). “A Criminal Code for Ukraine”, 43(1) *The Ukrainian review / Association of Ukrainians in Great Britain; in coop. with Organization for Defence of Four*

- Freedoms for Ukraine and Canadian League for Ukraine's Liberation.*
40. Merusk, K., I. Pilving, I. (2013). *Halduskohtu, Menetluse Seadustik Kommentaaritud valjaanne*, Juura, Tallinn.
 41. Mićanović, N. (1989). "O odnosu upotrebe i značenja pojma alternative", *Pravna misao*, Sarajevo, broj 5-6, 44–48.
 42. Mitrović, Lj. (2009). „Alternativne krivične sankcije u krivičnom zakonodavstvu BiH i iskustva u njihovoj primjeni“, Zbornik radova *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije*, Zlatibor, 298–302.
 43. Mrvić Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*, Beograd.
 44. Mrvić Petrović, N., Đorđević, Đ. (1992). „Alternative kazni zatvora“, *Pravni život*, Beograd, broj 7-8, 1133–1138.
 45. Наумов, А.В. (2004). Российское уголовное право [Текст]: курс лекций: в 2 т., М.: Юрид. лит., Москва.
 46. Наумов, А.В. (2004). *Уголовное право России. Части Общая и Особенная*. Москва.
 47. Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb.
 48. Novotný, O. (2007). *Trestní právo hmotné: 2[díl] : zvláštní část. 5. jubilejní, zcela přeprac.*, vyd. Praha, ASPI.
 49. Pavišić, B., V.Grozdanić, V., P.Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb.
 50. Pettai, V., Ziekinka, J. (2003). *The road to the European Union, Volume 2, Estonia, Latvia and Lithuania*, Manchester University Press.
 51. Pettai, E. C., V. Pettai, V. (2015). *Transnational and Retrospective Justice in the Baltic States*, Cambridge.
 52. Petrović, B., Jovašević, D. (2005). *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio*, Sarajevo.
 53. Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A., *Krivično pravo 2*, Sarajevo.
 54. Radulović, D. (2008). „Rad u javnom interesu kao alternativa kratkotrajnoj kazni zatvora“, *Pravna riječ*, Vanja Luka, broj 17, 105–117.
 55. Radulović, D. (2009). *Alternative kratkotrajnoj kazni zatvora*, Podgorica.
 56. Папор, А.И., Есаков, Г.А., Чучаев, А.И., Степалин, В.П. (2007). *Уголовное право России и. Части общая и особенная*, Москва.
 57. Santha, F. (2017). *Special models of Criminal liability in Hungarian law*, Miscolc.
 58. Schwarzenegger, C., Hug, M., Jositsch, D. (2007). *Strafrecht, 8. Auflage*, Zürich.
 59. Серебренникова, А. В., Н. Ф. Кузьнецова, Н. Ф. (2000). Уголовный Кодекс Швейцарии, Москва, Зерцало.
 60. Скуратов, Ю.И., Лебедев В.М. (2000). *Комментарии к уголовному кодексу РФ, 5 июня 1996 г. и подписан Президентом России 13 июня 1996 г.*, Москва, Норма.
 61. Stojanović, Z. (2005). *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd.
 62. Šamal, P. (2006). *Trestni zakon, dodatek ke komentari*, Praha.

63. Šamal, P., Grivna, T., Novotna, J. (2013). *Tresni rad, komentar*, 7.vydani, Praha.
64. Šeparović, Z. (1989). „Alternativa kazni zatvora“, *Pravna misao*, Sarajevo, broj 5-6, 5–19.
65. Škulić, M. (2009). „Alternativne krivične sankcije – pojam, mogućnosti i perspektive“, *Zbornik radova Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije*, Zlatibor, 46–47.
66. Šurbanovski, N. (1989). „Supstitucija kratkih kazni zatvora“, *Pravna misao*, Sarajevo, broj 5-6, 61–63.
67. Tomlinson, E. (2009). *The French Penal Code of 1994 as amended as of January 1, 1999.*, F.B. Rothman, Littleton, Colo.
68. Vešović, M. (1987). „Svrha kažnjavanja i sistem krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Pravna misao*, Sarajevo, broj 5-6, 11–32.
69. Vešović, M. (1988). „O alternativnim krivičnim sankcijama ili poticaj na razmišljanje o sistemu krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 181–196.
70. Vešović, M. (1989). „Komparativni prikaz alternativa kazne zatvora u francuskom i engleskom krivičnom pravu“, *Pravna misao*, Sarajevo, broj 5-6, 31–42.
71. Vranj, V., Bisić, M. (2009). *Primjena propisa o izvršenju krivičnih sankcija, pritvora i drugih mjera u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 14.
72. Vruļj, V. (2005). „Rad za opće dobro na slobodi u Federaciji Bosne i Hercegovine, stanje u krivičnom zakonodavstvu *de lege lata* i njegovo izvršenje *de lege ferenda*“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 531–563.
73. Watter, R. (2007). *Strafgesetzbuch*, Helbing Lichtenhalm, Basel.
74. Запевалова, В.В., Манцева, Н.И. (2001). Уголовный кодекс Эстонской Республики: С изм. и доп. на 1 авг. 2001 г., Ассоц. “Юрид. центр“, Москва.
75. Zlobec, J. (1989). *Svrha kazne*, Ljubljana.
76. Žakman Ban, V., Šućur, Z. (1999). „Zaštitni nadzor uz uvjetnu osudu i rad za opće dobro na slobodi – zakonske i provedbene implikacije“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, broj 2, 636–641.
77. Žinišose, T. (2006). *Kardomiju priemoniu skyrimo klaidos*, Vilnius.
78. Журавлев, М. П., Наумов, А. В. (2003). *Уголовное право России. Части Общая и Особенная*, Москва.
79. Журавлев, М.П. и др. (2008). Уголовное право России. Части Общая и Особенная [Текст]: под ред. А.И. Парога. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ТК “Велби”, Проспект.

Academician **Miodrag N. Simović, PhD**²⁹

COMMUNITY SERVICE AS A FORM OF NON-INSTITUTIONAL REACTION TO CRIME

Abstract: *Many European criminal justice systems foresee, based on international standards, special types of non-institutional measures in the system of punishments or in the system of alternative measures to suppress crime, such as fine, house arrest, conditional sentence, conditional release, probation, preventive deprivation of liberty, confiscation of certain rights, etc. Among these criminal sanctions or measures, regardless of their nature, content, character and type – community service, work in the public interest, compulsory work, correctional work or work for the common good at liberty, as this measure is called, have a special place. These are alternatives, substitutes for a short-term sentence of deprivation of liberty, different non-institutional measures of actions against the perpetrator of a criminal offense, which are known under different names, with different content, character, duration and conditions of application, not only in the criminal law of Bosnia and Herzegovina, but also in numerous European criminal legislations. The paper pays special attention to the measure of community service or work for the common good at liberty in accordance with positive legal regulations, its concept, content, characteristics, duration and conditions of application.*

Key words: *criminal offense, criminal sanction, non-institutional measure, community service, responsibility.*

²⁹ Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina; Faculty of Law of the University of Bihać; Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, professor emeritus.

KRIMINALITET MALOLJETNIKA U REPUBLICI SRPSKOJ U PERIODU 2015–2021.

Prof. dr Mile Šikman¹

Apstrakt: *Kriminalitet maloljetnika u Republici Srpskoj u periodu 2015–2021. godine prikazan je na osnovu analize statističkih podataka o kriminalitetu. Radi se o policijskim i pravosudnim statističkim evidencijama o prijavljenim, optuženim i osuđenim maloljetnim licima, po vrsti krivičnih djela, kao i odluci tužilaštva i suda. Na ovaj način moguće je sagledati obim i strukturu kriminaliteta maloljetnika, udio u ukupnoj strukturi kriminaliteta, kao i njegove trendove i tendencije kod nas. Takođe, biće ukazano na neophodnost prikupljanja i drugih vrsta podataka, kako onih o pojedinačnim slučajevima, tako i onih tzv. srednjeg obima. Razlog za to ogleda se u činjenici da statistički podaci prikazuju sliku o kriminalitetu maloljetnika kao masovnoj pojavi, dok su druge metode neophodne za utvrđivanje uzroka i uslova koji pogoduju nastanku i razvoju kriminaliteta maloljetnika. Samo na taj način možemo steći cjelovitu sliku o kriminalitetu maloljetnika kod nas, a što je neophodna osnova za zasnivanje adekvatnog odgovora na ovu negativnu društvenu pojavu.*

Ključne riječi: *kriminalitet, maloljetnici, obim, strukutra, trend, tendencija, statistika, statističke evidencije.*

1. UVOD

Iako je kriminalitet maloljetnika, kako to navodi prof. Ignjatović (2014) “vječita tema u kriminologiji”², izuzetno je korisno da se o ovom problemu raspravlja i vode stručne diskusije. Više je razloga za takav stav, a prije svega u

¹ Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, mile.sikman@pf.unibl.org

² Ignjatović, Đ. (2014). Stanje i tendencije kriminaliteta maloletnika u Srbiji – Analiza statističkih podataka. *Crimen* 5(2), 173-195, str. 173

tome što je maloljetnička populacija značajna kategorija stanovništva, pri čemu se maloljetna lica koja vrše krivična djela razlikuju od punoljetnih izvršilaca (po stepenu biopsihičkog razovaja i emocionalne zrelosti), ali i eventualnim recidivizmom kriminalnog ponašanja maloljetnika, a samim tim i njegovo prerastanje u kriminalitet punoljetnih lica³. Kriminalitet maloljetnika obuhvata ukupnost ponašanja koja predstavljaju krivične delikte, odnosno krivična djela koja vrše maloljetna lica na određenom prostoru, u određenom vremenskom period⁴. Širi pojam bi bio maloljetnička delinkvencija⁵, koja pored ovih ponašanja obuhvata i/ili eventualno i prekršaje i različite vrste prestupa (maloljetničko prestupništvo)⁶. Navedenom treba dodati i krajnje ekstenzivna tumačenja prema kojima kriminalitet maloljetnika obuhvata i socijalnopatološka ponašanja, kao i socijalno neprilagođena ponašanja ove posebne populacione strukture stanovništva⁷. Kriminalitet maloljetnika se tretira izdvojeno od kriminaliteta punoljetnih lica, jer postoji stav da je krivica maloljetnika umanjena zbog njihove nezrelosti⁸. Smatra se da je bolje da se maloljetnik tretira kroz proces rehabilitacije nego kroz proces kažnjavanja, država se ne odnosi prema njemu kao prema protivniku, već kao roditelj prema djetetu (parens patriae).⁹ Zbog toga se sve više koristi alternativni termin “mladi u sukobu sa zakonom”, kojim se jasno daje na znanje

³ Šikman, M. (2013). Kriminalitet maloljetnika u Republici Srpskoj, sa osvrtom na vršnjačko nasilje, U: Zbornik radova: *Vršnjačko nasilje (etiologija, fenomenologija, načini prevazilaženja i komparativna iskustva)*, (3-18). Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova, str. 3.

⁴ Uporedi: Bošković, M. (1999). *Kriminološki leksikon*. Novi Sad: Matica Srpska, str. 157

⁵ Razlikovanje pojmova kriminalitet maloljetnika od termina maloljetnička delinkvencija nije samo terminološke prirode, već je u pitanju suštinska razlika, pri čemu prihvatamo stavove Nikolić-Ristanović (2012) da je termin maloljetnički kriminalitet precizniji i adekvatniji od termina maloljetnička delinkvencija, te se zalažemo za njegovu upotrebu u skladu sa određenjem pojmova. Nikolić-Ristanović, V. (2012). Kriminalitet maloletnika ili maloletnička delinkvencija: pojmovno određenje i njegov značaj, *Revija za krivično pravo i kriminologiju*, 50(1-2), 183–188, str. 187.

⁶ Šikman, M. (2013). *op.cit.*, str. 3.

⁷ U tom smislu, kako navode Konstantinović-Vilić, Nikolić-Ristanović, i Kostić (2009), maloljetnička delinkvencija obuhvata „takva devijantna ponašanja mladih određenog uzrasta kojima se krše legalne norme društvene sredine” ili „svaku aktivnost maloljetnih lica ili maloljetnih grupa koja predstavlja znatnije kršenje bilo koje društvene norme”. Konstantinović-Vilić, S., Nikolić-Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*, Niš: Pelikan print, str. 223.

⁸ Šobot, V., Ivanović-Kovačević, S., Marković, J., Srdanović-Maraš, J., Mišić-Pavkov, G. (2010). Maloletnička delinkvencija. *Engrami* 32(3), 53–61, str. 53.

⁹ Simović, M., Simović, M. (2012). Američki odgovor na nasilje maloljetnika: zakonodavna rješenja i aktuelni problem, *Revija za krivično pravo i kriminologiju*, 50(1-2), 39–62, str. 40.

da je za mladu osobu koje je osumnjičena/optužena/osuđena za krivično djelo karakteristično to da je u sukobu za zakonom, a ne da je “delinkventno”, “anti-socijalno”, i sl¹⁰.

Kriminalitet maloljetnika i do sada je bio predmet tretiranja u Republici Srpskoj. Tako je Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, putem Visoke škole unutrašnjih poslova, tokom 2008. godine realizovalo naučno-stručni projekat pod nazivom: “Maloljetnička delinkvencija u Republici Srpskoj – stanje i perspektive prevencije, suzbijanja, sprečavanja i sankcionisanja”¹¹. Iste godine u novembru je prvi put potpisan Protokol o postupanju u slučajevima vršnjačkog nasilja među djecom i mladima u obrazovnom sistemu Republike Srpske¹². Potom je Ombudsman za djecu Republike Srpske, godinu dana nakon potpisivanja Protokola, sproveo empirijsko istraživanje o primjeni Protokola, čiji su rezultati istraživanja javno publikovani u tekstu pod nazivom “Vršnjačko nasilje u obrazovnom sistemu – Primjena Protokola o postupanju u slučajevima vršnjačkog nasilja među djecom i mladima u obrazovnom sistemu Republike Srpske”¹³. Pored toga, Ministarstvo unutrašnjih poslova, u kontinuitetu, od 2009. godine sprovodi Projekat prevencije maloljetničke delinkvencije¹⁴. Centar za istraživanje politika suprotstavljanja kriminalitetu tokom 2009. godine realizovao je

¹⁰ Hrnčić, J. (2007). Neka terminološka razjašnjenja u oblasti maloletničke delinkvencije, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, 26(1-2), 183–202, str. 197.

¹¹ Visoka škola unutrašnjih poslova. (2008). *Izveštaj o istraživanju: „Maloljetnička delinkvencija u Republici Srpskoj - stanje i perspektive prevencije, suzbijanja, sprečavanja i sankcionisanja“*, Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova.

¹² Potpisnici su bili Ministarstvo prosvjete i kulture Republike Srpske, Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite Republike Srpske i Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. vidi opširnije: Vlada Republike Srpske. (2008). *Protokol o postupanju u slučajevima vršnjakog nasilja među djecom i mladima u obrazovnom sistemu Republike Srpske*. Banja Luka: Vlada Republike Srpske.

¹³ Ombudsman za djecu Republike Srpske. (2010). *Vršnjako nasilje u obrazovnom sistemu: Primjena Protokola o postupanju u slučajevima vršnjakog nasilja među djecom i mladima u obrazovnom sistemu Republike Srpske*. Banja Luka: Ombudsman za djecu Republike Srpske

¹⁴ Projekat se realizuje na način da se u osnovnim i srednjim školama u Republici Srpskoj, a u saglasnosti sa Ministarstvom prosvjete i kulture Republike Srpske, održavaju predavanja na teme koje su od značaja za maloljetničku delinkvenciju. Primjera radi, u toku školske 2018/2019. godinu održano je ukupno 983 predavanja, u više od 200 osnovnih i srednjih škola, kojima je prisustvovalo 29.565 učenika osnovnih i srednjih škola, 1.647 profesora i nastavnika u tim školama, te 1.568 roditelja. Ova aktivnost u praksi se pokazala kao vrlo efikasna, što se ogledalo i u masovnijoj inicijativi škola za organizacijom pojedinih predavanja (bezbjednost djece na internetu, vršnjačko nasilje, zloupotrebe Facebooka, Instagrama i drugih društvenih mreža).

istraživanje o izvršenju alternativnih mjera za maloljetnike u gradovima Sarajevo i Banja Luka, a rezultati istraživanja prezentovani su u izvještaju pod naslovom „Izvršenje alternativnih mjera za maloljetnike: pravni, institucionalni i praktični problemi”¹⁵. Isto tako, u okviru projekta “Pravda za svako dijete” usvojen je dokument pod nazivom “Akcioni plan prevencije maloljetničkog prestupništva i primjene alternativnih mjera u gradu Banjoj Luci za period 2015–2017. godine”¹⁶, uključujući senzibilizaciju javnosti o značaju primjene alternativnih mjera, razvijanje systemske primarne prevencije maloljetničkog prestupništva u gradu Banjaluci, itd. Pored toga, Republički pedagoški zavod od 2016. godine sprovodi program pod naslovom: “Briga o djeci – zajednička odgovornost i obaveza”¹⁷, čiji je opšti cilj definisan u smislu da se kroz saradnju i zajedničko djelovanje, uz uvažavanje prednosti multisektorskog pristupa, obezbijedi sigurno i podsticajno okruženje za rast i razvoj djece. Iz ovog programa proizašao je projekat „Referalni mehanizam podrške djeci u riziku u školama Republike Srpske”, te objavljena publikacija pod nazivom “Standardi rada stručnih saradnika u vaspitno-obrazovnim ustanovama Republike Srpske: pedagog, psiholog, socijalni radnik, defektolog”.¹⁸ Nakon toga u školama se realizuje projekat pod nazivom: “Jačanje intersektorske saradnje i referalnog mehanizma podrške djeci i njihovim porodicama u Republici Srpskoj”¹⁹. Isto tako, tokom 2019. godine dru-

¹⁵ Centar za istraživanje politike suprotstavljanja kriminalitetu. (2010). *Izvršenje alternativnih mjera za maloljetnike: pravni, institucionalni i praktični problemi*. Sarajevo: Centar za istraživanje politike suprotstavljanja kriminalitetu.

¹⁶ UNICEF BiH. (2015). *Akcioni plan prevencije maloljetničkog prestupništva i primjene alternativnih mjera u gradu Banjoj Luci za period 2015.-2017. godine*. Dostupno putem internet: https://www.banjaluka.rs.ba/wp-content/uploads/2017/07/akcioni_plan_prevencija_maloljetnickog_prestupnistva.pdf, pristupljeno 16.06.2021.

¹⁷ Republički pedagoški zavod Republike Srpske. (n.d.). *Briga o djeci – zajednička odgovornost i obaveza*. Dostupno putem internet: https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/mpk/Documents/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%BC%20%D0%91%D1%80%D0%B8%D0%B3%D0%B0%20%D0%BE%20%D0%B4%D1%98%D0%B5%D1%86%D0%B8%20%E2%80%93%20%D0%B7%D0%B0%D1%98%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D1%87%D0%BA%D0%B0%20%D0%BE%D0%B4%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%80%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%20%D0%B8%20%D0%BE%D0%B1%D0%B0%D0%B2%D0%B5%D0%B7%D0%B0_066983677.pdf, pristupljeno 19.06.2021.

¹⁸ Društvo psihologa Republike Srpske i Republički pedagoški zavod Republike Srpske. (2020). *Standardi rada stručnih saradnika u vaspitno-obrazovnim ustanovama Republike Srpske: pedagog, psiholog, socijalni radnik, defektolog*. Banja Luka: Društvo psihologa Republike Srpske.

¹⁹ Društvo psihologa Republike Srpske. (n.d.). *Maj 2020 – oktobar 2021: Jačanje intersektorske*

gi put je potpisan Protokol o postupanju u slučajevima vršnjačkog nasilja među djecom i mladima u vaspitno-obrazovnom sistemu Republike Srpske, koji su ovaj put potpisali Ministarstvo prosvjete i kulture Republike Srpske i Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske²⁰.

Pored navedenog, u Republici Srpskoj od 2010. godine na maloljetne učinioce krivičnih djela primjenjuje se Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku.²¹ Ovim zakonom se uređuju posebna pravila postupanja prema djeci koja se nalaze u sukobu sa zakonom, mlađim punoljetnim licima i djeci koja su žrtve ili svjedoci prema kojima su dužni da postupaju sudovi, tužilaštva, policija, organ starateljstva, porodice, škole, institucije na svim nivoim društvene zajednice, kao i drugi učesnici uključeni u krivičnu proceduru. Treba naglasiti da se ovaj modeli krivičnopravnog reagovanja u odnosu na maloljetnike tiču kako krivičnog postupka prema maloljetnicima, tako i materijalnog krivičnog prava koje se primjenjuje u odnosu na maloljetnike, a dijelom se odnose i na maloljetničko izvršno krivično pravo²². Ovim pristupom se uređuje novi oblik krivičnog zakonodavstva prema maloljetnicima utemeljen na međunarodnim standardima, iskustvima i primjerima dobre prakse drugih zemalja²³. Krivične sankcije koje se izriču maloljetnom učiniocu krivičnog djela²⁴ su specifične i u funkciji su vaspitanja, prevaspitanja i pravilnog razvoja maloljetnog učinioca krivičnog djela. Pored krivičnih sankcija, navedenim zakonom propisana je mogućnost izricanja i alternativne mjere²⁵ maloljetnom učiniocu krivičnog djela, koje predstavljaju diverzione neformalne mjere prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela čiji je cilj da

saradnje i referalnog mehanizma podrške djeci i njihovim porodicama u Republici Srpskoj (u partnerstvu sa Republičkim pedagoškim zavodom RS, UNICEF BiH i njihovim partnerima), dostupno putem internet: <https://dprs.rs.ba/projekti/> pristupljeno 19.06.2021.

²⁰ Vlada Republike Srpske. (2019). *Protokol o postupanju u slučajevima vršnjakog nasilja među djecom i mladima u vaspitno-obrazovnom sistemu Republike Srpske*. Banja Luka: Vlada Republike Srpske.

²¹ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 13/2010, 61/2013 i 68/20.

²² Vidi opširnije: Škulić, M. (2015). *Reforma maloletničkog krivičnog prava u Srbiji*. U: Ivana Stevanović (Ur.). *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*. (39–68). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 41.

²³ Simović, M., Simović, M., Simović, V. (2015). *Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava o maloljetnicima kao učiniocima i žrtvama krivičnih djela*. U: Ivana Stevanović (Ur.). *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*. (69–90). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 70.

²⁴ Maloljetničko krivično pravo propisuje tri vrste krivičnih sankcija za maloljetne učinioce krivičnih djela: 1) vaspitne mjere 2) kazna maloljetničkog zatvora i 3) mjere bezbjednosti.

²⁵ Vrste alternativnih mjera su: policijsko upozorenje i vaspitne preporuke.

se maloljetni učinilac krivičnog djela ne izlaže vođenju krivičnog postupka²⁶. Odredbe ovog zakona primjenjuju se u postupku prema licima koja su učinila krivično djelo kao maloljetnici, a u vrijeme suđenja nisu navršila 23 godine života, kao i odredbe Zakona o krivičnom postupku ako nisu u suprotnosti s odredbama ovog zakona.

Iz navedenog kratkog prikaza proizlazi da u Republici Srpskoj postoji stručna zainteresovanost i aktivnosti određenih društvenih subjekata, koja se ispoljava na naprijed navedeni način. Evidentno je da se realizuju određene aktivnosti u školama, centrima za socijalni rad, policiji, tužilaštvima i sudovima i drugim subjektima. Ipak, ono što nedostaje to je sistemski pristup i povezivanje ovih aktivnosti u jednu cjelinu. Referalni mehanizmi podrške predstavljaju upravo pokušaj da se otkloni uočeni nedostatak, što bi bio veliki korak naprijed. Takođe, pod sistemskim pristupom podrazumijevamo i realizaciju naučnih istraživanja problematike kriminaliteta maloljetnika, u njegovoj ukupnosti, uključujući etiološku, fenomenološku, penološku i viktimološku dimenziju.

2. NAČIN PRIKUPLJANJA PODATAKA

2.1. Statističke evidencije o kriminalitetu maloljetnika

Statističke evidencije o kriminalitetu (evidencije policije, tužilačke i sudske evidencije) uopšte posmatrano smatraju se značajnim izvorom sekundarnih podataka o obimu, strukturi i trendovima kriminaliteta, kao masovne društvene pojave²⁷. Pored toga što pružaju podatke o stanju kriminaliteta na nacionalnom

²⁶ Osnovna svrha ovih mjera jeste u tome da se izbjegnu pokretanje krivičnog postupka i primjena krivičnih sankcija tako što se suspenduje krivični postupak.

²⁷ Tako, na primjer, u Sjedinjenim Američkim Državama to je Jedinstveni izvještaji o kriminalu (Uniform Crime Reports – UCR) koje prikuplja Federalni biro za istrage putem policijskih stanica iz cijele zemlje i Nacionalni pregled žrtava kriminala (National Crime Victimization Survey – NCVS) koje prikuplja i obrađuje Biro za pravosudnu statistiku. U Evropi je to Evropska zbirka podataka o kriminalitetu i krivičnom pravosuđu (European Sourcebook of Crime and Criminal Justice) kao objedinjenog pristupa prikupljanju podataka o kriminalitetu i krivičnom pravosuđu na evropskom nivou. Vidi detaljnije: Barkan, S. (2006). *Criminology – A Sociological Understanding*. New Jersey: Upper Saddle River.; Schmallegger, F. (2006). *Criminology Today: An Integrative Introduction*. Upper Saddle River, New Jersey: Pearson/Prentice Hall; Nikolić-Ristanović, V., Stevković, Lj. (2013). Evropska zbirka podataka o kriminalitetu i krivičnom pravosuđu: karakteristike i značaj za razvoj evidencija kriminaliteta u Srbiji. *Sociološki pregled*, 48(3), 373–400, str. 374; Ignjatović, Đ. (2011). Kriminologija.

nivou, kriminalne statistike su značajne i za utvrđivanje razlika na međunarodnom planu,²⁸ dok su, istovremeno, ove evidencije koristan i neophodan činilac u kreiranju adekvatnog pristupa suprotstavljanju kriminalitetu.²⁹ Naime, u cilju kontrole kriminaliteta, neophodno je prije svega doći do saznanja kakva je njegova struktura, ko su izvršiooci, ko su žrtve i kako na njih reagujemo³⁰. Dakle, procjena stanja kriminaliteta na nekom području ima znatno šire područje od pooštavanja ili ublažavanja zakonskih okvira kažnjavanja, na šta se, uglavnom, ona svodi³¹. U tom smislu upravo podacima iz navedenih evidencija možemo doći do saznanja o rasprostanjenosti kriminaliteta maloljetnika te se, na osnovu toga, mogu planirati organizacione i druge pretpostavke za sprečavanje i suzbijanje ove vrste kriminaliteta.

Pregled i analiza raspoloživih resursa o kriminalitetu maloljetnika u Republici Srpskoj pripremljena je na osnovu podataka o prijavljenim krivičnim djelima i prekršajima koja su izvršili maloljetnici. Podaci su prikupljeni putem Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske³², a odnose se na period 2015. do 2021. godina. Sedmogodišnji period se u načelu može smatrati pouzdanim u razmatranju društvenih pojava i izvođenju relevantnih zaključaka³³, a kako se radi o pregledu i analizi istraživanju zbog toga je kao takav i određen. Ovim podacima bićemo u prilici da sagledamo najznačajnije osobenosti fenomenološke dimenzije kriminaliteta maloljetnika, uključujući njegovu učestalost, obim, dinamika, strukturu i strukturalne promjene u datom prostornom i vremenskom okviru³⁴.

Beograd: Dosije, str. 53. citirano u: Šikman, M. (2017). Stanje i trendovi imovinskog kriminaliteta u Republici Srpskoj. *Bezbjednost, policija, građani*, 13(1), 5–25.

²⁸ Nikolić-Ristanović, V., Stevković, I. (2013). *op.cit.*, str. 374.

²⁹ Mujanović, E., Datzler, D., Budimlić, M. (2012). Imovinski kriminalitet u Bosni i Hercegovini prema zvaničnim statistikama. *Kriminalističke teme*, 12(1-2), 1–27, str. 10.

³⁰ Ignjatović, Đ. (2012). Poređenje stopa prijavljenih učinilaca krivičnih dela: Srbija – ostale evropske zemlje. U: Đorđe Ignjatović (urednik), *Kaznena reakcija u Srbiji*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, (18–49), str. 28.

³¹ Kovčo Vukadin, I. (2005). Stanje i kretanje kriminaliteta u Republici Hrvatskoj, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 12(2), 279–325, str. 280.

³² Dostupno putem internet sajta Ministarstva unutrašnjih poslova, odjeljak “Informisanje javnosti”, polje “Statistike”, https://mup.vladars.net/index.php?vijest=informisanje_javnosti&vrsta=statistike, pristupljeno 20.08.2022; Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (25.08.2022). *Statistički podaci u vezi sa maloljetničkom delinkvencijom*. Dostavljeno putem e-maila: Evelina.Danilovic@mup.vladars.net 25.08.2022.

³³ Zelenika, R. (2000). *Metodologija i tehnologija izrade znanstvenog i stručnog djela*. Rijeka: Ekonomski fakultet.

³⁴ Uporedi: Ilić, Z. (2010). Društveni odgovor na nasilnički kriminalitet maloljetnika. U: Leposava Korn (Ur.) *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija*, (125–140).

Analiza je izvršena po sljedećim kriterijumima:

- Ukupan broj prijavljenih maloljetnika u odnosu na punoljetna lica
 - Ukupan broj prijavljenih maloljetnika u odnosu na punoljetna lica po javnom redu i miru – prekršaji
- Starosna struktura maloljetnih izvršilaca krivičnih djela
- Polna struktura maloljetnih izvršilaca krivičnih djela
- Struktura krivičnih djela koja vrše maloljetna lica
 - Prema grupama krivičnih djela
 - Prema vrstama krivičnih djela.

Pored toga, ovi podaci su dopunjeni i podacima o optuženim i osuđenim maloljetnicima i izrečenim krivičnim sankcijama, kako slijedi:

- brojem optuženih i osuđenih maloljetnih izvršilaca krivičnih djela,
- vrsti odluke tužilaštva,
- vrsti odluke suda i
- izrečenoj krivičnoj sankciji.

Ovi podaci prikupljeni su putem Statističkog godišnjaka za 2020, 2019, 2018, 2017, 2016, 2015. godinu, koji publikuje Republički zavod za statistiku Republike Srpske³⁵.

Ipak, treba naglasiti da su istraživanja zasnovana na podacima iz ovih izvora opterećena i određenim organičenjima i nedostacima³⁶. Kao prvo, ovi podaci uvijek predstavljaju sekundarni izvor podataka o kriminalitetu, pri čemu promjena u intenzitetu aktivnosti državnih organa koji vode ove evidencije (policija, tužilaštvo, sud), može se ispoljiti kao promjena u stanju kriminaliteta, a da to ne odgovara ili ne mora da odgovara promjeni realnog stanja kriminaliteta³⁷, što može dovesti do manipulisanja podacima³⁸. Kao drugo, u ovim evidencijama sadržani su isključivo podaci o prijavljenim krivičnim djelima i licima, odnosno optuženim i osuđenim, dok tamni pojas kriminaliteta i dalje ostaje neevidenti-

Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 131.

³⁵ Dostupno putem internet sajta Republičkog zavoda za statistiku, kategorija “Statistički godišnjak”, odjeljak “Pravosuđe”, po analiziranim godinama: https://www.rzs.rs.ba/front/category/8/?left_mi=287&add=287, pristupljeno 20.08.2022.

³⁶ Vidi opširnije: Šikman, M. (2017). *op.cit.*, str. 7

³⁷ Soković, S. (2012). Penitencijarne statistike: mera kriminaliteta i/ili više od toga. U: Vesna Nikolić Ristanović (Ur.). *Evidentiranje kriminaliteta – iskustva iz sveta i Srbije*. Beograd: Prometej, (83–105), str. 83.

³⁸ Ignjatović, Đ. (2011). *Kriminologija*, Beograd: Dosije, str. 56

ran³⁹. Kao treće, na službenu statistiku utiču promjene u krivičnom zakonodavstvu (uvođenje novih krivičnih djela, izmjene postojećih opisa krivičnih djela, a koje mogu biti rezultat između ostalog i punitivnog populizma), zatim promjene u kadrovskim i organizacijskim uslovima rada organa otkrivanja kriminaliteta u različitim razdobljima i na različitim prostorima te različit intenzitet i smjer selekcije tijela krivičnog postupka od prijave do pravosnažne odluke⁴⁰.

2.2. Obrada prikupljenih podataka

Nakon prikupljanja podataka isti su obrađeni u program MS Excel, a nakon toga prikazani tabelarno i grafički (slika).

Tako su apsolutnim brojevima izraženi podaci o ukupnom broju prijavljenih maloljetnih lica krivičnih djela, zatim odnosu ukupnog broja i broja prijavljenih maloljetnih lica u odnosu na punoljetne učinioce krivičnih djela, dinamici. Pored toga, iskazani su podaci o prijavljenim maloljetnim licima za pojedine grupe krivičnih djela, uključujući podatke o starosnoj i polnoj strukturi prijavljenih maloljetnika.

Što se tiče pravosudnih statistika (tužilaštva i suda), dati su podaci o maloljetnim učiniocima krivičnih djela, uključujući podatke o broju optuženih i osuđenih lica i to po vrsti odluke tužilaštva i suda i izrečenim sankcijama.

2.3. Podaci o kriminalitetu maloljetnika u Republici Srpskoj u periodu 2015–2021.

Strukturu kriminaliteta maloljetnika u Republici Srpskoj moguće je utvrditi na osnovu podataka o registrovanom kriminalitetu maloljetnika koji su prikazani u zvaničnim evidencijama Republičkog zavoda za statistiku Republike Srpske i Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, kako smo to prethodno i objasnili.

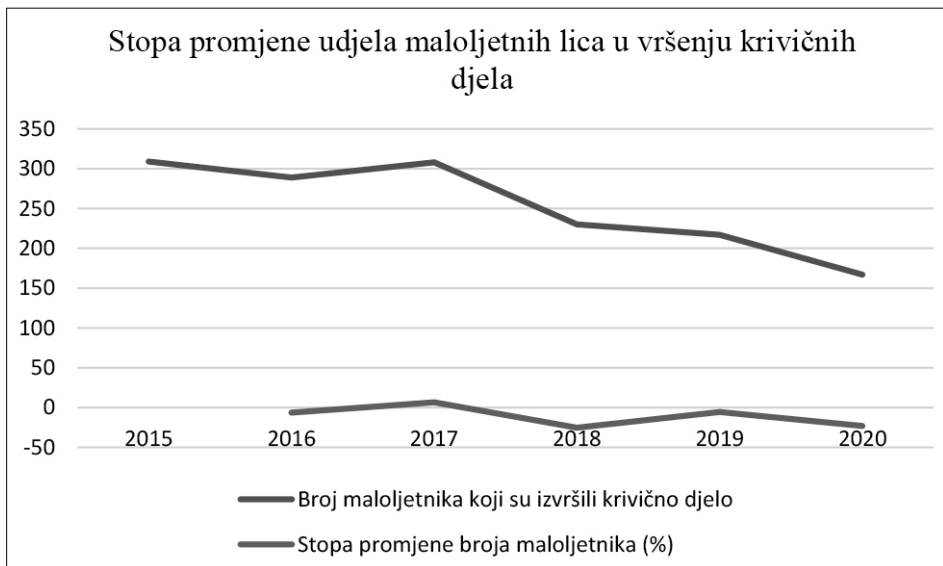
³⁹ Pored tamne brojke kriminaliteta, u literaturi se spominje i siva brojka kriminaliteta koju čine sva prijavljena djela koja nisu rasvijetljena. Razmjere „tamnog polja“ mogu se samo pretpostaviti, a neka istraživanja upućuju na to da se radi o omjeru 1 : 1, 3 do 1 : 13 pa i više. Ignjatović, Đ. (2011). *op.cit.*, str. 56.

⁴⁰ Uporedi: Kovčo Vukadin, I. (2011). Analiza dinamike i strukture kriminaliteta u Republici Hrvatskoj u razdoblju između dviju velikih reformi kaznenog zakonodavstva (1997–2011). *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 18(2), 359–416, str. 361.

Tabela 1: Ukupan broj prijavljenih maloljetnih lica u odnosu na punoljetna lica

	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.
Broj prijavljenih punoljetnih lica koji su izvršili krivično djelo	7.388	7.579	7.208	6.497	6.240	6.134	6.322
Broj prijavljenih maloljetnih lica koja su izvršila krivično djelo	309	289	308	230	217	167	153
Udio maloljetnika izražen u %	4,18	3,81	4,27	3,54	3,47	2,72	2,42

Izvor: MUP Republike Srpske

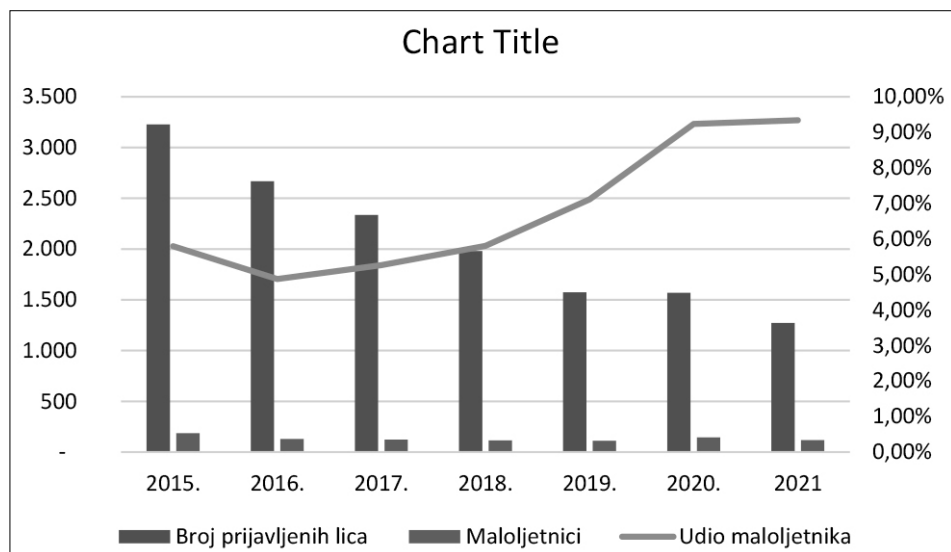
Slika 1: Stopa promjene udjela maloljetnih lica u vršenju krivičnih djela

Izvor: MUP Repulike Srpske

Prema podacima prikazanim u tabeli 1 i slici 1 može se sagledati udio maloljetnih izvršilaca krivičnih djela u odnosu na ukupan broj prijavljenih lica. Iz navednog prikaza vidljivo je da je najveći udio maloljetnika u odnosu na punoljetne izvršioce krivičnih djela bio 2017. godine i iznosio je 4,27%, a najmanji je evidentiran 2021. godine i iznosio je 2,42%. Takođe, uočava se kontinuiran pad udjela maloljetnih lica u odnosu na punoljetne učinioce krivičnih djela, što se može dovesti u vezu sa preduzimanjem mjera na sprečavanju i suzbijanju maloljetničke delinkvencije. Tako

je najveći broj maloljetnika prijavljen 2015. godine i iznosio je 309 lica, dok je najmanji broj evidentiran 2021. godine i iznosio je 153 prijavljenih lica. Stopa promjene broja maloljetnika, po godinama, pokazuje da je najveća bila 2018. godine, kada je broj prijavljenih maloljetnika smanjen za 25,3%, što se može smatrati zadovoljavajućom stopom opadanja broja prijavljenih maloljetnih izvršilaca krivičnih djela. Ovakvi trendovi su u granicama prosjeka i/ili neznatno ispod kada je u pitanju uporedno stanje u drugim zemljama⁴¹, što se može smatrati zadovoljavajućim stanjem u oblasti maloljetničkog kriminaliteta. U prilog ovakvoj ocjeni ukazuju i podaci da je 2004. godine udio maloljetnika bio 12,79%, dok je do 2007. godine svaki deseti prijavljeni učinilac krivičnog djela bio maloljetni izvršilac⁴².

Slika 2: Broj prijavljenih maloljetnih lica u odnosu na punoljetna lica po javnom redu i miru – prekršaji



Izvor: MUP Repulike Srpske

⁴¹ Prema uporednoj vrsti pokazatelja, u Srbiji je kriminalitet maloljetnika u padu. Takođe, u Hrvatskoj se uočava silazni trend prijavljivanja maloljetnika. Vidi opširnije: Vujičić, N. (2020). Stanje i tendencije kriminaliteta maloletnika u Republici Srbiji, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 39(1), 81–94, str. 86; Ignjatović, Đ. (2014). *op.cit.*, str. 175; Ricijaš, N., Mandić, S., Lamešić, L. (2022). Dinamika kretanja kriminaliteta maloljetnika u Republici Hrvatskoj od 2000. do 2022. godine. *Kriminologija i socijalna integracija* 30(1), 70–104, str. 77; Kovčo Vukadin, I. (2005). *op.cit.*, str. 312.

⁴² Visoka škola unutrašnjih poslova. (2008). *op.cit.*, str. 213.

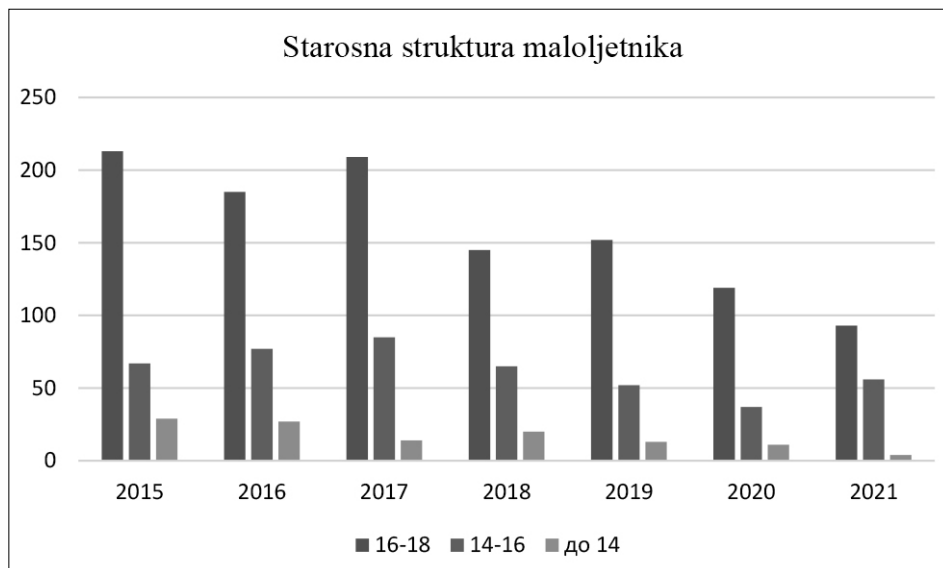
Na slici 2 prikazan je broj prijavljenih maloljetnih lica u odnosu na punoljetna lica po javnom redu i miru – prekršaji. Iz navedenih prikaza uočava se da je najmanji udio maloljetnika u odnosu na broj prijavljenih punoljetnih lica evidentiran 2016. godine, kada je iznosio 4,87%, dok je najveći udio maloljetnih lica u odnosu na punoljetne učinioce krivičnog djela evidentiran 2021. Godine, kada je iznosio 9,34%. Takav trend nam ukazuje na to da je, iako su apsolutni brojevi u padu, udio maloljetnika u vršenju prekršaja po javnom redu i miru, u kontinuiranom porastu. Ovi podaci posebno dolaze do izražaja kada se uporede sa podacima o prijavljenim maloljetnicima za krivična djela, čiji brojevi su u padu. Tako je omjer prekršaja i krivičnih djela izražen u apsolutnim brojevima 2015. godine bio približno 1 : 2, dok je 2021. skoro 1 : 1, iako je ukupan broj prekršaja po javnom redu i miru manji od broja prijavljenih krivičnih djela. Ako uzmemo u obzir strukturu tih prekršaja, onda je značajna korelacija sa eventualnim vršenjem krivičnih djela sa elementima nasilja u budućem periodu. Dakle, udio maloljetnika u vršenju prekršaja po javnom redu i miru je u porastu, što može da predstavlja značajan indikator u budućnosti i razlog za zabrinutost⁴³.

Tabela 2: Starosna struktura maloljetnika

Starosna dob maloljetnika	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.
16–18	213	185	209	145	152	119	93
14–16	67	77	85	65	52	37	56
do 14	29	27	14	20	13	11	4

Izvor: MUP Repulike Srpske

⁴³ Uporedi: Stevanović, I. (2010). Nasilni kriminalitet maloletnika u Srbiji. U: Leosava Kron (Ur.) *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija*, (141–154). Beograd: Institut za sociološka i kriminološka istraživanja, str. 148; Simeunović-Patić, B. (2009). Obeležja kriminaliteta maloletnika u Srbiji i perspektive adekvatnog društvenog reagovanja, U: Blagojević, M., Stevanović, Z. (ur.) *Prevencija kriminala i socijalnih devijacija (od razumevanja ka delovanju)*, Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.

Slika 3: Starosna struktura maloljetnika

Izvor: MUP Repulike Srpske

Kada je riječ o starosnoj strukturi maloljetnih izvršilaca krivičnih djela (tabela 2 i slika 3), možemo uočiti da je najveći broj prijavljenih maloljetnika starosti između 16 i 18 godina života. Tako je broj starijih maloljetnika bio najveći 2015. godine, kada je prijavljeno njih 213, a najmanji broj je bio 2021. godine, kada je prijavljeno njih 93. U odnosu na ovaj broj, broj prijavljenih mlađih maloljetnika imao je tendenciju opadanja u prosjeku za 30% lica (2018, 2019. i 2020), da bi u posljednjoj godini bio evidentiran veći broj prijavljenih lica za skoro 20% (2021). Kada je riječ o broju prijavljene djece, trend opadanja je značajan i zadržava se, što je potpuno očekivano ako se uzme u obzir njihova starosna struktura.

Tabela 3: Polna struktura maloljetnika

Polna struktura	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.
Muškog pola	287	275	294	222	207	158	141
% od ukupnog broja maloljetnika	92,9	95,2	95,5	96,5	95,4	94,6	92,2
Ženskog pola	22	14	14	8	10	9	12
% od ukupnog broja maloljetnika	7.1	4.8	4.5	3.5	4.6	5.4	7.8

Izvor: MUP Repulike Srpske

U tabeli 3 prikazani su podaci o polnoj strukturi prijavljenih maloljetnika, sa procentom od ukupnog broja maloljetnih izvršilaca krivičnih djela. Prema prikazanim podacima, evidentno je da je najveći broj prijavljenih maloljetnika muškog pola, a da je taj udio veći od 90% po godinama. Lica ženskog pola participiraju sa udjelom od 3,5%, koji je evidentiran 2018. Godine, do 7,8%, koji je najveći bio 2021. godine u strukturi kriminaliteta maloljetnika. Iako nizak udio, uočava se trend povećanja udjela maloljetnica u strukturi prijavljenih lica, što je suprotno trendu opadanja broja prijavljenih maloljetnika. Ovaj trend bilježi se i u strukturi žena punoljetnih izvršilaca krivičnih djela kako kod nas⁴⁴, Evropi, tako u drugim regionima u svijetu⁴⁵. Navedeni podaci su značajni sa aspekta kriminalnog povrata, te se može očekivati veća stopa recidivizama kod maloljetnika muškog pola.

Tabela 4: Krivična djela koja vrše maloljetnici prema grupama krivičnih djela

Krivična djela razvrstana po grupama	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.
Broj KD koja su izvršili maloljetnici	335	323	334	268	211	148	153
KD protiv imovine	258	253	246	168	129	79	87
KD protiv života i tijela	33	31	26	39	39	28	27
KD protiv polnog integriteta	0	3	8	14	1	0	0
KD protiv seksualnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta	-	-	-	1	1	4	4
KD u vezi sa zloupotrebom opojnih droga	7	6	8	13	17	8	9

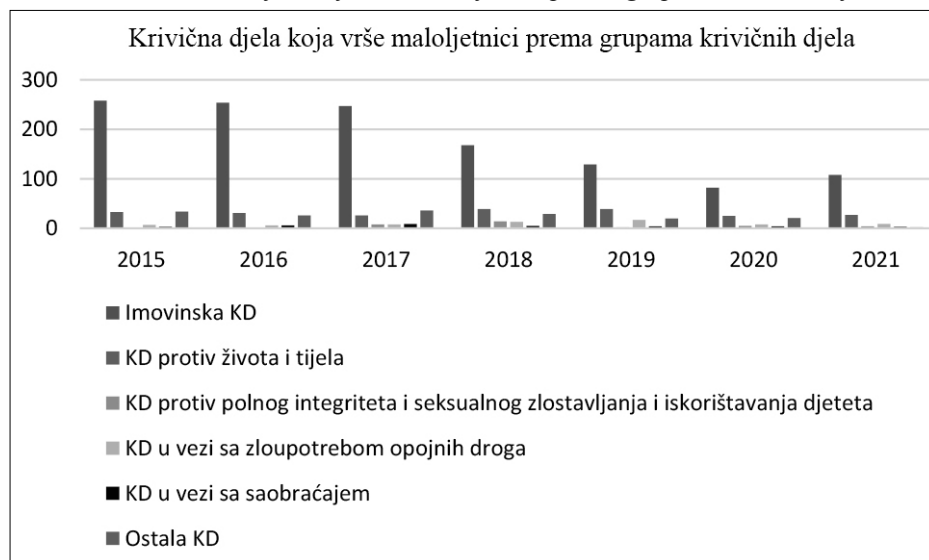
⁴⁴ Uporedi iz dostupnih evidencija.

⁴⁵ Vidi opširnije: Aebi, M.F, Caneppele, S., Harrendorf, S., Hashimoto, Y. Z., Jehle, J.-M., Khan, T.S., Kühn, O., Lewis, C., Molnar, L., Smit, P., Þórisdóttir, R. & national correspondents (2021). *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021* (6th ed.). Series UNILCRIM, (1)2021. Retrieved January 31, 2022 from [https://heuni.fi/documents/47074104/0/Crime+and+gender+taitto.pdf/d856bcfb-1dd9-85ed-5251-f6b352561e29/Crime+and+gender+taitto.pdf?t=1607671972794](https://wp.unil.ch/europeansourcebook/printed-editions-2/6th-edition/_Heiskanen, M., & Lietonen, A. (2016). Crime and Gender. A Study on How Men and Women are Represented in International Crime Statistics. Publication Series No. 85 (web-publication only). Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control. Retrieved February 1, 2022 <a href=)

KD protiv bezbjednosti javnog saobraćaja	4	7	9	5	4	4	3
KD privrednog kriminaliteta	0	0	0	0	0	0	2
Ostala KD	33	23	37	29	21	22	21

Izvor: MUP Repulike Srpske

Slika 4: Krivična djela koja vrše maloljetnici prema grupama krivičnih djela



Izvor: MUP Repulike Srpske

U tabeli 4 i slici 4 prikazani su podaci o strukturi krivičnih djela koja vrše maloljetni učinioci krivičnih djela. Kao što je bilo i očekivano, najveći broj prijavljenih maloljetnika je izvršio krivično djelo iz grupe imovinskog kriminaliteta. Udio ovih krivičnih djela kretao se od preko 50% (2020, 2021), 60% (2018. i 2019), do preko 70% (2015, 2016. i 2017). Po brojnosti slijede krivična djela protiv života i tijela, zatim krivična djela u vezi sa zloupotrebom opojnih droga, krivična djela protiv polnog integriteta i seksualnog iskorištavanja djeteta, krivična djela u vezi sa saobraćajem i ostala krivična djela. Ipak, posebno zabrinjava broj prijavljenih maloljetnika za izvršena krivična djela protiv života i tijela. Evidentno je da iako njihov udio u ukupnom broju krivičnih djela maloljetničkog kriminaliteta, izražen u apsolutnim brojevima, stagnera ili se blago smanjuje, on se istovremeno povećava u odnosu na broj ostalih krivičnih djela opšteg

kriminaliteta. Tako je na primjer u 2021. godini, u odnosu na broj imovinskih delikata, 31,03% učinjeno krivičnih djela protiv života i tijela od strane maloljetnika, za razliku od 2017. godine, kada je taj omjer iznosio 10,56%. To je zapravo tencencija koja je primijećena odranije. Naime, prethodnim istraživanjima kao dominantni delikti ispoljavali su se krađe i razbojništva, dok je karakteristična pojava pojačanog obima delinkventnog ponašanja i izvršenje krivičnih djela sa elementima nasilja⁴⁶. Ukoliko se ovi podaci dovedu u vezu sa porastom udjela maloljetnih lica u vršenju prekršaja protiv javnog reda i mira, koji su svakako sa elementima nasilja, onda možemo zaključiti da imamo tendenciju povećanja učešća maloljetnika u vršenju nasilnih delikata.

Табела 5: Структура кривичних дјела која врше малолјетници

Strukutra krivičnih djela maloljetnika	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.
Broj KD koja su izvršili maloljetnici	335	323	334	268	211	148	153
KD opšteg kriminaliteta	321	305	308	247	189	134	139
Imovinska KD	258	253	246	168	129	79	87
KD Krađa	114	97	95	48	32	20	32
KD Teška krađa	107	129	109	87	66	36	33
KD Razbojništvo	3	4	10	5	4	3	0
KD Utaja	10	4	6	2	1	2	2
KD Oštećenje i oduzimanje tuđe stvari	12	9	15	14	21	13	15
KD Prikrivanje	2	1	1	1	0	2	1
KD Iznuda	1	2	2	2	1	1	2
Ostala KD protiv imovine	9	7	8	9	4	2	2
KD protiv života i tijela	33	31	26	39	39	28	27
KD Teško ubistvo	0	0	1	0	0	0	0
KD Ubistvo	1	1	0	0	0	0	0
KD Ubistvo u pokušaju	0	1	0	0	2	0	0

⁴⁶ Visoka škola unutrašnjih poslova. (2008). *op.cit.*, str. 213.

Kriminalitet maloljetnika u Republici Srpskoj u periodu 2015–2021.

KD TTP	12	13	11	10	8	4	5
KD TP	20	16	14	29	28	24	22
Ostala KD protiv života i tijela	0	0	0	0	1	0	0
KD protiv polnog integriteta	0	3	8	14	1	0	0
KD Silovanje	0	0	1	0	0	0	0
KD Obljuba nad nemoćnim licem	0	0	1	0	0	0	0
Ostala KD protiv polnog integriteta	0	3	6	14	1	0	0
KD protiv seksualnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta	0	0	0	1	1	4	4
Ostala KD opšteg kriminaliteta	30	18	28	26	20	22	21
KD Izazivanje opšte opasnosti	1	1	1	1	3	0	0
KD Lažno prijavljivanje KD	2	2	1	0	1	1	0
KD Nasilje u porodici	2	2	1	5	3	5	4
KD Nasilničko ponašanje	0	0	0	0	0	2	5
KD Nedozvoljena proizvodnja i promet oružja ili eksplozivnih materija	8	3	7	4	5	3	1
KD u vezi sa zloupotrebom opojnih droga	7	6	8	13	17	8	9
KD Neovlaštena proizvodnja i promet opojnih droga	5	5	6	10	12	8	5
KD Omogućavanje uživanja opojnih droga	2	1	2	3	5	0	4
KD Neovlašten promet opojnim drogama KZ BiH	0	0	0	0	0	0	0
KD protiv bezbjednosti javnog saobraćaja	4	7	9	5	4	4	3
KD privrednog kriminaliteta	0	0	0	0	0	0	2
Ostala KD	3	5	9	3	1	2	0

Izvor: MUP Repulike Srpske

Struktura krivičnih djela koja vrše maloljetnici prikazana je u tabeli 5, iz koje je vidljivo da je najveći broj krivičnih djela opšteg kriminaliteta (preko 90%). Kao što smo već konstatovali, dominiraju delikti svrstani u imovinska krivična djela (preko 60%). U okviru ove grupe krivičnih djela najbrojnija su krivična djela krađe i teške krađe, koja pokazuju dvije suprotne tendencije u njihovom odnosu: opadanje broja prijavljenih maloljetnika za krivično djelo krađe, s jedne strane, i povećanje broja prijavljenih maloljetnika za krivično djelo teške krađe, s druge strane. Ova tendencija je značajna ako uzmemo u obzir da je osnovna razlika između ova dva krivična djela u načinu izvršenja, što ukazuje na to da su maloljetnici “spremni” i za vršenje težeg oblika krivičnog djela. Od ostalih imovinskih krivičnih djela, u značajnijem obimu participiraju krivično djelo oštećenja i oduzimanja tuđe stvari, dok su u manjem obimu to utaja i razbojništvo. Od krivičnih djela protiv života i tijela, najveći broj krivičnih djela čine tjelesne povrede i teške tjeleske povrede (preko 95%), pri čemu izraženo u apolutnim brojevima opada broj krivičnih djela teška tjelesna povreda, a održava se kontinuitet krivičnih djela tjelesna povreda. Kada je riječ o krivičnim djelima protiv polnog integriteta, osim 2017. godine, nije bilo prijava za najteža ova krivična djela, kao što su silovanje i obluba nad nemoćim licem, već su prijavljivani za ostala krivična djela, kao što je polno uznemiravanje. Kada je riječ o ostalim krivičnim djelima opšteg kriminaliteta, uočava se povećanje i kontinuitet kod krivičnih djela nasilja u porodici, te krivičnog djela nasilničko ponašanje. Ovu distribuciju treba dovesti u vezu sa ostalim krivičnim djelima sa elementima nasilja i ponašanjima kojima se narušava javni red i mir, što sve zajedno ukazuje na učešće maloljetnika u strukturi krivičnih djela nasilničkog kriminaliteta. Od krivičnih djela u vezi sa zloupotrebom opojnih droga, maloljetnici su najveći broj puta prijavljeni za krivično djelo neovlaštena proizvodnja i promet opojnih droga, što iako izraženo u apsolutnim brojevima čini neznan broj krivičnih djela, u procentualnom smislu imamo trend povećanja (npr. taj procenat je 2015. godine bio 1,49%, a 2021. godine 5,4%).

Tabela 6: Broj optuženih maloljetnika u odnosu na broj punoljetnih lica

	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021. ¹
Broj optuženih punoljetnih lica	4.416	4.263	3.498	3.478	3.347	2.851	
Broj optuženih maloljetnika	53	65	42	48	56	35	
Udio maloljetnika izražen u %	1,20	1,65	1,20	1,38	1,67	1,22	

Izvor: Republički zavod za statistiku

Tabela 7: Broj osuđenih maloljetnika u odnosu na broj punoljetnih lica

	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021. ²
Broj osuđenih punoljetnih lica	4.091	3.930	3.128	3.044	3.001	2.573	
Broj osuđenih maloljetnika	48	62	42	42	52	31	
Udio maloljetnika izražen u %	1,17	1,57	1,34	1,37	1,73	1,20	

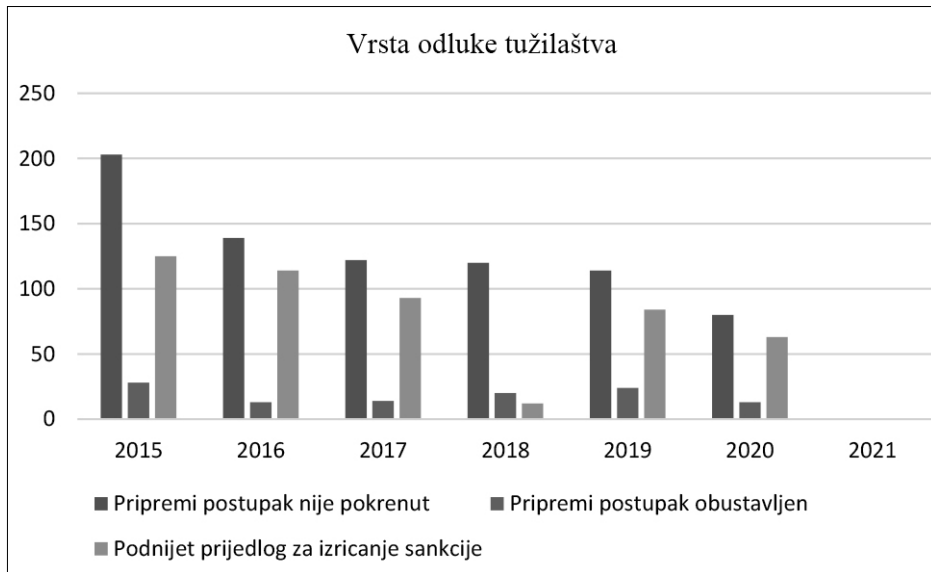
Izvor: Republički zavod za statistiku

Broj optuženih i osuđenih maloljetnika (tabela 6 i tabela 7) očekivano je niži od broja prijavljenih maloljetnika. Takođe, broj osuđenih je niži od broja optuženih maloljetnika, što je takođe očekivano i u skladu sa tzv. “pravosudnim lijevkom”. Tako, u evidencijama policije figurira i najveći broj jedinica, što je i logično ako se uzme u obzir da se radi o podacima koji su prijavljeni policiji ili ih je policija otkrila. Taj broj prijavljenih lica opada što rezultira znatno manjim brojem optuženih lica (oko 30%), što nadalje opada u broju osuđenih lica (ispod 20%). Udio optuženih maloljetnika kretao se od 1,20 (2015) do 1,67 (2019), dok je udio osuđenih pratio takvu tendenciju, pa je najmanje osuđeno maloljetnika 2015. godine (1,17%), a najviše 2019. godine (1,735). Ipak, u ovom slučaju ne radi se o logičnom pravilu „gubljenja zločina”,⁴⁷ već se razlika može smatrati kao posljedica različitog načina prikupljanja, obrađivanja i prikazivanja podataka u statističkim evidencijama. Tako, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske u godišnjim izvještajima prikazuje broj prijavljenih krivičnih djela u toj godini, dok tužilaštva u ukupnom broju predmeta iskazuju podatke

⁴⁷ Gubljenje zločina je u skladu sa univerzalnim pravilom da broj jedinica (djela i njihovih učinilaca) koje figuriraju u evidencijama navedenih organa opada. Ignjatović, Đ. (2011). *Kriminologija*. Beograd: Dosije, str. 55.

o broju predmeta iz ranijih godina i broju primljenih novih predmeta. Na sličan način podatke prikazuju i sudovi, tako što prikažu broj neriješenih predmeta na početku izvještajnog perioda i broj primljenih predmeta u izvještajnom periodu, čime dobijaju ukupan broj svih predmeta u radu.

Slika 9: Vrsta odluke tužilaštva prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela⁴⁸



Izvor: Republički zavod za statistiku Republike Srpske

Kada je riječ o vrsti odluke tužilaštva (slika 5) evidentno je da u najvećem broju slučajeva pripremi postupak nije pokrenut (u preko 50% slučajeva u svim posmatranim godinama). Ako se ovome broju dodaju podaci o predmetima u kojima je pripremi postupak obustavljen, onda se može zaključiti da u više od 60% svih slučajeva uopšte ne dođe do pokretanja postupka prema maloljetnicima. Ovakva distribucija može biti i u skladu sa zakonskim odredbama kojima je propisano da kada tužilac utvrdi da lice za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično djelo nije navršilo 14 godina, donosi naredbu o nepokretanju pripremnog postupka, a podatke o djelu i učiniocu dostavlja organu starateljstva radi preduzimanja mjera zaštite u okviru njegove nadležnosti. Ipak, korisno bi bilo utvrditi razlog nepokretanja pripremnog postupka, odnosno njegovog obustavljanja, što bi moglo da da precizne odgovore zbog čega u ovolikom obimu

⁴⁸ Nisu dostupni podaci za 2021. godinu.

pripremni postupci nisu pokrenuti, tj. obustavljeni⁴⁹. Takođe, treba uzeti u obzir i intencije zakonodavca u pogledu postupaka prema maloljetnicima, te mogućnost korištenja alternativnih mjera, u zakonom propisanim slučajevima. U ostalim slučajevima podniet je prijedlog za izricanje sankcije, koji se po godinama kretao od 30% do 40%. Tako je najveći broj prijedloga podniet 2015. godine (125), a najmanji 2018. godine (12), što predstavlja značajno odstupanje od sedmogodišnjeg prosjeka.

Slika 10: Vrsta odluke suda prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela⁵⁰



Izvor: Republički zavod za statistiku Republike Srpske

Kada je riječ o vrsta odluke suda prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela (slika 10), u najvećem broju slučajeva izrečena je krivična sankcija. Za razliku od njih, mjere bezbjednosti su izricane u minimalnom broju slučajeva, kao i vaspitne mjere. Takođe, iz prikupljenih podataka je vidljivo da je u jednom

⁴⁹ Na primjer u Srbiji, kada se radi o razlozima zbog kojih je pripremni postupak obustavljen, tome su u najvećem broju slučajeva doprinijeli cjelishodnost (40,6%), zatim postojanje okolnosti koje trajno isključuju gonjenje (28,9%) i to što ne postoji osnovana sumnja da je maloljetnik izvršio krivično djelo (21,8%), u najmanjem broju slučajeva (8,7%) do obustavljanja je došlo zbog toga što prijavljeno djelo nije krivično. Vidi: Ignjatović, Đ. (2014). *op. cit.*, str. 186.

⁵⁰ Nisu dostupni podaci za 2021. godinu.

manjem broju slučajeva postupak obustavljen. Podaci prikazani na ovaj način, posebno u pogledu odnosa krivičnih sankcija i vaspitnih preporuka, ukazuje na to da maloljetnička pravda nije u potpunosti zadovoljena. Naime, intencije bi trebalo da budu na vaspitnim preporukama čija je svrha da se ne pokreće krivični postupak prema maloljetniku, a da se primjenom vaspitnih preporuka utiče na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična djela. Tek ako tim mjerama nije moguće ostvariti svrhu kažnjavanja tj. ako nije postupano po principu oportuniteta i nisu primijenjene vaspitne preporuke, prednost u izricanju vaspitnih mjera uvijek će imati mjere upozorenja, zatim mjere pojačanog nadzora, zavodske mjere i kazna maloljetničkog zatvora. Zapravo na to upućuje princip srazmjernosti, kao jedan od ključnih principa maloljetničke pravde.

Tabela 8: Izrečena krivična sankcija prema maloljetnicima

	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.	2021.
Maloljetnički zatvor	0	0	1	0	0	0	
Vaspitna mjera upozorenja i usmjeravanja	17	17	9	20	19	15	
Vaspitna mjera pojačanog nadzora	28	42	31	21	29	15	
Zavodske mjere	3	3	1	1	4	1	

Izvor: Republički zavod za statistiku Republike Srpske

Podaci o izrečenim krivičnim sankcijama prema maloljetnicima (tabela 8) pokazuju da su u postupcima prema maloljetnicima najčešće izricane vaspitne mjere pojačanog nadzora, zatim vaspitne mjere upozorenja i usmjeravanja, a u manjem broju slučajeva zavodske mjere (ukupno 12 mjera) i maloljetnički zatvor u samo jednom slučaju u posmatranom sedmogodišnjem period (2017.). Mjere pojačanog nadzora obuhvataju pojačani nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, pojačani nadzor u drugoj porodici i pojačani nadzor nadležnog organa starateljstva, dok se mjere upozorenja i usmjeravanja izriču kada je potrebno i dovoljno takvim mjerama uticati na ličnost i ponašanje maloljetnika. Zavodske mjere koje su izricane uključuju upućivanje u vaspitnu ustanovu, upućivanje u vaspitno-popravni dom i upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje. Iz dostupnih podataka uočava se da nije izrečena mjera sudskog ukora, koja se izriče ako se iz odnosa maloljetnika prema učinjenom krivičnom djelu

i njegove spremnosti da ubuduće ne čini krivična djela može zaključiti da će se i prijekorom postići svrha vaspitnih mjera. Kada su u pitanju krivične sankcije, jasno je da sud cijenio postupnost u njihovom izricanju i izricao najprije blaže krivične sankcije, koje su propisane za maloljetne izvršioce krivičnih djela. Navedeno se može smatrati da je u skladu sa kriminalno-političkim opredjeljenjem kada je u pitanju kažnjavanje maloljetnika.

3. INSTRUMENTARIJ ZA PRIKUPLJANJE DRUGIH PODATAKA O KRIMINALITETU MALOLJETNIKA

Kako se radi o složenom kriminalnom fenomenu, za čije razumijevanje nije dovoljno isključiva primjena jedne vrste metoda (u ovom istraživanju statističke metode), neophodno je ukazati i na osnove primjene metoda srednjeg obimu, pojedine metode istraživanja pojedinačnih slučajeva, te triangulacija metoda. U prilog tome govori potreba za prikupljanje podataka o uslovima i uzrocima maloljetničkog kriminaliteta, neregistrovanom kriminalitetu maloljetnika (tamna brojka), viktimološkoj dimenziji, kaznenoj politici prema maloljetnicima, itd. Ovakav pristup na tragu je intenciji prof. Igantovića (2015) koji je u želji da se “oživi interesovanje mladih krivičara za pitanja kriminaliteta maloljetnika” ukazao na osnovna pitanja kojima se kriminologija bavi u domenu maloljetničkog kriminaliteta, uključujući: etiologiju, objašnjenje “epidemije prestupništva mladih”, uticaja porodice, boravak u školi i prestupništvo maloljetnika, vršnjaci i prestupništvo, zajednica i prestupništvo, itd.⁵¹ Zbog toga istraživanja kriminaliteta maloljetnika treba da budu zasnovana na naučnoj metodologiji i pravilima istraživačkog procesa. Samo takav pristup omogućava sistematično prikupljanje podataka i objektivno prikazivanje stanja kriminaliteta maloljetnika u posmatranom prostoru i vremenu.

Ispitivanje i intervjui mogu se smatrati najčešće korišćenim tehnikama prikupljanja podataka o kriminalitetu maloljetnika. Na ovaj način nastojalo se da se dođe do podataka o⁵²: ponašanju ljudi, njihovim stavovima, vredovanjima i opredjeljenjima, karakteristikama, očekivanjima, samovrednovanju, znanju i taktičkim postupcima. Ukoliko se navedeni podaci dovedu u vezu sa kriminalitetom maloljetnika, onda je evidentno koliko je prikupljanje navedenih podataka

⁵¹ Vidi opširnije: Ignjatović, Đ. (2015). Kriminalitet maloljetnika: stare teme i nove dileme. U: Ivana Stevanović (Ur.). *Maloljetnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*. (19–38). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 37.

⁵² Ignjatović, Đ. (2018). *Metodologija istraživanja kriminaliteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 88,

značajno. Ispitivanje stavova o kriminalitetu maloljetnika može se vršiti pismenim putem, anketiranjem ciljane populacije na unaprijed pripremljenim upitnicima⁵³. Prilikom određivanja uzorka, potrebno je voditi računa da on bude definisan isključivo na osnovu kvantifikovane slike osnovnog skupa. S tim u vezi, pri njegovom izboru treba uzeti u obzir proporcionalnu stratumsku zastupljenost, izbjegavati istraživačku pristrasnost pri izboru ispitanika koji će biti anketirani i povećati validnost istraživanja izborom kompetentnih ispitanika.

Fokus grupni intervju je kvalitativna istraživačka tehnika koja podrazumijeva seriju moderisanih grupnih diskusija, što okuplja učesnike, slične po nekim karakteristikama ili iskustvu da diskutuju o određenim pitanjima relevantnim za predmet istraživanja⁵⁴. Svrha fokus grupnog intervjua jeste da ispitanici iznose svoje poglede na predmet istraživanja i da ga argumentuju. Cilj ove istraživačke tehnike predstavlja sticanje najšireg uvida u različite stavove i mišljenja ljudi o temi istraživanja⁵⁵. Kada je riječ o kriminalitetu maloljetnika, fokus grupni intervju ima svoju primjenjivost, a može se primjenjivati kao dodatni način prikupljanja podataka. Zbog toga je potrebno fokus grupni intervju osmisлити kako bi bio podrška i dopuna drugom primarnom istraživačkom pristupu. Glavno ograničenje fokus grupnog intervjua jeste u broju ispitanika, jer se radi o relativno malom broju učesnika. Takođe, ukoliko se uzme u obzir da se radi o ispitivanju stavova maloljetnih lica, može se očekivati njihov generalizovan stav o određenim pitanjima.

Studije “samooptuživanja” i “studije o žrtvama” danas se smatraju najznačajnijim izvorima podataka o maloljetničkoj delinkvenciji i viktimizaciji maloljetnika. Trenutno je najpoznatiji instrument pod nazivom: Međunarodna studija samoprijava o delinkvenciji, originalnog naziva: International Self-Report Delinquency Study – ISRD⁵⁶. Ova studija ima za cilj da opiše i objasni iskustva adolescenata sa kriminalom i viktimizacijom, da testira kriminološke teorije i da razvije preporuke za prevenciju i intervencije. Do sada su u potpunosti realizovana tri kruga istraživanja: ISRD1 (1992–1993), ISRD2 (2005–

⁵³ Vidi opširnije: Budimlić, M., Maljević, A., Muratbegović, E. (2009). International Self-Report Delinquency Study 2: National report - Bosnia and Herzegovina, u: Junger-Tas, J. et al (Eds). *Juvenile Delinquency in Europe and Beyond: Results of the Second International Self-Report Delinquency Study*, New York: Springer, (str. 341–358).

⁵⁴ Đurić, S. (2007). *Fokus grupni intervju*. Beograd: Službeni glasnik, str. 21.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Vidi detaljnije putem internet sajta: International Self-Report Delinquency Study, dostupno putem <https://isrdstudy.org/>, pristupljeno 19.06.2021.

2007), ISRD3 (2012–2019), dok je u toku četvrti krug istraživanja: ISRD4 (2020–2022). Projekat koristi zajednički istraživački protokol, koji standardizuje sadržaj upitnika i administraciju, i propisuje uporedive postupke određivanja uzoraka u zemljama učesnicama. Za ISRD4 karakteristično je da se fokusira na učenike od 13 do 17 godina, sa ciljnom veličinom uzorka za svaki nacionalni tim reprezentativnog uzorka od 1.800 učenika škola, prikupljenih u dva grada⁵⁷. Podaci u Bosni i Hercegovini prikupljeni su putem ISRD2 u Sarajevu i Banjoj Luci, a rezultati istraživanja publikovani su u knjizi: Međunarodna delinkvencija u Evropi i izvan.⁵⁸

Metod proučavanja pojedinačnih slučajeva kriminaliteta maloljetnika može da ima svoju primjenjivost kada je neophodno prikupiti podatke o pojedinačnim slučajevima i izvršiti njihovu analizu. U tom smislu, najprihvatljivija je dokumentaciona analiza, analiza sadržaja i metaanaliza kao metodi proučavanja pojedinačnih slučajeva maloljetničke delinkvencije. Dokumentaciona analiza za predmet proučavanja može imati bilo koji dokument, kako onaj koji je napravio sam istraživač, tako i one koje je učinio neko drugi. Ovom metodom mogu se analizirati i javni i privatni dokumenti, pri čemu su u kriminologiji najčešće zastupljeni dokumenti državnih organa (policije, organa pravosuđa, itd.). Analiza sadržaja namijenjena je sistematskom utvrđivanju učestalosti kojom se specifične ideje, koncepti ili izrazi koriste u međuljudskoj komunikaciji. Metaanaliza se koristi za sintezu različitih ranijih istraživanja, koja se odnose na specifično postavljenu hipotezu. Na taj način rezultati ranijih istraživanja čine bazu za novo istraživanje. U analizi kriminaliteta maloljetnika može imati veliku primjenjivost kada je potrebno izvršiti ocjenu izabranih studija, njihovo rezimiranje i sintezu, te odrediti primjenjivost rezultata istraživanja na postojeću hipotezu u novom istraživanju.

Triangulacija metod definitivno ima svoju primjenu kada je u pitanju istraživanje maloljetničkog kriminaliteta. Naime, radi se o metodi koji koristi višestruki prilaz problemu istraživanja. Upravo činjenica da maloljetnički kriminalitet kao predmet istraživanja nije jednoznačan fenomen (ima značajne kriminološke, sociološke i druge reperkusije), što je potrebno razmatrati sa različitih aspekata, ukazuje na primjenu ove metode. Dakle, izražena su ograničenja pojedinačnih metoda u istraživanju kriminaliteta maloljetnika, a što je moguće otkloniti njihovim kombinovanjem, zapravo tigangulacijom metodom⁵⁹.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Budimlić, M., Maljević, A., Muratbegović, E. (2009). *op. cit.*, str. 341–358.

⁵⁹ Uporedi: Ignjatović, Đ. (2018). *op.cit.*, str. 137.

Potrebno je imati na umu da svaka od pomenutih istraživačkih tehnika ima i ograničenja, te se njihova primjena uglavnom sprovodi kao pomoćna tehnika primarnoj tehnici prikupljanja podataka u definisanom istraživanju.

4. ZAKLJUČAK

Kada je riječ o maloljetničkom kriminalitetu u Republici Srpskoj, a na osnovu prikupljenih i analiziranih podataka, možemo zaključiti sljedeće:

Ukupan broj maloljetnika prijavljenih za izvršeno krivično djelo u posmatranom sedmogodišnjem periodu (2015–2021) je 3,14% u odnosu na ukupan broj prijavljenih (punoljetnih) lica. Takvu distribuciju možemo ocijeniti zadovoljavajućom, posebno što je evidentiran kontinuiran trend opadanja učešća maloljetnika u strukturi prijavljenih lica. Poređenja radi, udio maloljetnika 2004. godine bio je preko 12%, što znači da je svako osmo prijavljeno lice bilo maloljetno. S tim u vezi možemo smatrati da su aktivnosti državnih i drugih organa u prevenciji i suzbijanju kriminaliteta maloljetnika dali očekivane rezultate;

Kada su u pitanju prekršaji po javnom redu i miru, uočava se tendencija povećanog učešća maloljetnih lica u odnosu na punoljetna lica, što je evidentno u 2020. godini, kada je ovaj procenat iznosio 9,24%. Ovakvi rezultati su razlog za brigu, posebno uzimajući u obzir da se radi o deliktima sa elementima nasilja, te ukazuju na neophodnost stručnog i sistematskog pristupa ovom problemu;

U starosnoj strukturi maloljetnika dominiraju stariji maloljetnici (od 16 do 18 godina života), dok u polnoj strukturi to su lica muškog pola, u preko 90% svih prijavljenih maloljetnih lica. Navedena distribucija je potpuno očekivana i bez značajnijeg odstupanja kako u ranijem periodu, tako i u odnosu na druge zemlje;

Maloljetnici najčešće vrše krivična djela imovinskog kriminaliteta (od kojih se izdvajaju krivična djela krađe i teške krađe), a najmanje krivična djela privrednog kriminaliteta i krivična djela u vezi sa saobraćajem, što je u potpunosti očekivana distribucija. Kada je riječ o krivičnim djelima protiv života i tijela, maloljetnici uglavnom vrše krivična djela tjelesna povreda i teška tjelesna povreda. Ukoliko ovome dodamo kontinuitet krivičnih djela nasilja u porodici i povećanje krivičnih djela nasilničko ponašanje, te korelaciju sa povećanim učešćem maloljetnika u vršenju prekršaja protiv javnog reda i mira, onda je evidentna njihova zastupljenost u strukturi krivičnih djela nasilničkog kriminaliteta. Pored toga, uočava se procentualno povećanje učešća maloljetnih lica u vršenju krivičnih djela u vezi sa zloupotrebom opojnih droga, što, iako izraženo u apsolutnim brojevima čini neznatan broj krivičnih djela, treba uzeti u obzir.

Razmatranje distribucije strukture krivičnih djela koja vrše maloljetnici na ovaj način je značajna zbog kreiranja programa prevencije i represije kriminaliteta maloljetnika;

Broj optuženih i osuđenih maloljetnih lica očekivano je niži od ukupnog broja prijavljenih lica, što je rezultat sa jedne strane fenomena „gubljenja zločina“ a sa druge strane različitog načina evidentiranja podataka u policijskim i pravosudnim evidencijama;

Kada je riječ o odlukama tužilaštva, evidentno je da u najvećem broju slučajeva pripremni postupak nije ni pokrenut ili je obustavljen. Naknadnim istraživanjem bilo bi korisno utvrditi razloge nepokretanja pripremnog postupka, odnosno njegovog obustavljanja. Što se tiče odluke suda, u najvećem broju slučajeva izrečena je krivična sankcija i to vaspitne mjere pojačanog nadzora i vaspitne mjere upozorenja i usmjeravanja, što je u skladu sa kriminalnom politikom kažnjavanja maloljetnih učinilaca krivičnih djela. Daljim istraživanjem trebalo bi utvrditi status alternativnih mjera, tj. njihov udio u strukturi reagovanja na kriminalitet maloljetnika.

Navedenu „sliku“ kriminaliteta maloljetnika u Republici Srpskoj svakako bi trebalo upotpuniti podacima o etiološkim faktorima ove vrste kriminaliteta, zatim o viktimološkoj dimenziji, te na koncu o načinu izvršavanja maloljetničkih sankcija. U tom smislu neophodno bi bilo realizovati naučno istraživanje kriminaliteta maloljetnika, uzimajući u obzir kako metode srednjeg obima, tako i metode proučavanja pojedinačnih slučajeva. Rezultati istraživanja bi doprinijeli tretiranju problema kriminaliteta maloljetnika u narednom periodu, posebno uočavajući preddeliktna stanja, i pravovremenom reagovanju na iste.

5. LITERATURA

1. Aebi, M.F, Caneppele, S., Harrendorf, S., Hashimoto, Y. Z., Jehle, J.-M., Khan, T.S., Kühn, O., Lewis, C., Molnar, L., Smit, P., Þórisdóttir, R. & national correspondents (2021). *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021* (6th ed.). Series UNILCRIM, (1)2021. Retrieved January 31, 2022 from <https://wp.unil.ch/europeansourcebook/printed-editions-2/6th-edition/>
2. Barkan, S. (2006). *Criminology – A Sociological Understanding*. New Jersey: Upper Saddle River.
3. Bošković, M. (1999). *Kriminološki leksikon*. Novi Sad: Matica srpska.
4. Budimlić, M., Maljević, A., Muratbegović, E. (2009). International Self-Report Delinquency Study 2: National report - Bosnia and Herzegovina, u: Junger-Tas, J. et al (Eds). *Juvenile Delinquency in Europe and Beyond: Results of the Second International Self-Report Delin-*

- quency Study, (341-358), New York: Springer.
5. Centar za istraživanje politike suprotstavljanja kriminalitetu. (2010). *Izvršenje alternativnih mjera za maloljetnike: pravni, institucionalni i praktični problemi*. Sarajevo: Centar za istraživanje politike suprotstavljanja kriminalitetu.
 6. Društvo psihologa Republike Srpske i Republički pedagoški zavod Republike Srpske. (2020). *Standardi rada stručnih saradnika u vaspitno-obrazovnim ustanovama Republike Srpske: pedagog, psiholog, socijalni radnik, defektolog*. Banja Luka: Društvo psihologa Republike Srpske.
 7. Društvo psihologa Republike Srpske. (n.d.). *Maj 2020 – oktobar 2021: Jačanje intersektorske saradnje i referalnog mehanizma podrške djeci i njihovim porodicama u Republici Srpskoj (u partnerstvu sa Republičkim pedagoškim zavodom RS, UNICEF BiH i njihovim partnerima)*, dostupno putem internet: <https://dprs.rs.ba/projekti/> pristupljeno 19.06.2022.
 8. Đurić, S. (2007). *Fokus grupni intervju*. Beograd: Službeni glasnik.
 9. Heiskanen, M., & Lietonen, A. (2016). *Crime and Gender. A Study on How Men and Women are Represented in International Crime Statistics*. Publication Series No. 85 (web-publication only). Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control. Retrieved February 1, 2022 <https://heuni.fi/documents/47074104/0/Crime+and+gender+taitto.pdf/d856bcfb-1dd9-85ed-5251-f6b352561e29/Crime+and+gender+taitto.pdf?t=1607671972794>
 10. Hrnčić, J. (2007). Neka terminološka razjašnjenja u oblasti maloletničke delinkvencije, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, 26(1-2), 183–202.
 11. Ignjatović, Đ. (2018). *Metodologija istraživanja kriminaliteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
 12. Ignjatović, Đ. (2015). Kriminalitet maloletnika: stare teme i nove dileme. U: Ivana Stevanović (Ur.). *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*. (19–38). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
 13. Ignjatović, Đ. (2014). Stanje i tendencije kriminaliteta maloletnika u Srbiji – Analiza statističkih podataka. *Crimen* 5(2), 173–195.
 14. Ignjatović, Đ. (2012). Poređenje stopa prijavljenih učinilaca krivičnih dela: Srbija – ostale evropske zemlje. U: Đorđe Ignjatović (urednik), *Kaznena reakcija u Srbiji*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, (18-49).
 15. Ignjatović, Đ. (2011). *Kriminologija*. Beograd: Dosije.
 16. Ilić, Z. (2010). Društveni odgovor na nasilnički kriminalitet maloljetnika. U: Leposava Korn (Ur.) *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija*, (125–140). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
 17. International Self-Report Delinquency Study, dostupno putem Interneta: <https://isrdstudy.org/>, pristupljeno 19.06.2022.
 18. Konstantinović–Vilić, S., Nikolić–Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*, Niš: Pelikan print.

19. Kovčo Vukadin, I. (2005). Stanje i kretanje kriminaliteta u Republici Hrvatskoj, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 12(2), 279–325.
20. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (25.08.2022). *Statistički podaci u vezi sa maloljetničkom delinkvencijom*. Dostavljeno putem e-maila: Evelina.Danilovic@mup.vladars.net 25.08.2022.
21. Mujanović, E., Datzler, D., Budimlić, M. (2012). Imovinski kriminalitet u Bosni i Hercegovini prema zvaničnim statistikama. *Kriminalističke teme*, 12(1-2), 1–27.
22. Nikolić-Ristanović, V., Stevković, Lj. (2013). Evropska zbirka podataka o kriminalitetu i krivičnom pravosuđu: karakteristike i značaj za razvoj evidencija kriminaliteta u Srbiji. *Sociološki pregled*, 48(3), 373–400.
23. Nikolić-Ristanović, V. (2012). Kriminalitet maloletnika ili maloletnička delinkvencija: pojmovno određenje i njegov značaj, *Revija za krivično pravo i kriminologiju*, 50(1-2), 183–188.
24. Ombudsman za djecu Republike Srpske. (2010). *Vršnjačko nasilje u obrazovnom sistemu: Primjena Protokola o postupanju u sluajevima vršnjakog nasilja među djecom i mladima u obrazovnom sistemu Republike Srpske*. Banja Luka: Ombudsman za djecu Republike Srpske.
25. Republički pedagoški zavod Republike Srpske. (n.d.). „Briga o djeci – zajednička odgovornost i obaveza”. Dostupno putem internet: https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/mpk/Documents/%D0%9F%D1%80%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%BC%20%D0%91%D1%80%D0%B8%D0%B3%D0%B0%20%D0%BE%20%D0%B4%D1%98%D0%B5%D1%86%D0%B8%20%E2%80%93%20%D0%B7%D0%B0%D1%98%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D1%87%D0%BA%D0%B0%20%D0%BE%D0%B4%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%80%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%20%D0%B8%20%D0%BE%D0%B1%D0%B0%D0%B2%D0%B5%D0%B7%D0%B0_066983677.pdf, pristupljeno 19.06.2021.
26. Ricijaš, N., Mandić, S., Lamešić, L. (2022). Dinamika kretanja kriminaliteta maloljetnika u Republici Hrvatskoj od 2000. do 2022. godine. *Kriminologija i socijalna integracija* 30(1), 70–104.
27. Schmalleger, F. (2006). *Criminology Today: An Integrative Introduction*. Upper Saddle River, New Jersey: Pearson/Prentice Hall.
28. Simeunović-Patić, B. (2009). Obeležja kriminaliteta maloletnika u Srbiji i perspektive adekvatnog društvenog reagovanja, U: Blagojević, M., Stevanović, Z. (ur.) *Prevenција kriminala i socijalnih devijacija (od razumevanja ka delovanju)*, Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
29. Simović, M., Simović, M., Simović, V. (2015). Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava o maloljetnicima kao učiniocima i žrtvama krivičnih djela. U: Ivana Stevanović (Ur.). *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*. (69–90). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.

30. Simović, M., Simović, M. (2012). Američki odgovor na nasilje maloljetnika: zakonodavna rješenja i aktuelni problem, *Revija za krivično pravo i kriminologiju*, 50(1-2), 39–62.
31. Soković, S. (2012). Penitersijarne statistike: mera kriminaliteta i/ili više od toga. U: Vesna Nikolić Ristanović (Ur.). *Evidentiranje kriminaliteta – iskustva iz sveta i Srbije*. Beograd: Prometej, (83–105).
32. Stevanović, I. (2010). Nasilni kriminalitet maloletnika u Srbiji. U: Lepasava Kron (Ur.) *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija*, (141–154). Beograd: Institut za sociološka i kriminološka istraživanja.
33. Šikman, M. (2017). Stanje i trendovi imovinskog kriminaliteta u Republici Srpskoj. *Bezbednost, policija, građani*, 13(1), 5–25.
34. Šikman, M. (2013). Kriminalitet maloljetnika u Republici Srpskoj, sa osvrtom na vršnjačko nasilje, U: Zbornik radova: *Vršnjačko nasilje (etiologija, fenomenologija, načini prevazilaženja i komparativna iskustva)*, (3-18). Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova.
35. Škulić, M. (2015). Reforma maloletničkog krivičnog prava u Srbiji. U: Ivana Stevanović (Ur.). *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*. (39–68). Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
36. Šobot, V., Ivanović- Kovačević, S., Marković, J., Srdanović- Maraš, J., Mišić-Pavkov, G. (2010). Maloletnička delnikvencija. *Engrami* 32(3), 53–61.
37. UNICEF BiH. (2015). *Akcionni plan prevencije maloljetničkog prestupništva i primjene alternativnih mjera u gradu Banjoj Luci za period 2015–2017. godine*. Dostupno putem internet: https://www.banjaluka.rs.ba/wp-content/uploads/2017/07/akcionni_plan_preven-cija_maloljetnickog_prestupnistva.pdf, pristupljeno 16.06.2022.
38. Visoka škola unutrašnjih poslova. (2008). *Izveštaj o istraživanju: “Maloljetnička delinkvencija u Republici Srpskoj – stanje i perspektive prevencije, suzbijanja, sprečavanja i sankcionisanja”*, Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova.
39. Vlada Republike Srpske. (2019). *Protokol o postupanju u slučajevima vršnjakog nasilja među djecom i mladima u vaspitno-obrazovnom sistemu Republike Srpske*. Banja Luka: Vlada Republike Srpske.
40. Vlada Republike Srpske. (2008). *Protokol o postupanju u slučajevima vršnjakog nasilja među djecom i mladima u obrazovnom sistemu Republike Srpske*. Banja Luka: Vlada Republike Srpske.
41. Vujičić, N. (2020). Stanje i tendencije kriminaliteta maloletnika u Republici Srbiji, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 39(1), 81–94.
42. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 13/2010, 61/2013 i 68/20.
43. Zelenika, R. (2000). *Metodologija i tehnologija izrade znanstvenog i stručnog djela*. Rijeka: Ekonomski fakultet.

Statističke evidencije:

44. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (2022). Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj u 2021. godini. Dostupno putem sajta: <https://mup.vladars.net/index.php?vijest=64&vrsta=statistike&stat=1>, pristupljeno 19.08.2022.
45. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (2021). Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj u 2020. godini. Dostupno putem sajta: <https://mup.vladars.net/index.php?vijest=63&vrsta=statistike&stat=1>, pristupljeno 19.08.2022.
46. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (2020). Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj u 2019. godini. Dostupno putem sajta: <https://mup.vladars.net/index.php?vijest=62&vrsta=statistike&stat=1>, pristupljeno 19.08.2022.
47. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (2019). Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj u 2018. godini. Dostupno putem sajta: <https://mup.vladars.net/index.php?vijest=60&vrsta=statistike&stat=1>, pristupljeno 19.08.2022.
48. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (2018). Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj u 2017. godini. Dostupno putem sajta: <https://mup.vladars.net/index.php?vijest=58&vrsta=statistike&stat=1>, pristupljeno 19.08.2022.
49. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (2017). Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj u 2016. godini. Dostupno putem sajta: <https://mup.vladars.net/index.php?vijest=56&vrsta=statistike&stat=1>, pristupljeno 19.08.2022.
50. Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske. (2016). Informacija o stanju bezbjednosti u Republici Srpskoj u 2015. godini. Dostupno putem sajta: <https://mup.vladars.net/index.php?vijest=51&vrsta=statistike&stat=1>, pristupljeno 19.08.2022.
51. Republički zavoda za statistiku. (2021). Statistički godišnjak, 2021, odjeljak “Pravosuđe”, dostupno putem sajta: https://www.rzs.rs.ba/static/uploads/bilteni/godisnjak/2021/31pra_2021.pdf, pristupljeno 20.08.2022.
52. Republički zavoda za statistiku. (2020). Statistički godišnjak, 2020, odjeljak “Pravosuđe”, dostupno putem sajta: https://www.rzs.rs.ba/static/uploads/bilteni/godisnjak/2020/31pra_2020.pdf, pristupljeno 20.08.2022.
53. Republički zavoda za statistiku. (2019). Statistički godišnjak, 2019, odjeljak “Pravosuđe”, dostupno putem sajta: https://www.rzs.rs.ba/front/article/4014/?left_mi=None&add=None, pristupljeno 20.08.2022.
54. Republički zavoda za statistiku. (2018). Statistički godišnjak, 2018, odjeljak “Pravosuđe”, dostupno putem sajta: https://www.rzs.rs.ba/static/uploads/bilteni/godisnjak/2018/30pra_2018.pdf, pristupljeno 20.08.2022.
55. Republički zavoda za statistiku. (2017). Statistički godišnjak, 2017, odjeljak “Pravosuđe”, dostupno putem sajta: https://www.rzs.rs.ba/static/uploads/bilteni/godisnjak/2017/99-01-IzdanjaRZSRS_2017.pdf, pristupljeno 20.08.2022.

56. Republički zavoda za statistiku. (2016). Statistički godišnjak, 2016, odjeljak "Pravosuđe", dostupno putem sajta: https://www.rzs.rs.ba/static/uploads/bilteni/godisnjak/2016/30pra_2016.pdf, pristupljeno 20.08.2022.

Mile Šikman, PhD.⁶⁰

JUVENILE CRIME IN THE REPUBLIC OF SRPSKA IN THE PERIOD 2015-2021.

***Abstract:** Juvenile crime in the Republic of Srpska in the period from 2015 to 2021 was presented on the analysis of statistical data on criminality. It deals with police and judicial statistical records on reported, accused and convicted minors, by type of criminal offense, as well as the decision of the prosecutor's office and the court. In this way, it is possible to see the scope and structure of juvenile delinquency, its share in the overall structure of delinquency, as well as its trends and tendencies in our country. It will also be pointed out the necessity of collecting other types of data, both those on individual cases and those so-called. medium volume. The reason for this is reflected in the fact that statistical data show a picture of juvenile delinquency as a mass phenomenon, while other methods are necessary to establish the causes and conditions that favor the emergence and development of juvenile delinquency. Only in this way, we can get a complete picture of juvenile delinquency in our country, which is the necessary basis for establishing an adequate response to this negative social phenomenon.*

***Key words:** criminality, juveniles, scope, structure, trend, tendency, statistics, statistical records.*

(Footnotes)

- 1 Nisu dostupni podaci za 2021. godinu.
- 2 Nisu dostupni podaci za 2021. godinu.

⁶⁰ Faculty of Law, University of Banja Luka, mile.sikman@pf.unibl.org

SUZBIJANJE ZLOUPOTREBE OPOJNIH DROGA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE I MEĐUNARODNI STANDARDI

Prof. dr Marina M. Simović¹

Prof. dr Vladimir M. Simović²

***Apstrakt:** Čovjek i njegove osnovne vrijednosti (gdje, pored života i tjelesnog integriteta, spada i zdravlje) nalaze se na prvom mjestu u sistemu dobara i vrijednosti koje se štite i krivičnim zakonodavstvom Bosne i Hercegovine. Među krivičnim djelima protiv zdravlja ljudi ističu se djela kojima se zdravlje ljudi povređuje ili ugrožava različitim protivpravnim aktivnostima koje su vezane za zloupotrebu opojnih droga i drugih psihoaktivnih supstanci. Za ova krivična djela zapriječene su stroge kazne zatvora, kao i druge krivične sankcije (mjere bezbednosti medicinskog karaktera ili oduzimanja predmeta). Ova krivična djela imaju za osnov međunarodne standarde uspostavljene u dokumentima Organizacije Ujedinjenih nacija, odnosno Evropske unije. Na bazi ovih standarda konstituisane su i odredbe domaćeg medicinskog (zdravstvenog) zakonodavstva kojima se uspostavlja zakonito djelovanje fizičkih, odnosno pravnih lica u vezi sa proizvodnjom, prometom i stavljanjem u promet opojnih droga i njima sličnih supstancija.*

***Ključne reči:** opojne droge, zakon, krivično djelo, odgovornost, Bosna i Hercegovina.*

¹ Sekretar Ombudsmena za djecu Republike Srpske, vanredni profesor, Fakultet pravnih nauka Univerziteta „Apeiron” Banja Luka.

² Tužilac Tužilaštva BiH i redovni profesor na Fakultetu za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci.

UVOD

Na bazi standarda koji su sadržani u potpisanim i ratifikovanim međunarodnim dokumentima univerzalnog karaktera u Bosni i Hercegovini, pored zdravstvenih (medicinskih) zakona i Državne strategije nadzora nad opojnim drogama, sprečavanja i suzbijanja zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini za period 2018–2023. godine³, problematikom suzbijanja zloupotrebe opojnih droga bavi se i krivično zakonodavstvo. Naime, sva četiri krivična zakona sa primjenom u Bosni i Hercegovini u posebnom dijelu propisuju posebna krivična djela zloupotrebe opojnih droga sa više različitih oblika i vidova ispoljavanja, te sistemom krivičnih sankcija za njihove učinioce, kao i pravilima za utvrđivanje krivične odgovornosti njihovih učinilaca. Tako su danas u Bosni u Hercegovini u primjeni četiri krivična zakona. To su: a) Krivični zakon Bosne i Hercegovine (KZ BiH)⁴, b) Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (KZ FBiH)⁵, c) Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (KZ BD BiH)⁶ i d) Krivični zakonik Republike Srpske (KZ RS)⁷.

Više univerzalnih međunarodnih dokumenata koji su donijeti u okviru i pod okriljem Organizacije Ujedinjenih nacija propisuju zloupotrebu opojnih droga i psihotropnih supstanci, odnosno prekursora, kao skup zabranjenih, proskribovanih, protivpravnih i kažnjivih ponašanja, čime se uspostavlja niz međunarodnih standarda za utvrđivanje krivične odgovornosti za više krivičnih djela u nacionalnim zakonodavstvima država koje su i potpisale, odnosno ratifikovale ove međunarodne dokumente (Degan, Pavišić, 2005: 197–199). To ukazuje na činjenicu da je međunarodna zajednica rano uočila veliku društvenu opasnost sa nesagledivim posljedicama usljed različitih djelatnosti fizičkih ili pravnih lica koja su upravljena na nedozvoljenu proizvodnju, preradu, promet i druge oblike

³ Prema ovoj strategiji, Bosna i Hercegovina je u međunarodnom prometu narkotika ostala i dalje uglavnom tranzitna zemlja preko koje se odvija krijumčarenje opojnih droga ka većim potrošačkim centrima u zapadnim zemljama. Pored ograničenosti narkotičkog tržišta u BiH, razlozi za prebacivanje opojnih droga dalje prema zapadu leže u dobiti koja je daleko veća prilikom preprodaje u zemljama Evropske unije. Produkti kanabisa, heroin i sintetičke droge još uvijek su najčešće opojne droge u BiH, u smislu njihovog krijumčarenja i njihove upotrebe.

⁴ „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/2021.

⁵ „Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine“ br. 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014 i 75/2017.

⁶ „Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“ broj 19/2020.

⁷ „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 64/2017, 104/2018, 15/2021 i 89/2021.

stavljanja u promet opojnih droga⁸.

Prvu polovinu 20. vijeka karakteriše živa međunarodna aktivnost, kojom prilikom je donijeto više međunarodnih dokumenata, kao što su (Jovašević, Ikanović, 2015: 102–105):

a) Međunarodna konvencija o opijumu, potpisana u Hagu, 23. januara 1912. godine⁹,

b) Sporazum o fabrikovanju, unutrašnjoj trgovini i upotrebi prepariranog opijuma, potpisan u Ženevi, 11. februara 1925. godine,

c) Međunarodna konvencija o opijumu, potpisana u Ženevi, 19. februara 1925. godine,

d) Konvencija o ograničenju fabrikovanja i regulisanju raspodjele opojnih droga, potpisana u Ženevi, 13. jula 1931. godine,

e) Sporazum o kontroli potrošnje opijuma za pušenje na krajnjem Istoku, potpisan u Bangkoku, 27. novembra 1931. godine,

f) Konvencija o suzbijanju nedozvoljene trgovine škodljivim drogama, potpisana u Ženevi 26. juna 1936. godine,

g) Protokol, potpisan u Lejk Saksesu 11. decembra 1946. godine, kojim se mijenjaju i dopunjuju sporazumi, konvencije i protokoli o opojnim drogama zaključeni u Hagu 23. januara 1912, u Ženevi 11. februara 1925, 19. februara 1925. i 13. jula 1931, u Bangkoku 27. novembra 1931. i u Ženevi 26. juna 1936. godine, osim u pogledu njegovog dejstva na poslednju od ovih konvencija,

h) Protokol, potpisan u Parizu 19. novembra 1948. godine, kojim su stavljene pod međunarodnu kontrolu neke opojne droge koje nisu pomenute u Konvenciji od 13. jula 1931. godine za ograničenje fabrikovanja i regulisanje raspodjele opojnih droga, izmijenjenoj i dopunjenoj Protokolom potpisanim u Lejk Saksesu 11. decembra 1946. godine,

⁸ Konvencija UN o pravima djeteta obavezuje države potpisnice da djeci obezbijede zaštitu i brigu koja je neophodna za njihovu dobrobit, uzimajući u obzir prava i obaveze njihovih roditelja, zakonskih staratelja ili drugih pojedinaca koji su pravno odgovorni za dijete i u tom cilju da preduzmu sve odgovarajuće zakonodavne i administrativne mjere. Obaveza država potpisnica odnosi se na preduzimanje svih odgovarajućih mjera, uključujući pravne, administrativne, socijalne i obrazovne, da zaštite djecu od nezakonite upotrebe opojnih droga i psihotropnih supstanci, kako je definisano odgovarajućim međunarodnim ugovorima, i da spriječe korišćenje djece u nezakonitoj proizvodnji i trgovini tim supstancama.

⁹ Konvenciju su 1915. godine implementirale Sjedinjene Američke Države, Holandija, Kina, Honduras i Norveška. Ona je stupila na snagu na globalnom nivou 1919. godine, kada je uključena u Versajski ugovor. Primarni cilj Konvencije bio je uvođenje ograničenja na izvoz umjesto nametanja zabrane ili kriminalizovanja upotrebe i uzgoja opijuma, koke i kanabisa.

i) Protokol o ograničenju i regulisanju gajenja maka, kao i proizvodnje, međunarodne trgovine, trgovine na veliko i upotrebe opijuma, potpisan u Nju-jorku 23. juna 1953. godine¹⁰.

Takođe, zloupotrebu opojnih droga, kao oblike ispoljavanja različitih krivičnih djela (i prekršaja), kao i sistem pravila za postupanje sa opojnim drogama i sličnim supstancama (proizvodnja, sadnja, gajenje, fabrikacija, prerada, stavljanje u promet, uvoz, izvor, tranzit itd.) poznaju sljedeća univerzalna međunarodna dokumenta. To su:

- a) Jedinstvena konvencija o opojnim drogama iz 1961. godine¹¹,
- b) Konvencija o psihotropnim supstancama iz 1971. godine,
- c) Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnim drogama i psihotropnim supstancama iz 1988. godine¹².

Pored toga, aktivnostima međunarodne zajednice u cilju efikasnog sprečavanja, odnosno suzbijanja zloupotrebe opojnih droga, doprinose i relevantni dokumenti regionalnog karaktera donijeti u okviru Evropske unije. Među takvim "evropskim" dokumentima nalaze se sljedeći (Petrović, Jovašević, 2010: 98–101):

a) Uredba (EZ) broj 273/2004 Vijeća i Evropskog parlamenta od 11. februara 2004. godine o prekursorima droga. Ovom uredbom određuju se temeljni propisi za nadzor unutrašnje trgovine, tj. trgovine unutar Zajednice. Uredba se ne odnosi samo na Evropsku uniju, nego i na članice Evropskog privrednog prostora – European Economic Area, tj. za Norvešku, Lihtenštajn i Island,

b) Uredba Vijeća (EZ) broj 111/2005 od 22. decembra 2004. godine kojom su utvrđena pravila za nadzor trgovine između Zajednice i trećih zemalja za pre-

¹⁰ Radi se o protokolu o kontroli droga, koji je promovisao Harry J. Anslinger, u svrhu nametanja strožih kontrola opijum proizvodnje. Članom 6 Protokola ograničena je proizvodnja opijuma na sedam zemalja. Član 2 je regulisao da su stranke morale "ograničiti upotrebu opijuma isključivo na medicinske i naučne potrebe".

¹¹ Prema članu 4 ove konvencije, strane ugovornice će preduzeti zakonodavne i upravne mjere koje mogu biti potrebne: a) za izvršavanje odredaba ove konvencije na njihovim sopstvenim teritorijama, b) za saradnju s drugim državama u izvršavanju odredaba navedene konvencije i c) pod rezervom odredaba ove konvencije, za ograničenje isključivo u medicinske i naučne svrhe proizvodnje, fabrikacije, izvoza, uvoza, raspodjele, trgovine, upotrebe i držanja opojnih droga.

¹² Svrha ove konvencije je da unaprijedi saradnju među stranama potpisnicama tako da mogu efikasnije da se bore protiv raznih aspekata nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci koji ima međunarodnu dimenziju. U izvršavanju svojih obaveza po ovoj konvenciji, strane potpisnice će preduzimati neophodne mjere, uključujući zakonske i administrativne, u skladu sa osnovnim normama pravnih sistema svojih država.

kursore droga. Ovom uredbom se određuju temeljni propisi za nadzor spoljašnje trgovine Zajednice sa trećim zemljama,

c) Uredba (EU) broj 1258/2013 Evropskog parlamenta i Vijeća od 20. novembra 2013. godine o izmjeni Uredbe Vijeća (EZ) broj 273/2004,

d) Uredba (EU) broj 1259/2013 Evropskog parlamenta i Vijeća od 20. novembra 2013. godine o izmjeni Uredbe Vijeća (EZ) broj 111/2005 o utvrđivanju pravila za nadzor trgovine prekursorima za droge između Zajednice i trećih zemalja. Ovom uredbom se dodaje IV kategorija prekursora,

e) Delegirana Uredba broj 1011/2015 od 24. aprila 2015. godine Komisije (EU) o dopuni Uredbe (EZ) broj 273/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća o prekursorima za droge i Uredbe Vijeća (EZ) broj 111/2005 o utvrđivanju pravila za nadzor trgovine prekursorima za droge između Unije i trećih zemalja, te o stavljanju van snage Uredbe Komisije (EZ) broj 1277/2005. Riječ je o zajedničkoj delegiranoj Uredbi za Uredbu o unutrašnjoj trgovini Evropske unije i za Uredbu o spoljašnjoj trgovini Evropske unije sa trećim državama. Ova uredba se ne odnosi samo na Evropsku uniju, nego i na članice Evropskog privrednog prostora,

f) Izvršna Uredba Komisije (EU) 1013/2015 od 25. juna 2015. godine o utvrđivanju pravila u pogledu Uredbe (EZ) broj 273/2004 Evropskog parlamenta i Vijeća o prekursorima za droge i u pogledu Uredbe Vijeća (EZ) broj 111/2005 o utvrđivanju pravila za nadzor trgovine prekursorima za droge između Unije i trećih zemalja. Uredba se odnosi na Evropsku uniju, kao i na članice Evropskog privrednog prostora.

Na bazi svih navedenih međunarodnih dokumenata, posebno dokumenata donijetih u okviru i pod okriljem Evropske unije (čijem članstvu teži Bosna i Hercegovina) donijeta su dva zakona u oblasti zdravstvenog, medicinskog zakonodavstva koji uređuje oblast zloupotrebe opojnih droga. To su: a) Zakon o sprečavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga Bosne i Hercegovine¹³ i b) Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske¹⁴. Kršenjem odredaba ovih zakona zapravo se ostvaruju obilježja pojedinih krivičnih djela u vezi sa zloupotrebom opojnih droga u domaćem krivičnom zakonodavstvu (Karović, Simović, 2021: 62–68).

¹³ “Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“ broj 8/2006.

¹⁴ “Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 110/2003 i 29/2004.

PRAVNI REŽIM U VEZI SA OPOJNIM DROGAMA U REPUBLICI SRPSKOJ

Danas su u Bosni i Hercegovini u oblasti uređenja posjedovanja, pribavljanja, proizvodnje, prerade i prometa opojnih droga i drugih, njima srodnih, sličnih supstanci prirodnog ili sintetičkog porijekla, u primjeni dva zakona medicinskog (zdravstvenog) karaktera koji uređuju oblast upotrebe (zloupotrebe) opojnih droga¹⁵. To su: a) Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske iz 2003. godine i b) Zakon o sprečavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga Bosne i Hercegovine iz 2006. godine. Pored ova dva zakona, za oblast sprečavanja (prevencije) i suzbijanja (represije) zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini takođe je značajna Državna strategija nadzora nad opojnim drogama, sprečavanja i suzbijanja zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini za period 2018–2023. godine.

Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske donijet je radi zaštite života i zdravlja ljudi. Zakonom se, u smislu člana 2, u cilju sprečavanja zloupotrebe opojnih droga uređuju: a) uslovi za uzgoj biljaka iz kojih se mogu proizvesti opojne droge, te uslovi za proizvodnju, posjedovanje i promet opojnih droga i supstanci koje se mogu upotrijebiti za proizvodnju opojnih droga, b) nadzor nad uzgojom biljaka iz kojih se mogu proizvesti opojne droge, te nadzor nad proizvodnjom, posjedovanjem i prometom opojnih droga i supstanci koje se mogu upotrijebiti za izradu droga i c) mjere za suzbijanje zloupotrebe opojnih droga.

U članu 3 Zakon definiše opojnu drogu kao svaku supstancu prirodnog ili sintetičkog porijekla, uključivši psihotropne supstance koje su uvrštene u listu opojnih droga i psihotropnih supstanci (Petrović, 2002: 287–310). No, pored ove definicije, Zakon na ovom mjestu određuje da supstanca koja se može upotrijebiti za izradu opojne droge predstavlja svaku prirodnu ili sintetičku supstancu koja se može upotrijebiti za izradu opojne droge (kao prekursori ili druge hemikalije), uvrštene u listu tih supstanci (Moslovac, 2019: 37–40). Sa njima je slična biljka ili dio biljke iz koje se može proizvesti opojna droga. To je svaka biljka ili dio

¹⁵ Broj registrovanih krivičnih djela u vezi sa zloupotrebom opojnih droga u BiH u 2016. godini (1.481) je u porastu u odnosu na 2015. godinu (1.325) za 11,77 odsto. Prema podacima policijskih agencija i institucija, ova krivična djela počinilo je 1.549 osoba, što je za 5,51 odsto počinitelaca više nego prethodne godine. Prema podacima Ministarstva pravde Bosne i Hercegovine, o presuđenim predmetima za krivična djela u vezi sa zloupotrebom opojnih droga, u 2013. godini registrovano je 320 izrečenih presuda, u 2014. godini 372 presuda, u 2015. godini 380 presuda, te u 2016. godini 353 presuda.

biljke koji se mogu upotrijebiti za proizvodnju opojne droge (opijumski mak, konoplja i druga biljka prikladna za tu svrhu), koja je uvrštena u listu tih biljaka. Sredstvo za proizvodnju opojne droge je predmet ili druga sprava koja je namijenjena ili upotrijebljena za izradu opojne droge.

Pri tome, Zakon određuje i vrste djelatnosti koje se mogu preduzimati u odnosu na opojne droge i druge njoj slične supstance na način, pod uslovima i po postupku koji je njime uređen (Petrović, 2004: 178–194). Tako je uzgoj biljke za proizvodnju opojne droge – nabavka i posjedovanje sjemena, sjetva, sadnja, uzgoj biljke, uzimanje i posjedovanje dijelova biljke koji služe za proizvodnju opojne droge. Sa uzgojem je bliska proizvodnja. To je svaka priprema, prerađa, miješanje, pročišćavanje, proizvodnja i svaka druga radnja kojom se dobija opojna droga. Posjedovanje je vlasništvo nad opojnom drogom, biljkom ili supstancom koja se može upotrijebiti za proizvodnju opojne droge. Promet je svaki način stavljanja u promet opojne droge, biljke, dijela biljke ili supstance koja se može upotrijebiti za proizvodnju opojne droge, a odnosi se na uvoz, izvoz, prevoz, prevoz ili prenos, kupovinu, prodaju, zamjenu, izdavanje na recept, skladištenje i slično. Upotreba je jednokratno, višekratno, povremeno ili redovno uzimanje ili izlaganje djelovanju opojne droge (Bukelić, 1981: 151–169).

Svi navedeni pojmovi koji se odnose na opojne droge (kao objekat napada) ili pojedine djelatnosti (u smislu radnje izvršenja) od značaja su za krivično i prekršajno pravo, posebno jer ove grane kaznenog prava sadrže blanketne norme koje se upotpunjavaju u pogledu sadržine i obilježja bića kažnjivih djela upravo odredbama pomoćnog – zdravstvenog zakonodavstva kao što je ovaj zakonski tekst. Od značaja za pravilno, zakonito i kvalitetno tumačenje kaznenopravnih odredaba u zakonodavstvu Republike Srpske od značaja su i sljedeća pojava određena kao što su: a) zavisnost je stanje potrebe – psihičke ili fizičke za upotrebom opojne droge, b) zavisnik je osoba koja se upotrebom opojne droge dovela u stanje zavisnosti, c) povremeni konzument opojne droge je lice koje jednokratno ili povremeno uzima opojne droge i kod koga se još nije razvilo stanje zavisnosti, d) sistem specifičnih postupaka za preventivu zavisnosti i brigu o zavisnicima obuhvata specifične mjere i postupke usmjerene na suzbijanje zloupotrebe opojnih droga, smanjenje štetnih posljedica i liječenje od zavisnosti i opojnoj drogi, te osiguranje stalne stručne pomoći i nadzora nad zavisnikom i e) pomoć zavisniku i povremenom konzumentu opojne droge je pomoć preduzimanjem mjera socijalne brige (psihosocijalna rehabilitacija, savjetovanje i resocijalizacija zavisnika o opojnim drogama).

Za temu našeg rada poseban značaj ima pojava određena zloupotrebe opojne droge. Ovaj pojam obuhvata neovlašćenu:

- a) proizvodnju, preradu, držanje, prodaju, prenos, kupovinu radi prodaje, posredovanje u kupovini i prodaji, nuđenje radi prodaje,
- b) nezakonitu trgovinu prekursorima,
- c) davanje droga na uživanje i organizovanje mreže preprodaje droge ili psihotropnih supstanci,
- d) navođenje na uživanje droge,
- e) omogućavanje uživanja, stavljanje na raspolaganje prostora ili prostora radi uživanja,
- f) udruživanje radi vršenja djela u vezi sa drogom,
- g) falsifikovanje ljekarskog recepta radi dobijanja lijeka koji sadrži opojnu drogu.

Sve navedene djelatnosti u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine propisane su kao radnje izvršenja nekog od propisanih krivičnih djela. Listu opojnih droga, psihotropnih supstanci i prekursora, te biljaka iz kojih se može proizvesti opojna droga, kao i supstanci koje se mogu upotrijebiti za proizvodnju opojnih droga (na osnovu zakona) donosi ministar nadležan za poslove zdravlja. Upravo se ove supstance javljaju kao objekt napada kod navedenih krivičnih djela koja za objekt zaštite imaju zdravlje ljudi (Petković, 2006: 317–330).

Zakonom je zabranjen uzgoj biljaka iz kojih se mogu proizvesti opojne droge, te proizvodnja, posjedovanje i promet opojnih droga, biljaka i dijelova biljaka iz kojih se može dobiti opojna droga, te supstanci koje se mogu upotrijebiti za proizvodnju opojne droge, osim pod uslovima određenim ovim zakonom u medicinske, veterinarske, prehrambene, naučnoistraživačke i nastavne svrhe. Na isti način je zabranjeno i posjedovanje sredstava za proizvodnju i preradu opojne droge, osim pod uslovima koji su određeni ovim zakonom u medicinske, veterinarske, prehrambene, naučnoistraživačke i nastavne svrhe, kao i upotreba i korišćenje opojne droge. Proizvodnja i prerada, posjedovanje i promet supstanci koje se mogu upotrijebiti za proizvodnju opojne droge dopušteni su pod uslovima određenim ovim zakonom (Kozary, 2012: 193–206). Konačno, a što ima izuzetan preventivni značaj – zabranjena je direktna i indirektna propaganda: proizvodnje, posjedovanja, upotrebe i promet opojnih droga, kao i propaganda opojnih droga na bilo koji drugi način.

Godišnje potrebe opojnih droga, prekursora opojnih droga i drugih psihotropnih supstanci koje se mogu staviti u promet utvrđuje, na temelju procjene, ministar nadležan za poslove zdravlja (Javor, 2006: 39–52). U tom smislu, potrebu godišnjih procjena pravna i fizička lica ovlašćena za proizvodnju, preradu i promet opojnih droga dostavljaju Agenciji za lijekove i medicinska sredstva *Bosne i Hercegovine* do 31. januara tekuće godine. Ova agencija je obavezna da

zbirne potrebe dostavi do 1. marta tekuće godine, u Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite i Institut za zdravstvenu zaštitu Republike Srpske. Biljka iz koje se može proizvesti opojna droga uzgaja se samo pod uslovima i na način koji su određeni zakonom (član 8 Zakona o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske). S druge strane, mak koji je namijenjen za proizvodnju opojne droge (član 9 stav 1 Zakona o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske) može se uzgajati samo na području koje odredi Vlada Republike Srpske.

Uzgoj maka koji je namijenjen za proizvodnju opojne droge mogu obavljati samo pravna i fizička lica koji ima odobrenje koje izdaje ministar nadležan za poslove zdravlja, uz prethodnu saglasnost ministra nadležnog za poslove poljoprivrede. Uzgajivač je dužan obavijestiti nadležni organ unutrašnjih poslova i organ nadležan za inspekcijske poslove u poljoprivredi o svakoj okolnosti koja ukazuje na sumnju da je biljka ili dio biljke upotrijebljen ili bi mogao biti upotrijebljen za nedozvoljenu proizvodnju opojnih droga (zarezivanje, ubiranje zelenih čaura maka). Zakonom o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske je u smislu člana 10 određeno da otkup maka koji je namijenjen za proizvodnju opojne droge mogu obavljati pravna lica koja imaju odobrenje ministra nadležnog za poslove zdravlja, pri čemu se odobrenje izdaje pravnim licima koja imaju registrovanu djelatnost za proizvodnju lijekova u skladu sa zakonom i drugim propisima (Ramah, 2001: 89–107).

Uzgajivač maka koji nije namijenjen za izradu opojne droge (član 13) dužan je uzgoj maka najkasnije u roku od 30 dana od dana sjetve prijaviti poljoprivrednoj inspekciji. U tom slučaju uzgajivač maka je dužan da obavijesti nadležni organ unutrašnjih poslova i poljoprivrednu inspekciju o svemu što ukazuje na sumnju da su biljka ili njeni dijelovi upotrijebljeni ili bi mogli biti upotrijebljeni za nedopuštenu proizvodnju opojnih droga (zarezivanje, ubiranje zelenih čaura maka). Ovo lice je takođe dužno da preostale dijelove biljke (makova slama), koji mogu služiti za proizvodnju opojne droge, uništi odmah po ubiranju biljke – uz prisustvo nadležnog inspektora. Takođe se i konoplja može uzgajati samo uz prethodno pribavljeno odobrenje ministra nadležnog za poslove poljoprivrede (član 14).

Opojnu drogu, u smislu člana 15 Zakona o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske, mogu proizvoditi samo pravna lica koja za obavljanje te djelatnosti zadovoljavaju uslove propisane za pravna lica koja proizvode lijekove, odnosno veterinarske lijekove i koja su registrovana kod nadležnog suda za obavljanje djelatnosti proizvodnje lijekova. Proizvodnja i promet opojnih droga mogu se obavljati samo za medicinske, veterinarske, nastavne, laboratorijske i naučne svrhe (Petrović, 1997: 157–168). Takođe, i ustanove koje se

bave naučnoistraživačkim radom mogu u naučne svrhe uzgajati biljke iz kojih se može proizvesti opojna droga ako za to imaju odobrenje ministra nadležnog za poslove zdravlja (član 16).

Pored zakonskog uređivanja proizvodnje (gajenja) opojne droge, posebno je uređena oblast posjedovanja opojne droge, njene neposredne ili posredne državinske, faktičke vlasti nad ovim supstancama (Golubović, 2005: 67–83). Tom pitanju je posvećena glava treća Zakona o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske. Tako, posjedovanje uzoraka opojne droge (član 17) u količini neophodnoj za obavljanje naučnoistraživačkog rada, analiza i dresura životinja za otkrivanje opojne droge, ministar nadležan za poslove zdravlja može dozvoliti pravnim i fizičkim licima koja obavljaju tu djelatnost pod uslovima propisanim posebnim propisima od strane ministra nadležnog za poslove zdravlja. Uz to, i službeno lice ovlašćeno od strane Ministarstva unutrašnjih poslova može pod uslovima propisanim posebnim zakonom radi otkrivanja krivičnih djela i njihovih izvršilaca posjedovati opojnu drogu u cilju simuliranog otkupa i nadzora isporuke, shodno odredbama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske¹⁶.

Osim ovih slučajeva, opojnu drogu mogu da posjeduju i sljedeća lica: a) zdravstvene ustanove u cilju obavljanja svoje djelatnosti, b) veterinarske ustanove u cilju obavljanja svoje djelatnosti, c) doktori medicine i doktori stomatologije kao sastavni dio lijeka u količini neophodnoj za pružanje neposredne medicinske pomoći, punoljetni bolesnici, roditelji maloljetnih bolesnika, kao sastavni dio lijeka u količini koju odredi doktor medicine i doktor stomatologije i d) doktori veterine kao sastavni dio veterinarskog lijeka radi pružanja neposredne veterinarske pomoći (član 18).

KRIVIČNA DJELA ZLOUPOTREBE OPOJNIH DROGA U REPUBLICI SRPSKOJ

KZ RS u glavi sedamnaestoj pod nazivom “Krivična djela protiv zdravlja ljudi” predviđa dva krivična djela zloupotrebe opojnih droga. To su: a) neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga – član 207 i b) omogućavanje uživanja opojnih droga – član 208.

Ova krivična djela, odnosno djelatnosti koje su označene kao radnja njihovog izvršenja, doprinose širenju toksikomanije. Prema Svjetskoj zdravstvenoj organizaciji, toksikomanija (Petrović, 2001: 113–127) je stanje periodične ili hronične intoksikacije štetna kako za pojedinca, tako i za društvo, do kojeg

¹⁶ “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 53/2012, 91/2017, 66/2018 i 15/2021.

dolazi ponovljenim uzimanjem neke prirodne ili sintetičke droge (Stojanović, Perić, 2000: 81). Kao odlike ove toksikomanije naročito se navode sljedeće: a) neodoljiva želja da se nastavi sa uzimanjem opojne droge, b) potreba da se opojna droga nabavi po svaku cijenu, c) tendencija da se povećava doza droge i d) stvaranje psihičke, a često i fizičke zavisnosti (adikcije) (Mrvić Petrović, 2005: 219).

1. NEOVLAŠTENA PROIZVODNJA I PROMET OPOJNIH DROGA

1.1. Pojam i elementi djela

Neovlaštena proizvodnja i promet opojnih droga (član 207 KZ RS) sastoji se u neovlaštenoj proizvodnji, prerađivanju, prodaji ili nuđenju na prodaju, kupovanju, držanju ili prenosu radi prodaje, posredovanju u prodaji ili kupovini ili u neovlaštenom stavljanju u promet na drugi način supstanci ili preparata koji su proglašeni za opojne droge (Jovašević, Mitrović, Ikanović, 2021: 396–400). *Ratio legis* ove inkriminacije nalazi se u velikoj opasnosti koju sobom nosi zloupotreba opojnih droga (Babić, Marković, 2007: 168–169).

Objekt zaštite je zdravlje ljudi, dok se kao objekt napada javljaju supstance ili preparati koji su proglašeni za opojne droge. Upravo navedenim zakonom – Zakonom o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske, koji upotpunjuje blanketnu dispoziciju ovog krivičnog djela, određuju se pojam i vrste ovih supstanci ili preparata. Opojnim drogama smatraju se u pravnoj teoriji materije koje djelovanjem na nervni sistem izazivaju kod onoga ko ih uzima prijatna osjećanja, ublažuje bolove, slabe nervnu napetost i sl. (Lazarević, 1993: 114–115). Po porijeklu, one se dijele na prirodne i sintetičke, a u okviru prirodnih droga razlikuju se tri grupe. To su: a) opijumska grupa (gdje su najpoznatiji opijum, morfijum i heroin), b) koka grupa (kokain, lišće koke) i c) industrijska konoplja (marihuana, hašiš) (Erkić, 2012: 56–71). Slično dejstvo, kao kod opojnih droga, posjeduju i psihotropne supstance (koje takođe mogu da budu prirodne i sintetičke. Ovdje spadaju LSD, meskalin¹⁷ i sl.).

Radnja izvršenja ovog krivičnog djela se sastoji iz više alternativno propisanih djelatnosti, kao što su (Jovašević, Mitrović, Ikanović, 2017: 199–202):

¹⁷ Meskalin je feniletilaminska halucinogena droga meksičkog zdepastog kaktusa (*Lophophora williamsii*, *Anhalonium williamsii*). Izolovana je iz puceta meskala, kako se nazivaju vrhovi kvržica na zdepastom kaktusu.

a) proizvodnja – svaka djelatnost kojom se od određene materije dobija supstanca koja ima svojstvo opojne droge. U čemu se ova aktivnost sastoji, najčešće zavisi od prirode materije od koje se dobija supstanca koja ima svojstvo opojne droge (Stojanović, Delić, 2013: 197). Proizvodnjom droge smatra se i neovlašteni uzgoj maka ili psihoaktivne konoplje ili druge biljke iz kojih se dobija opojna droga ili koje same sadrže opojnu drogu, uzgoj biljke indijske konoplje, kuvanje suvih čaura maka. To je svaka proizvodnja opojnih droga prirodnim ili sintetičkim procesima (Turković *et al.*, 2013: 252),

b) prerađivanje – fizičkim ili hemijskim procesom stvaranje iz jedne supstance nove supstance. Ovdje spada dobijanje jedne opojne droge iz druge, odnosno njeno prečišćavanje, poboljšanje njenog kvaliteta, dodavanje drugih sastojaka, odnosno mijenjanje njenih svojstava ili sastava. U sudskoj praksi se tako smatra da proces sušenja zelenih listova biljke marihuana predstavlja prerađivanje opojne droge (Cvjetko, 2003: 909–939),

c) prodaja – zamjena supstance za domaći ili inostrani novac. Ova se djelatnost ostvaruje postizanjem sporazuma između kupca i prodavca o robi (vrsti, količini), odnosno o cijeni. Za postojanje djela u ovom obliku nije potrebno da je opojna droga na osnovu ovog sporazuma zaista i predata drugom licu,

d) nuđenje na prodaju – pokušaj prodaje u vidu izlaganja supstance, uz traženje za nju određene cijene. Ono se ostvaruje davanjem prijedloga u pogledu cijene i robe. Ovdje se radi o preduzimanju djelatnosti koje su podobne da kod drugog lica stvore uvjerenje da postoji mogućnost kupovine opojne droge (Stojanović, Delić, 2013: 197). Smatra se u pravnoj teoriji da za postojanje ove radnje nije nužno da učinilac, u trenutku nuđenja opojne droge na prodaju, zaista je i posjeduje ili je pak namjeravao da je kasnije nabavi (presuda Saveznog vrhovnog suda, Kps 557/85),

e) omogućavanje prodaje – kupovina (nabavljanje supstance plaćanjem za nju domaćeg ili inostranog novca ili je to sticanje prava svojine nad opojnom drogom uz određenu naknadu), držanje (neposredna ili posredna državinska, faktička vlast na supstancom, raspolaganje opojnom drogom bez obzira na mjesto na kome se nalazi) ili prenos (različite djelatnosti kojima se mijenja mjesto na kome se opojna droga nalazi). Ove se radnje preduzimaju sa određenim ciljem – radi prodaje, a ne radi npr. sopstvene upotrebe. Utvrđivanje namjere prodaje na strani učinioaca predstavlja faktičko pitanje koje sud rješava u svakom konkretnom slučaju, npr. na osnovu količine i vrste droge, njenog pakovanja, načina skrivanja, da li je sam učinilac djela uživatelj opojne droge ili njen zavisnik,

f) posredovanje u prodaji ili kupovini – neposredno ili posredno dovodeње u vezu kupca sa prodavcem, odnosno kupca sa supstancom. Ono obuhvata

različite djelatnosti koje su upravljane na realizaciju kupovine ili prodaje opojne droge. To može biti: prenošenje poruka između njih, čuvanje opojne droge – dok se ne postigne sporazum ili ne isplati dogovorena cijena (Lazarević, 1993: 115). Za postojanje ovog djela nije od značaja da li je ovo posredovanje u konkretnom slučaju bilo uspješno, odnosno da li je prodaja, odnosno kupovina obavljena,

g) stavljanje u promet na drugi način – omogućavanje prometa (teretnog raspolaganja) supstancama. Ovdje spada i zamjena (trampa) jedne vrste droge za drugu ili za druge vrijedne stvari (nakit, oružje, motorno vozilo), vraćanje duga. To su različite djelatnosti kojima se opojna droga čini dostupna drugom licu, a koje ne predstavljaju njeno besplatno davanje (Tripalo, 2003: 553–585).

Za postojanje djela bitno je da se radnja izvršenja preduzima: a) u odnosu na određeni objekt napada – supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge i b) na određeni način – protivno propisima Zakona o proizvodnji i prometu opojnih droga – dakle, neovlašćeno, protivpravno.

Učinioc djela može biti svako lice, a u pogledu krivice potreban je umišljaj. Ovako preduzetim radnjama izvršenja prouzrokuje se posljedica u vidu opšte, aspraktne opasnosti za zdravlje ljudi (Atanacković, 1981: 326).

Za ovo djelo propisana je kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina. Uz kaznu se učiniocu krivičnog djela izriče i mjera bezbjednosti oduzimanja predmeta – supstance ili preparata koji su proglašeni za opojne droge, biljke iz kojih se dobija opojna droga, sredstva za njihovu proizvodnju ili preradu, sredstva prevoza preuređena za njihovo skrivanje i sredstva za njihovo trošenje.

1.2. Teži oblici djela

Krivično delo iz člana 207 KZ RS, pored osnovnog oblika, sadrži i tri teža, kvalifikovana oblika, jedan posebni oblik i jedan lakši, privilegovani oblik ispoljavanja.

Prvi teži oblik krivičnog djela (stav 2) sastoji se u ponudi, prodaji ili posredovanju u prodaji supstanci ili preparata koji su proglašeni za opojne droge djetetu, duševno poremećenom licu ili to učini u školi ili drugim vaspitno-obrazovnim, sportskim, kulturnim ustanovama ili mjestima koja služe za obrazovanje, vaspitanje, sportsku ili neku drugu društvenu aktivnost djece ili u njihovoj neposrednoj blizini, u javnim lokalima ili na javnim priredbama ili ko za izvršenje osnovnog djela iskoristi dijete (Kubin, 2011: 89–101). Radnju izvršenja djela u ovom obliku čine sljedeće djelatnosti. To su: a) ponuda – nuđenje, izlaganje robe i traženje za nju određene cijene, b) prodaja – ustupanje robe za domaći ili inostrani novac što se ostvaruje postizanjem sporazuma između kupca, odnosno

prodavca o robi i cijeni i c) posredovanje u prodaji – dovođenje u vezu prodavca sa kupcem, odnosno robe sa kupcem. Ova se radnja izvršenja preduzima u odnosu na određeni objekt napada – to su supstance ili preparati koji su proglašeni za opojne droge.

Kvalifikatorne okolnosti, za koje Zakonik propisuje strožije kažnjavanje, predstavljaju (Petković, 2009: 115–120):

a) posebno svojstvo pasivnog subjekta (oštećenog lica) – djetetu (lice uzrasta do nenavršene četrnaeste godine u vrijeme izvršenja djela) ili duševno poremećenom licu (licu koje posjeduje određeni oblik, odnosno stepen duševne poremećenosti gdje dakle postoji određeni oblik narušenja normalnog, nesmetanog odvijanja psihičkih funkcija razuma, volje, osjećanja). Ova svojstva ličnosti pasivnog subjekta moraju biti poznata učiniocu djela u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja,

b) određeno mjesto preduzimanja radnje izvršenja – ako je radnja izvršenja djela učinjena na mjestu gdje se okupljaju mladi ili u neposrednoj blizini – u školi ili drugim vaspitno-obrazovnim, sportskim, kulturnim ustanovama ili mjestima koja služe za obrazovanje, vaspitanje, sportsku ili neku drugu društvenu aktivnost djece ili u njihovoj neposrednoj blizini, u javnim lokalima ili na javnim priredbama. Radi se o javnim mjestima – koja su dostupna individualno neodređenom broju lica, u prvom redu mladih ljudi, što ukazuje na apstraktnu opasnost u većem obimu ili intenzitetu po zdravlje mladih ljudi na čije zdravlje posebno se negativno ispoljavanju teške posljedice djela,

c) određeni način – izvršenje djela iskorištavanjem ili posredstvom djeteta, dakle, lica uzrasta do 14 godina čiji fizički i duševni uzrast predstavlja osnov za teže kažnjavanje.

Za ovo djelo je propisana kazna zatvora u trajanju od pet do 15 godina.

Drugi teži oblik ovog djela javlja se u sljedećim slučajevima (Klarić, 2008: 219–242):

a) ako je radnju izvršenja u nekom od zakonom alternativno propisanih oblika ispoljavanja preduzelo lice sa određenim svojstvom (*delicta propria*) – službeno lice, nastavnik, vaspitač, socijalni ili zdravstveni radnik ili sveštenik na određeni način – iskorištavanjem svog položaja. Ovo teže djelo, dakle, kvalifikuje dvije okolnosti. To su: 1) svojstvo učinioca djela u vrijeme preduzimanja radnje izvršenja i 2) način preduzimanja radnje – iskorištavanje svog položaja od strane učinioca djela.

KZRS je u članu 123 tačka 3 odredio pojam službenog lica. Tako se kao službeno lice smatra: 1) izabrani ili imenovani funkcioner u organima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, jedinice lokalne samouprave i u drugim organima

i javnim ustanovama ili službama koje vrše određene upravne, stručne i druge poslove u okviru prava i dužnosti vlasti koja ih je osnovala, 2) sudija ustavnog suda, sudija, tužilac, pravobranilac, 3) lice koje stalno ili povremeno vrši službenu dužnost u navedenim javnim organima ili ustanovama, notar, izvršitelj i arbitar, 4) ovlašteno lice u privrednom društvu ili u drugom pravnom licu kojem je zakonom ili drugim propisom donesenim na osnovu zakona ili zaključenog ugovora o arbitraži povjereno vršenje javnih ovlaštenja, a koje u okviru tih ovlaštenja vrši određenu dužnost i 5) drugo lice koje vrši određenu službenu dužnost na osnovu ovlaštenja iz zakona ili drugog propisa donesenog na osnovu zakona i lice kojem je faktički povjereno vršenje pojedinih službenih dužnosti,

b) ako je učinilac organizovao mrežu preprodavaca ili posrednika za izvršenje djela (Čejović, Miladinović, 1995: 146–147). Ovdje je djelatnost organizovanja u vidu pronalaženja, animiranja, pridobijanja ili povezivanja više lica na različitim mjestima predviđena kao samostalna radnja izvršenja. Djelo u ovom obliku svršeno je samim stvaranjem nove ili iskorišćavanjem (u vidu preusmjerenja djelovanja) postojeće mreže više lica, bez obzira na to da li je preduzeta neka od djelatnosti za koje je ova mreža uopšte organizovana (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 465),

c) ako je djelo izvršeno od strane više lica (Lazarević, 1993: 116). Pojam više lica određuje tačka 8 člana 123 KZ. To su najmanje dva lica, koja istovremeno ili u raznim vremenskim periodima, na istom ili na različitim mjestima, prema jednom ili više pasivnih subjekata, preduzimaju jednu ili više istih ili različitih djelatnosti prodaje, nuđenja na prodaju ili posredovanja u prodaji opojnih droga. Pod pojmom više lica mogu se smatrati i dva lica. Nije potrebno postojanje neke formalne i čvrste organizacije, niti udruživanje mora da ima karakter stalnosti. Dovoljno je da se više lica dogovorilo da zajednički preduzimaju radnje koje predstavljaju neovlašćeno stavljanje u promet opojne droge i da je u izvršenju tog dogovora učinile bar jednu radnju (presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Kž. 231/2005).

Za ovo djelo je propisana kazna zatvora u trajanju od pet do 15 godina.

Treći i najteži oblik ovog krivičnog djela, za koji je propisana kazna zatvora najmanje osam godina, postoji u sljedećim slučajevima (Petković, 2005: 191–203):

a) ako je preduzetom radnjom izvršenja u bilo kom obliku, odnosno vidu ispoljavanja prouzrokovana teža posljedica. Ona mora da rezultira usljed preduzete radnje izvršenja osnovnog djela. U odnosu na težu posljedicu koja se javlja kao znatno oštećenje zdravlja većeg broja ljudi, učinilac treba da postupa sa nehatom kao oblikom krivice. Kada postoji “znatno” oštećenje, narušavanje

psihičkog (moguće i fizičkog) zdravlja, dakle oštećenje zdravlja u većem stepenu ili obimu, odnosno dužeg trajanja ili neizvjesnog toka trajanja, odnosno mogućnosti izlječenja – predstavlja faktičko pitanje koje sud rješava u svakom konkretnom slučaju,

b) ako je preduzetom radnjom izvršenja u bilo kom obliku ili vidu ispoljavanja prouzrokovana smrt lica kojem je prodana supstanca ili preparat koji su proglašeni za opojne droge. Ovdje se teška posljedica u vidu smrti lica koje je uzelo, uživalo opojnu drogu do koje je došao preduzetom radnjom izvršenja osnovnog djela – nalazi u uzročno-posljedičnoj vezi sa njom. U odnosu na posljedicu smrti (usljed predoziranja, samoubistva ili dr. razloga) lica kome je opojna droga na ovaj način omogućena – učinilac postupa sa nehatom,

c) ako je učinilac posredovao u prodaji opojnih droga. Dakle, ovdje učinilac preduzima radnju posredovanja u kupovini ili prodaji opojnih droga. Posredovanje je dovodenje u vezu kupca sa prodavcem, odnosno kupca sa supstancom. Ono obuhvata različite djelatnosti koje su upravljene na realizaciju kupovine ili prodaje opojne droge. To može biti: prenošenje poruka između njih, čuvanje opojne droge dok se ne postigne sporazum ili ne isplati dogovorena cijena. Za postojanje ovog djela nije od značaja da li je ovo posredovanje u konkretnom slučaju bilo uspješno, odnosno da li je prodaja, odnosno kupovina obavljena.

1.3. Posebni i lakši oblici djela

Krivično djelo iz člana 207 KZ RS, pored osnovnog i težih oblika, ima još i: a) posebni i b) lakši oblik ispoljavanja.

Poseban oblik krivičnog djela iz člana 207 propisan je u odredbi stava 6. Ovo se krivično djelo ne preduzima (kao svi prethodni oblici) u odnosu na supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge, već u odnosu na opremu, materijal ili supstance koje su namijenjene za proizvodnju opojnih droga (Zimonja, 2013: 61–74). Ovdje su zapravo inkriminisane pripremne radnje za izvršenje ovog djela zbog visoko ispoljenog stepena težine i društvene opasnosti.

Samo krivično djelo sastoji se u neovlaštenom pravljenju, nabavljanju, posjedovanju ili davanju na upotrebu opreme, materijala ili supstanci za koje zna da su namijenjene za proizvodnju opojnih droga. Ovdje su inkriminisane pripremne radnje. Po principu supsidijariteta, ukoliko isto lice preduzme radnju izvršenja u odnosu na opremu, materijal ili supstance koje su bile namijenjene za proizvodnju opojnih droga, a potom tu opremu iskoristi za proizvodnju ili preradu opojnih droga – postoji osnovno djelo iz stava 1. Za ovo djelo propisana je kazna zatvora u trajanju od tri do pet godina.

Radnju izvršenja čine sljedeće alternativno propisane radnje izvršenja koje se preduzimaju na određeni način – neovlašćeno, protivpravno. To su sljedeće djelatnosti: a) pravljenje – izrada, stvaranje novog do tada nepostojećeg sredstva, b) nabavljanje – pribavljanje, dolaženje u posjed sredstva na bilo koji način, dozvoljeni ili nedozvoljeni, c) posjedovanje – držanje, državinska, faktička vlast sredstva i d) davanje na upotrebu – omogućavanje da druga lica dođu u posjed, državinu sredstva.

Lakši, privilegovani oblik djela (iz stava 7) postoji ako učinilac prijavi od koga nabavlja opojne droge ili je dobrovoljno bitno doprinio otkrivanju učinjenog krivičnog djela. Za ovo djelo zakonodavac propisuje mogućnost fakultativnog oslobođenja od kazne njegovog učinioca ako su ispunjeni sljedeći kumulativni uslovi:

a) učinilac je prijavio, podnio prijavu – dakle, obavijestio nadležne državne organe (u prvom redu policiju) blagovremeno i potpuno lice od koga nabavlja opojnu drogu, bilo da to lice prijavi ličnim podacima, po imenu ili prezimenu, po nadimku ili na drugi način (po ličnim obilježjima, npr. tattoo, mladež, ožiljak itd.), mjestu stanovanja, boravka ili okupljanja i sl.,

b) učinilac bitno dobrovoljno doprinese otkrivanju krivičnog djela neovlaštene proizvodnje, prerade ili stavljanja u promet opojne droge.

Dakle, ovo krivično djelo po bitnim elementima, karakteristikama, bez obzira na njegovu zakonsku kvalifikaciju, navođenje člana zakona ili propisanu kaznu, mora biti prijavljeno, dakle, otkriveno nadležnim državnim organima. Ovo otkrivanje učinjenog krivičnog djela mora da bude: 1) dobrovoljno, svojevolljno, bez obzira na motive učinioca djela (da li su moralni) i 2) bitno, u većoj mjeri, u većem obimu ili intenzitetu koje nadležnim organima doprinosi, pomaže, olakšava otkrivanje (i dokazivanje) učinjenog krivičnog djela.

2. OMOGUĆAVANJE UŽIVANJA OPOJNE DROGE

2.1. Pojam i elementi djela

Drugo krivično delo iz člana 208 KZ RS nosi naziv “Omogućavanje uživanja opojnih droga”. Ovo se krivično djelo (Babić, Marković, 2007: 172–173) sastoji u navođenju drugog na uživanje opojne droge ili davanju drugome opojne droge da je uživa on ili drugo lice, stavljanju na raspolaganje prostorije radi uživanja opojne droge ili u omogućavanje na drugi način drugom da uživa opojnu drogu (Jovašević, Mitrović, Ikanović, 2021: 400–402). U pravnoj teoriji se sma-

tra da je ovo komplementarno krivično djelo sa djelom neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga. U osnovi ove inkriminacije nalazi se težnja da se kažnjava što veći broj različitih djelatnosti u vezi sa zloupotrebom opojnih droga, posebno one koje se odnose na širenje ove vrste toksikomanije (Stojanović, Perić, 2000: 83).

Objekt zaštite je zdravlje stanovništva. Kao objekt napada javljaju se opojne droge čiji pojam, svojstva i vrste određuje Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srbije.

Radnju izvršenja čini više alternativno propisanih djelatnosti podstrekavanja ili pomaganja (Turković *et al*, 2013: 259). Ovo su, inače, radnje saučesništva koje su ovdje zbog visoko ispoljene društvene opasnosti i težine dobile karakter samostalnog krivičnog djela. Imajući u vidu da uživanje opojne droge ne predstavlja krivično djelo, to znači da sve djelatnosti podstrekavanja, odnosno pomaganja u širenju toksikomanije ne bi mogle da se kažnjavaju po odredbama o saučesništvu (s obzirom na ograničenu – limitiranu akcesornost po kojoj odgovara saučesnik), pa bi ovakva lica izbjegla krivičnu odgovornost i kažnjivost za svoje ponašanje (Stojanović, Perić, 2000: 84). To su sljedeće djelatnosti:

a) navođenje drugog lica na uživanje opojne droge. To je podstrekavanje, podsticanje u smislu psiholoških djelatnosti koje se preduzimaju prema drugom licu u cilju da ono donese novu ili učvrsti postojeću odluku da započne ili da nastavi sa uživanjem opojne droge. Djelo u ovom obliku je svršeno samim momentom navođenja drugog lica bez obzira na to da li je ono donijelo odluku, odnosno da li je zaista i uživalo opojnu drogu u konkretnom slučaju (Selinšek, 2007: 389–390),

b) davanje drugome opojne droge da je uživa – predaja, tradicija, neposredno ili posredno ustupanje drugom licu opojne droge. To je svaka djelatnost (koja se preduzima često iz narkomanske solidarnosti) kojom se drugom licu omogućuje da dođe u posjed, u državinu opojne droge, što znači da ona mora biti data, odnosno preuzeta od drugog, kako bi je ono ili neko drugo lice (nezavisno od njegovog odnosa sa učiniocem djela) uživalo, bez obzira na to da li je do ovog uživanja u konkretnom slučaju zaista i došlo,

c) stavljanje drugome na raspolaganje prostorije – omogućavanje, dozvoljavanje, pomaganje da drugo lice uopšte dođe u mogućnost da na određenom prostoru uživa opojne droge, što učiniocu djela mora biti poznato (Petrović, Jovašević, 2016: 369). To se može učiniti jednokratno ili iznajmljivanjem određenog prostora za duže ili kraće vrijeme, uz naknadu ili bez naknade. Učinioc djela može da bude prisutan u tim prostorijama. Cilj je stavljanja na raspolaganje prostorija drugom licu da ono na tom mjestu uživa opojne droge. Ove prostorije

moгу da budu u vlasništvu učinioca djela, ali to nije neophodno. Bitno je da na njima ima državinsku vlast, pritežanje (Stojanović, Delić, 2013: 205–206). Zato se u pravnoj teoriji predlaže da se ovakvo zakonsko rješenje tumači krajnje restriktivno. Naime, u ovom obliku krivično djelo postoji samo u slučaju kada su prostorije stavljene na raspolaganje isključivo radi uživanja opojne droge.

Pored toga, u pravnoj teoriji, ali i u sudskoj praksi sa osnovom se ističe da je ovo rješenje sporno kada se radi o “javnom” lokalnu, odnosno o prostorijama čije je korišćenje dozvoljeno individualno neodređenom broju lica (restoran, kafana, kafić, bioskopska sala). Naime, u ovim slučajevima bi ova svijest o uživanju drugog lica opojne droge u prostoriji gdje mu je to omogućeno morala biti obuhvaćena umišljajem učinioca (dakle, sviješću, ali i voljom) što je nerijetko teško dokazati (Stojanović, 2002: 289–291),

d) omogućavanje u vidu pomaganja, olakšavanja drugom, bilo kom licu, na bilo koji drugi način da započne ili da nastavi da uživa opojnu droge (Đukić, 2008: 113–120).

Učinioc djela može biti svako lice. U pogledu krivice potreban je umišljaj koji obuhvata svijest učinioca o svojstvu objekta napada. Posljedica djela je apstraktna, opšta opasnost po zdravlje ljudi. To znači da je ova posljedica nastupila samim momentom preduzimanja radnje izvršenja bez obzira na to da li je neko lice na osnovu toga zaista uživalo opojnu drogu. Za ovo djelo propisana je kazna zatvora u trajanju od jedne do osam godina. Učinocu se obavezno izriče mjera bezbjednosti oduzimanja predmeta – opojne droge.

2.2. Teži i lakši oblici djela

Pored osnovnog oblika, krivično delo “Omogućavanje uživanja opojnih droga” iz člana 208 KZ RS ima još i: a) dva teža i b) jedan lakši oblik ispoljavanja.

Teži, kvalifikovani oblik ispoljavanja, za koji Zakonik propisuje kaznu zatvora u trajanju od dvije do 12 godina, postoji u sljedećim slučajevima:

a) ako je radnja izvršenja podstrekavanja ili pomaganja učinjena prema posebnoj vrsti pasivnog subjekta kao kvalifikatornoj okolnosti (licu sa određenim ličnim svojstvom, koje svojstvo učiniocu djela mora biti poznato, dakle, obuhvaćeno njegovim umišljajem, upravo u vremenu preduzimanja radnje izvršenja). To su učinjenje djela prema: 1) djetetu – to je lice uzrasta do navršenih 14 godina (Cvjetko, 2001: 49–57) i 2) duševno poremećenom licu – licu koje ima određeni oblik, vid ili stepen duševne poremećenosti ili duševne zaostalosti (nerazvijenosti), gdje postoji narušenost normalnog, nesmetanog i pravilnog od-

vijanja psihičkih procesa svijesti, volje, osjećanja, razuma,

b) ako je radnja izvršenja preduzeta prema više lica (pri čemu više lica, u smislu tačke 8 člana 123 KZ RS, podrazumijeva najmanje dva lica). Dakle, u ovom slučaju učinilac preduzima jednu ili više, bilo istih ili različitih djelatnosti podstrekavanja, odnosno pomaganja, na istom ili različitim mjestima, u isto ili različito vrijeme prema dva ili više lica koja su učiniocu poznata, odnosno prema kojima učinilac posjeduje znanje da im se time omogućava ili olakšava uživanje upotrebe opojne droge,

c) ako je radnja izvršenja preduzeta na određenom mjestu (koje predstavlja kvalifikatornu okolnost) – u školi ili drugim vaspitno-obrazovnim, sportskim, kulturnim ustanovama ili mjestima koja služe za obrazovanje, vaspitanje, sport-sku ili neku drugu društvenu aktivnost djece ili u njihovoj neposrednoj blizini. Ovakvo zakonsko rješenje kvalifikatornih okolnosti poznaju mnoga druga uporedna zakonodavstva (Srbije, Hrvatske, Slovenije, Francuske). Ovdje je, dakle, mjesto preduzimanja radnje izvršenja koje je vezano za okupljanje ili boravak mladih ljudi, odnosno njegova blizina – od povišenog stepena težine i društvene opasnosti (Đorđević, Đorđević, 2020: 180–181) i

d) ako je radnju izvršenja preduzelo lice sa određenim svojstvom (*delicta propria*) – službeno lice, zdravstveni radnik, socijalni radnik, nastavnik, vaspitač ili trener na određeni način – iskorištavajući svoj položaj. Ovdje se: 1) svojstvo učinioca djela i 2) način preduzimanja radnje izvršenja – iskorišćavanje položaja ovog lica, smatraju kvalifikatornim okolnostima. Za postojanje krivičnog djela u ovom obliku potrebno je da učinilac u vrijeme izvršenja djela poseduje ovo “lično” svojstvo, te da je svjestan da svojom radnjom doprinosi na bilo koji način uživanju opojne droge od strane drugih, u prvom redu mladih ljudi (Petrović, Jovašević, 2006: 231–232).

KZ RS je u članu 123 tačka 3 izričito odredio pojam službenog lica, kao jednog od učinilaca ovog kvalifikovanog oblika djela.

Najteži oblik krivičnog djela omogućavanja uživanja opojnih droga predstavlja krivično djelo kvalifikovano težom posljedicom. Naime, ovo djelo postoji ako je usljed preduzete radnje izvršenja u bilo kom obliku ispoljavanja (podstrekavanja ili pomaganja) prouzrokuje smrt lica kojem je učinilac omogućio opojne droge. Ovo krivično djelo karakterišu sljedeći elementi (Jovašević, 2017: 217): a) radnjom izvršenja osnovnog djela je, pored osnovne posljedice u vidu apstraktne opasnosti po zdravlje, prouzrokovana teža posljedica u vidu povrede, b) teža posljedica se nalazi u uzročno-posljedičnoj vezi sa preduzetom radnjom izvršenja osnovnog oblika djela, c) teža posljedica mora biti obuhvaćena bar nehatom (nepažnjom) učinioca i d) teža posljedica se javlja u vidu nastupanja smrti

lica koje je uživalo opojnu drogu poslije preduzete radnje izvršenja u vidu podstrekavanja, odnosno pomaganja. Dakle, drugo lice u odnosu na koga je učinilac preduzeo radnju izvršenja, treba da zaista u konkretnoj situaciji uživa, upotrebi, unese opojnu drogu u svoj organizam, usljed čega nastupa njegova smrt. Za ovo djelo je propisana kazna zatvora u trajanju od tri do 15 godina.

Konačno, lakši, privilegovani oblik krivičnog djela iz člana 208 KZ RS (stav 5) postoji ako je učinilac osnovnog djela nadležnim državnim organima (policiji, tužilaštvu ili sudu) otkrio krivično delo (Petrović, 2002: 333–350). Dovoljno je za ovu privilegovanu kvalifikaciju djela da je učinilac imao saznanje o izvršenom krivičnom djelu omogućavanja uživanja opojnih droga, odnosno o njegovom učiniocu, zatim da je objektivno bio u mogućnosti da to djelo prijavi, te da je ovo krivično djelo zaista otkrio, bilo prijavljivanjem (putem usmene, pisane, potpisane, anonimne ili psudonimne prijave), bilo na drugi način, nadležnim državnim organima. U ovom slučaju učinilac djela se može potpuno osloboditi od propisane kazne u zakonu, što predstavlja samo fakultativnu mogućnost suda.

3. ZAKLJUČAK

U savremenom društvu postoji više univerzalnih međunarodnih dokumenata (donijetih u okviru ili pod okriljem Organizacije Ujedinjenih nacija), odnosno regionalnih dokumenata (donijetih u okviru Evropske unije) kojima se uređuje pravni sistem upotrebe, odnosno (zloupotrebe) prirodnih ili sintetičkih opojnih droga i sa njom srodnih supstancija. Svi ovi dokumenti donijeti su sa ciljem sprečavanja i suzbijanja zloupotrebe opojnih droga, a posebno nedozvoljene proizvodnje i nedozvoljenog prometa opojnih droga, psihotropnih supstanci i biljaka iz kojih se može dobiti opojna droga, te supstanci koje se mogu upotrijebiti za proizvodnju opojnih droga ili psihotropnih supstanci.

Na bazi prihvaćenih i ratifikovanih dokumenata, u pravnom sistemu Republike Srpske uspostavljen je efikasan sistem mjera sprečavanja i suzbijanja zloupotrebe opojnih droga. Tome u prvom redu doprinosi, pored zdravstvenih (medicinskih) zakona, i Državna strategija nadzora nad opojnim drogama, sprečavanja i suzbijanja zloupotrebe opojnih droga u Bosni i Hercegovini za period 2018–2023. godine. Na prvom mjestu oblast proizvodnje (uzgoja), prerade, prometa ili posjedovanja opojnih droga i sličnih supstanci prirodnog ili sintetičkog porijekla uređena je odredbama Zakona o proizvodnji i prometu opojnih droga Republike Srpske.

Postupanjem fizičkih ili pravnih lica, protivno odredbama ovih zakona, zapravo se ostvaruju obilježja pojedinih krivičnih djela (odnosno prekršaja) u

vezi sa zloupotrebom opojnih droga. Konačno, sva četiri krivična zakona, poslije reforme 2003. godine, sa primjenom u Bosni i Hercegovini u posebnom dijelu predviđaju jedno ili više krivičnih djela u osnovnom ili težim oblicima ispoljavanja za koja su propisane stroge kazne zatvora (odnosno druge krivične sankcije). Predmet razmatranja u ovom radu jesu odredbe KZRS, s obzirom na njegovu sadržinu i brojne specifičnosti u pogledu propisivanja sistema krivične odgovornosti/kažnjivosti za različite oblike pribavljanja, proizvodnje, prerade i stavljanja u promet opojnih droga, odnosno omogućavanja (podstrekavanja ili pomaganja) njihovog uživanja.

Zakon o sprečavanju i suzbijanju zloupotrebe opojnih droga Republike Srpske, sa ciljem sprečavanja protivpravnih djelatnosti u vezi sa opojnim drogama, propisuje sistem zabranjenih materija prirodnog ili sintetičkog porijekla, kao i različita postupanja fizičkih ili pravnih u vezi sa njima, kao i načine i uslove za to. Upravo odstupanjem od njegovih odredaba ostvaruju se obilježja kažnjivih delikata u Republici Srpskoj.

Na taj način se u Republici Srpskoj uspostavlja efikasan sistem zaštite od mogućnosti narušavanja ili povrede zdravlja (individualno neodređenog broja) ljudi protivpravnim aktivnostima koje su vezane za zloupotrebu opojnih droga. Postupanjem u skladu sa medicinskim zakonodavstvom preventivno se ta zaštita ostvaruje na zadovoljavajućem nivou. No, u slučaju postupanja protivno odredbama zdravstvenog zakonodavstva, na kraju, kao posljednje odsudno sredstvo (*ultima ratio*) krivično zakonodavstvo predviđa sistem odgovornosti i kažnjivosti za određena krivična djela.

S obzirom na to da je Bosni i Hercegovini cilj integracija u Evropsku uniju, od velikog značaja je povezivanje i saradnja s međunarodnim organizacijama i drugim tijelima kao što su UN Ured za droge i kriminal (United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC), Program za razvoj Ujedinjenih naroda (United Nations Development Program – UNDP), Komisija za opojne droge (Commission on Narcotic Drugs – CND), Međunarodni odbor za kontrolu narkotika (International Narcotics Control Board – INCB), Svjetska zdravstvena organizacija (WHO), Svjetska carinska organizacija (WCO), Pompidou grupa Vijeća Evrope, INTERPOL, SECI centar i agencijama Evropske unije (Europol, Eurojust, EMCDDA).

LITERATURA

1. Atanacković, D. (1981). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Naučna knjiga.
2. Babić, M., Marković, I. (2017). *Krivično pravo. Posebni dio*. Banja Luka: Pravni fakultet.
3. Bukelić, J. (1981). *Droga – mit i bolest*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
4. Cvjetko, B. (2001). *Zlouporeba opojnih droga i kaznenopravni položaj maloljetnih osoba – medicinski i pravni mehanizmi za zaštitu djece od zlouporebe sredstava ovisnosti i zlostavljanja*. Zagreb: Pravni fakultet.
5. Cvjetko, B. (2003). “Kazneno zakonodavstvo i kaznenopravna reakcija na kazneno djelo zlouporebe opojnih droga u Republici Hrvatskoj”. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, (2), 909–939.
6. Čejović, B., Miladinović, V. (1995). *Krivično pravo. Posebni deo*. Niš: SKC.
7. Degan, V.Đ., Pavišić, B. (2005). *Međunarodno kazneno pravo*. Rijeka: Pravni fakultet.
8. Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2020). *Krivično pravo*. Beograd: Projuris.
9. Đukić, S. (2008). “Zloupotreba opojnih droga sa osvrtom na bezbjednost učenika”. *Defendologija*. Banja Luka (21–22), 113–120.
10. Erkić, D. (2012). *Zloupotreba opojnih droga*. Zvornik: Eurografika.
11. Golubović, S. (2005). *Droge – istine i zablude*. Niš: Zograf.
12. Javor, I. (2006). “Prekursori”. *Carinski vjesnik*. Zagreb, (10), 39–52.
13. Jovašević, D., Ikanović, V. (2015). *Međunarodno krivično pravo*. Banja Luka: Univerzitet Apeiron.
14. Jovašević, D. (2017). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Dosije.
15. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017). *Krivično pravo Republike Srpske, Posebni deo*. Banja Luka: Univerzitet Apeiron.
16. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2021). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*. Banja Luka: Službeni glasnik.
17. Karović, S., Simović, M. (2021). “Kompleksnost otkrivanja, istraživanja i dokazivanja krivičnih djela iz oblasti zloupotrebe opojnih droga”. *Izbor sudske prakse*, Beograd, god. 29, broj 4, 62–68.
18. Klarić, D. (200). “Današnji trendovi kriminala u svetu sa zluporabom droga i važne karakteristike kriminalističko metododičkog pristupa u suzbijanju”. *Policija i sigurnost*, Zagreb (3-4), 219–242.
19. Kozary, D. (2012). “Programi za sprječavanje zlouporebe opojnih droga u svijetu i u Hrvatskoj”. *Pravni vjesnik*, Osijek, (1) 193-206.
20. Kubin, M. (2011). *Kazneno djelo zlouporebe opojnih droga na području Virovitičko-podravške županije*. Zagreb: Pravni fakultet, magistarski rad.
21. Lazarević, Lj. (1993). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Savremena administracija.
22. Moslovac, B. (2019). “Strogoća načela zakonitosti na kušnji – normiranje droge”, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, (6), 37–40.

23. Mrvić Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
24. Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
25. Petković, Ž. (2005). “Aktivnosti vezane za suzbijanje ponude opojne droge u Republici Hrvatskoj”. *Policija i sigurnost*, Zagreb (1–6), 191–203.
26. Petković, Ž. (2006). “Svjetski trendovi zlouporabe, proizvodnje i krijumčarenja opojnih droga”. *Policija i sigurnost*, Zagreb (5–6), 317–330.
27. Petković, Ž. (2009). “Fenomenologija zlouporabe opojnih droga u Republici Hrvatskoj sa osvrtom na trenutnu situaciju u svijetu”, *Kriminologija i socijalna integracija*. Zagreb, (2), 115–120.
28. Petrović, B. (1997). “Zloupotreba droga u svijetlu našeg krivičnog zakonodavstva”. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 157–168.
29. Petrović, B. (2002). “O drogama koje se najčešće zloupotrebljavaju”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 287–310.
30. Petrović, B. (2002). “Evolucija inkriminacije o zlupotrebi opojne droge”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 334–339.
31. Petrović, B. (2004). *Narkokriminal*. Sarajevo: Pravni fakultet.
32. Petrović, B., Jovašević, D. (2006). *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.
33. Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično pravo*. Sarajevo: Pravni fakultet.
34. Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.
35. Petrović, S. (2001). *Droga i ljudsko ponašanje*. Beograd: AGM Knjiga.
36. Ramah, A. (2001). *Psihoaktivne supstance – dejstva, posledice, lečenje*. Beograd: Interprint.
37. Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo. Splošni del in osnove posebnega djela*. Ljubljana: GV Založba.
38. Simović, M. (1990). “Pravni seminar – Suzbijanje ilegalne trgovine opojnim drogama”. *Pravna misao*, Sarajevo, god. XXI, broj 5–6, 85–88.
39. Simović, M. (1990). “Odjeljenje za opojne droge Organizacije ujedinjenih nacija: Suzbijanje ilegalne trgovine opojnim drogama”. *Bezbjednost*, Beograd, god. XXXII, broj 1, 100–104.
40. Simović, M., Bisić, A., Silajdžić, M., Bisić, M., Kremić, E. (2016). *Sprečavanje i suzbijanje zloupotrebe opojnih droga s osvrtom na krivičnopravni aspekt*. Sarajevo: Fineks.
41. Simović, M., Jovašević, D., Simović, V. (2015). *Zloupotreba opojnih droga u krivičnom zakonodavstvu Turske, Kine i Luksemburga*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli, broj 2, 90–108.
42. Simović, M., Jovašević, D., Simović, V. (2016). *Zloupotreba opojnih droga u njemačkom i švajcarskom krivičnom pravu*. Izbor sudske prakse, Beograd, god. 24, broj 1, 66–69.
43. Simović, M., Šikman, M., (2017). *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*. Banja Luka: Pravni fakultet.

44. Stojanović, Z., Perić, O. (2000). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet.
45. Stojanović, Z. (2002). *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*. Beograd: Službeni list.
46. Stojanović, Z., Delić, N. (2013). *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet.
47. Tripalo, D. (2003). "Kaznenopravni aspekti zlouporabe droga". *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, (2), 553–585.
48. Turković, K., et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
49. Zimonja, O. (2013). "Otkrivanje i dokazivanje krivičnog djela neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga". *Bezbjednost, policija, građani*, Banja Luka, (3-4), 61–74.

Marina M. Simović¹⁸
Vladimir M. Simović¹⁹

SUPPRESSION OF DRUG ABUSE IN THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND INTERNATIONAL STANDARDS

Abstract: *Man and his basic values (which, in addition to life and physical integrity, also include health) are in the first place in the system of goods and values that are protected by the criminal legislation of Bosnia and Herzegovina. Among criminal offenses against human health, the offenses that harm or threaten people's health through various illegal activities related to the abuse of narcotic drugs and other psychoactive substances stand out. These criminal offenses are threatened with severe sentences of imprisonment, as well as other criminal sanctions (security measures of medical nature or confiscation of objects). These criminal offenses are based on international standards established in the documents of the United Nations Organization, that is, the European Union. Based on these standards, the provisions of domestic medical (health) legislation establishing legal activities of physical and legal persons in connection with production, trafficking and distribution of narcotic drugs and similar substances were constituted.*

Key words: *narcotic drugs, law, criminal offense, responsibility, Bosnia and Herzegovina.*

¹⁸ Secretary of the Ombudsman for Children of the Republika Srpska and Associate Professor at the Faculty of Law, University Apeiron Banja Luka

¹⁹ Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina; Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka

ОБАВЕЗНО ИЗРИЦАЊЕ МЈЕРЕ БЕЗБЈЕДНОСТИ ЗАБРАНА ВРШЕЊА ПОЗИВА, ДЈЕЛАТНОСТИ ИЛИ ДУЖНОСТИ

Доц. др Игор Петковић¹

Анстракт: Законом о измјенама и допунама Кривичног законика Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ број: 15/21) уведен је члан 330а „Обавезно изрицање мјере безбједности забране вршења позива, дјелатности или дужности“. Наведени члан гласи: „За кривична дјела из чл. 315, 319 и 321 овог законика, суд учиноцу изриче мјеру безбједности забране вршења позива, дјелатности или дужности, под условима прописаним у члану 77 овог законика.“

У овом раду разложићемо ову законску измјену.

Кључне ријечи: мјере безбједности, корупциона кривична дјела, облигаторност одредбе.

Мјере безбједности су посебна врста кривичних санкција, по својој природи и циљевима различите од казне. Настале су знатно касније него казна, на прелазу из 19. у 20. вијек, као идеја појединих учења, тзв. „школа“ о потреби друштвене реакције на криминалитет која је сврсисходнија и кориснија у односу на поједине категорије учинилаца кривичних дјела од казне. То се посебно односило на душевно болесне, алкохоличаре или вишеструке повратнике у погледу којих се дотадашњи систем кажњавања показао као неефикасан.

Њихово усвајање и увођење у национална законодавства основ је за насталу подјелу, такозвани дуалистички систем кривичних санкција, на казне и мјере безбједности. Прилагодљивост и бројност мјера безбједности омогућила је потпуније остваривање сврхе кривичних санкција и, без об-

¹ Доцент на Правном факултету Универзитета у Источном Сарајеву e-mail: igor.petkovic@pravni.ues.rs.ba

зира на то да ли се изричу уз казну или самостално, мјере безбједности су оправдале своје постојање. Оне су санкције примарно специјално превентивне и за разлику од казне не зависе од степена кривичне одговорности учиниоца. Мјере безбједности не садрже социјално-етички прекор који се учиниоцу упућује у случајевима када му се изриче казна, већ је у њиховој основи захтјев да се отклоне одређена стања или услови који могу утицати на учиниоца да настави да врши иста или слична дјела. Кривични законик у оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврху мјера безбједности одређује као отклањање стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дјела (члан 71). „Под стањем се подразумева одређено психичко стање учиниоца кривичног дјела које може наступити услед различитих околности, као што су душевна обољења, различити видови душевне поремећености, зависности од опојних средстава и сл. Да би се могла изрећи мјера безбједности потребно је да између таквог стања личности и извршеног кривичног дјела постоји узрочна веза и да је за његово отклањање нужна примјена одговарајуће мјере безбједности. Под условима најчешће се подразумевају одређене ситуације које су дјеловале, а које могу и у будућности дјеловати на учиниоца да изврши кривично дјело. За разлику од стања које је субјективна категорија јер је везано за личност учиниоца, услови представљају објективну ситуацију која углавном подразумева однос учиниоца са средином, те прилике у којима живи и ради (нпр. природа дјелатности коју обавља, његово занимање и сл.). За примјену мјера безбједности потребно је да су „стање и услови“ такви да се са великом вјероватноћом може закључити да ће конкретни учинилац поново извршити кривично дјело, те да се том мјером безбједности они могу отклонити (Бабић, 2021, 460).

Суд може изрећи једну или више мјера безбједности кад постоје услови за њихово изрицање прописани Закоником (члан 73). Услове дијелимо на опште и посебне. Они морају бити кумулативно испуњени. Општи услов је опасност учиниоца да ће поново извршити кривично дјело под утицајем стања или услова који могу бити од утицаја на поновно извршење кривичног дјела. Посебни услов за изрицање мјере безбједности Забране вршења позива, дјелатности или дужности је постојање опасности да ће вршење позива, дјелатности или дужности поново довести до извршења кривичног дјела (Бабић, 2021, 463).

Чланом 77 прописано је: (1) Мјеру безбједности забране потпуног или дјелимичног обављања позива, дјелатности или дужности суд ће изрећи учиниоцу који је злоупотрејио свој позив, дјелатност или дужност

за извршење кривичног дјела, ако постоји опасност да ће обављањем тог позива, дјелатности или дужности поново извршити кривично дјело. (2) Учиноцу кривичног дјела учињеног на штету полног интегритета дјетета изриче се мјера безбједности забране потпуног вршења позива, дјелатности или дужности, при чијем обављању се остварује непосредан контакт са дјецом. (3) Суд одређује трајање мјере безбједности из става 1 овог члана, које не може бити краће од једне ни дуже од десет година, рачунајући од дана правноснажности одлуке, с тим да се вријеме проведено у затвору, односно у установи за лијечење и чувања не урачунава у вријеме трајања ове мјере. Мјера безбједности из става 2 овог члана изриче се без временског ограничења. (4) Ако је мјера безбједности из ст. 1 или 2 овог члана изречена уз условну осуду, а учинилац кривичног дјела током времена провјеравања прекрши забрану вршења позива дјелатности или дужности, условна осуда ће се опозвати. (5) Законом се може одредити обавезно изрицање ове мјере безбједности.

Измјенама законског текста из 2013. године, законодавац је унаприједио и побољшао дотадашње законско рјешење по ком се ова мјера безбједности могла изрећи само у случајевима када је извршено кривично дјело у вези са имовином која је извршиоцу била повјерена или којој је имао приступ који му је омогућавао његов службени положај. Имајући у виду евентуалне злоупотребе службеног положаја које нису у вези са имовином, ово представља значајно законско побољшање и отвара ширу могућност примјене ове мјере безбједности.

За њену примјену потребно је кумулативно испуњење два услова. Првог, да је учинилац извршио кривично дјело злоупотребом свог позива, дјелатности или дужности, и другог, да постоји опасност да ће обављањем тог позива дјелатности или дужности поновно извршити кривично дјело. Злоупотребом се сматра такво обављање позива, дјелатности или дужности које није у интересу законитог, правилног и уредног обављања службе већ када се позив, дјелатност или дужност користе за извршење кривичног дјела. Процјена опасности поновљеног вршења кривичних дјела је *questio facti* и утврђује се кроз личност учиниоца, његово раније вршење кривичних дјела, итд. Законик из 2017. године прописао је забрану потпуног вршења позива, дјелатности или дужности, дакле потпуно и трајно, учиниоцима кривичних дјела учињених на штету полног интегритета дјетета при чијем обављању се остварује непосредан контакт са дјецом. У осталим случајевима, уз потпуну, могућа је и дјелимична забрана обављања позива, дјелатности или дужности а временско трајање ове мјере безбједности суд

одређује у трајању које не може бити краће од једне ни дуже од десет година, Не постоје законске сметње да се поред изрицања у годинама ова мјера безбједности одреди и у мјесецима (Бабић, 2021, 474). Суд одређује трајање мјере безбједности које не може бити краће од једне ни дуже од десет година, рачунајући од дана правноснажности одлуке, с тим да се вријеме проведено у затвору, односно у установи за лијечење и чување не урачунава у вријеме трајања ове мјере. У случајевима кад је изречена уз условну осуду, у случају да учинилац у току времена провјеравања прекрши забрану вршења позива, дјелатности или дужности, условна осуда ће бити обавезно опозвана.

Законик у члану 94 прописује могућност и услове за примјену престанка мјере безбједности забране обављања позива, дјелатности или дужности на основу судске одлуке. Суд може одлучити да престане ова мјера безбједности ако су протекле три године од дана њеног примјењивања. При оцјени да ли ће одредити престанак мјере безбједности, суд ће узети у обзир понашање осуђеног након осуде, његову спремност да накнади штету проузроковану кривичним дјелом и да врати имовинску корист стечену извршењем кривичног дјела, као и друге околности које указују на оправданост престанка мјере безбједности.

Посебним ставом (5) прописана је законска могућност обавезног изрицања ове мјере. Ова могућност релизована је у члану 330а КЗРС који гласи: За кривична дјела из чл. 315, 319 и 321 овог законика, суд учиноцу изриче мјеру безбједности забране вршења позива, дјелатности или дужности, под условима прописаним у члану 77 овог законика. Побројаним члановима инкриминисани су Злоупотреба службеног положаја или овлаштења (члан 315), Примање мита (члан 319.) и Трговина утицајем (члан 321). Како се ради о корупционим кривичним дјелима, осјетно је настојање законодавца да у овим случајевима интензивира значај и примјену ове мјере безбједности, те да је кроз облигаторност изрицања за ова дјела приближи споредним казнама.

Злоупотребу службеног положаја или овлаштења (члан 315 КЗРС) Законик инкриминише на сљедећи начин: (1) Службено или одговорно лице које искориштавањем свог службеног положаја или овлаштења, прекорачењем границе свог службеног овлаштења или неизвршењем своје службене дужности прибави себи или другом неку корист, другом нанесе штету или теже повриједи права другог, казниће се казном затвора од једне до пет година. (2) Ако је дјелом из става 1 овог члана прибављена имовинска корист у износу који прелази 10.000 КМ, учинилац ће се казнити казном

затвора од једне до десет година, а ако тај износ прелази 50.000 КМ, казниће се казном затвора од двије до дванаест година. (3) Казнама из ст. 1 и 2 овог члана казниће се и страном службено лице или одговорно лице у страном правном лицу које има представништво или врши дјелатност у Републици Српској, или лице које врши послове од јавног интереса ако је дјело извршено у периоду вршења његових овлаштења или дужности. (4) Ако је дјело из ст. 1, 2 и 3 овог члана извршено при вршењу јавних набавки или на штету средстава буџета Републике Српске, јавних фондова или других јавних средстава, учинилац ће се казнити казном затвора од три до петнаест година.

Злоупотреба службеног положаја или овлаштења представља опште кривично дјело против службене дужности, како с обзиром на извршиоца тако и имајући у виду прописану радњу извршења. За разлику од Кривичног закона Босне и Херцеговине, у Кривичном законнику Републике Српске ова инкриминација је на првом мјесту у класификацији кривичних дјела против службене дужности. Она представља опште кривично дјело против службене дужности у смислу да ће у случају извршења још неког кривичног дјела из ове главе постојати привидни стицај по принципу супсидијаритета, те ће се сматрати да постоји само то друго кривично дјело против службене дужности. „У теорији и судској пракси споран је идеални стицај овог и дјела примања мита, односно поклона или друге користи. Према једнима, требало би узети да постоји стицај (нпр. Бачић, стр. 386), док у судској пракси претеже становиште да је и овдје стицај привидан по основу специјалитета (Бабић, Марковић, 2018, 268). Сматра се неоправданим поступање судске праксе у оним случајевима кад без утврђивања постојања испуњености елемената бића неког другог кривичног дјела констатује постојање кривичног дјела злоупотребе службеног положаја (Стојановић, 2012, 942).²

Радња извршења основног облика Злоупотребе службеног положаја или овлаштења одређена је алтернативно, као искориштавање службеног положаја или овлаштења, као прекорачење граница службеног положаја или овлаштења, или као невршење службене дужности. Док је за одређивање појма искориштавања службеног положаја или овлаштења ријеч о радњама које су у формалном смислу у прописаним границама а у мате-

² Овај аутор истиче да је у питању „резервно биће кривичног дјела“ које треба користити онда када се нису стекла обиљежја неког другог кривичног дјела против службене дужности или кривичног дјела против привреде.

ријалном смислу супротне задацима и интересима службе – неријетко је од значаја мотив за њихово предузимање – овдје је то лични интерес или интерес неког другог лица а не интерес службе и њеног правилног обављања; код појма прекорачења граница службеног положаја или овлаштења учинилац прекорачује границе свог овлаштења утврђена прописима дате службе и предузима радњу која је у надлежности другог службеног лица или друге службе, односно поступа без овлаштења које је у конкретном случају неопходно; Невршење службене дужности постоји како у случају када учинилац уопште не предузима службену радњу коју је дужан предузети, тако и када је предузима на начин који онемогућава или обесмишљава циљ који се треба остварити њеним предузимањем, нпр. толико одуговлачи са предузимањем радње да њено касно предузимање губи сврху (Бабић, Марковић, 2018, 268).

Посљедица овог дјела састоји се у прибављању себи или другом неке користи, наносења штете другоме или у тежој повреди права другог. Под коришћу сматра се као имовинска тако и неимовинска корист „којом се ствара повољнији положај за одређено лице у било којој сфери друштвеног живота“ (ОСБ Кж. 2013/91). Ради се о материјалном кривичном дјелу, што значи да посљедица мора да наступи, у противном ради се о покушају.

Субјективну страну кривичног дјела чини умишљај.

Тежи облици постоје ако врједност имовинске користи прибављене извршењем прелази 10.000 КМ односно 50.000 КМ. Посебним ставом предвиђена је одговорност страног службеног или одговорног лица у страном правном лицу које има представништво или врши дјелатност у Републици Српској, као и лица које врши послове од јавног интереса ако је дјело извршено у периоду вршења његових овлаштења или дужности.

Најтежи облик постоји ако је неки од наведених облика извршен при вршењу јавних набавки или на штету средстава Буџета Републике Српске, јавних фондова или других јавних средстава.

Примање мита (члан 319 КЗРС) Законик одређује на сљедећи начин:

(1) Службено или одговорно лице које захтијева или прими поклон или другу корист или које прими обећање поклона или друге користи за себе или другог да у оквиру свог службеног овлаштења или у вези са својим службеним овлаштењем изврши службену радњу коју не би смјело извршити, или да не изврши службену радњу коју би морало извршити, казниће се казном затвора од двије до десет година. (2) Службено или одговорно лице које захтијева или прими поклон или другу корист, или које прими обећање поклона или друге користи за себе или другог да у оквиру свог

овлаштења или у вези са својим овлаштењем изврши службену радњу коју би морало извршити, или да не изврши службену радњу коју не би смјело извршити, казниће се казном затвора од једне до осам година. (3) Службено или одговорно лице које послѣје извршења, односно неизвршења службене радње наведене у ст. 1 и 2 овог члана, а у вези са њом, захтијева или прими поклон или другу корист, казниће се казном затвора од шест мјесеци до пет година. (4) Страно службено или одговорно лице које учини дјело из ст. 1, 2 и 3 овог члана казниће се казном за то дјело. (5) Примљени поклон или имовинска корист стечена извршењем дјела из овог члана одузеће се.

Примање мита назива се и пасивним подмићивањем. Разликују се његова три облика: а) Право пасивно подмићивање које постоји када службено или одговорно лице захтијева или прими поклон или другу корист или прими обећање поклона или друге користи за себе или другог да у оквиру свог службеног овлаштења или у вези са својим службеним овлаштењем изврши службену радњу коју не би смјело извршити, или да не изврши службену радњу коју би морало извршити, б) Неправо пасивно подмићивање постоји кад службено или одговорно лице захтијева или прими поклон или другу корист, или које прими обећање поклона или друге користи за себе или другог да у оквиру свог овлаштења или у вези са својим овлаштењем изврши службену радњу коју би морало извршити, или да не изврши службену радњу коју не би смјело извршити, в) Накнадно пасивно подмићивање постоји кад службено или одговорно лице послѣје извршења, односно неизвршења службене радње, а у вези са њом, захтијева или прими поклон или другу корист.

Радњу извршења правог пасивног подмићивања представља захтијевање или примање поклона или друге користи или примање обећања поклона или друге користи за себе или другог. За постојање дјела није од значаја од кога је потекла иницијатива, нити је од значаја да ли је то учињено на изричит начин или прећутно. Кривично дјело се исцрпљује у самој радњи захтијевања или примања поклона или друге користи или примање обећања поклона или друге користи, нема послједицу у ужем смислу, из чега произлази да покушај није могућ. Није од значаја вриједност мита. Важно је да се ради о незаконитом поступању службеног или одговорног лица које у оквиру свог службеног овлаштења за награду поступа незаконито. Извршење радње ради које се мито даје није дио бића овог кривичног дјела тако да у случају када и та радња буде предузета (ако су остварени елементи бића неког и другог кривичног дјела) постојаће стицај примања мита и тог другог кривичног дјела.

Неправо пасивно подмићивање разликује се у врсти службене радње због које се мито захтијева или прима. Овдје је то извршење радње у оквиру службеног овлаштења или у вези са овлаштењем коју би службено или одговорно лице морало извршити, или неизвршење радње коју оно не би смјело извршити. Нужно је постојање узрочне везе између накнадног подмићивања и претходног поступања службеног или одговорног лица, уз вођење рачуна о томе да ли је мито обећано унапријед јер у том случају постојаће један од два претходна облика овог дјела.

Код накнадног пасивног подмићивања инкриминисано је захтијевање или примање поклона или друге користи последице извршења, односно неизвршења службене радње, без обзира на то да ли је службена радња незаконита или законита.

Примање мита је умишљајно кривично дјело. Оно је и *delicta propria*, јер учинилац може бити само службено или одговорно лице. Кривични законик предвиђа и кривичну одговорност страног службеног и одговорног лица. Посебним ставом прописано је одузимање примљеног поклона или имовинске користи стечене извршењем дјела.

Трговина утицајем (члан 321 КЗРС) инкриминисана је на сљедећи начин: (1) Ко захтијева или прими награду или неку другу корист за себе или другог, непосредно или преко трећег лица, да кориштењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја, посредује да се изврши или не изврши нека службена радња, казниће се казном затвора од једне до пет година. (2) Ко другом непосредно или преко трећег лица понуди или да награду или неку другу корист да, кориштењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја, посредује да се изврши или не изврши нека службена радња, казниће се казном затвора до три године. (3) Ко користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смјела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити, казниће се казном затвора од једне до осам година. (4) Ко другом непосредно или преко трећег лица обећа, понуди или да награду или неку другу корист да, користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај, посредује да се изврши службена радња која се не би смјела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити, казниће се казном затвора од шест мјесеци до пет година. (5) Ако је за посредовање из става 3 овог члана захтијевана или примљена награда или нека корист, учинилац ће се казнити казном затвора од двије до дванаест

година. (6) Страно службено или одговорно лице које учини дјело из ст. 1 до 4 овог члана казниће се за то дјело. (7) Награда или имовинска корист стечена извршењем дјела из овог члана одузеће се.

Трговина утицајем³ је кривично дјело код ког је у оквиру истог члана дат и активни (2 и 4) и пасивни облик (ст. 1 и 3). „Од давања мита разликује се по томе што овдје извршилац службеном лицу не даје мито, већ само на њега врши утицај ауторитетом своје службене или друштвене позиције, а од примања мита у томе што извршилац не прима мито како би он извршио или пропустио да изврши неку службену радњу, већ ради тога да би извршио утицај на друго службено лице да оно то учини“ (Бабић, Марковић, 2018, 281). Суштину кривичног дјела представља посредовање кориштењем службеног или друштвеног положаја, поступање са те позиције, кориштењем ауторитета службе или положаја у друштву.

Радња извршења основног облика је захтијевање или примање награде или неке друге користи за себе или другог, непосредно или преко трећег лица, да се кориштењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја, посредује да се изврши или не изврши нека службена радња. За основни облик из става 1 неопходно је да се ради о законитој службеној радњи. За довршено дјело није потребно да је до посредовања и дошло. Посредовање које је и извршено не представља овај облик кривичног дјела (облик из става 1 представља неправо противзаконито посредовање).

Радња другог облика из става 2 остварује се, непосредно или преко трећег лица, нуђењем или давањем награде или неке друге користи да (кориштењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја) посредује да се изврши или не изврши нека службена радња (неправо активно посредовање).

Суштина трећег облика ове инкриминације је у посредовању да се изврши нека радња која се није смјела извршити или да се не изврши нека радња која би се морала извршити, кориштењем свог службеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја. Овдје се посредује да се изврши незаконита радња. Дјело је довршено самим утицајем на службено лице. За разлику од облика из става 1, овдје је потребно да је посредовање извршено. Ако је при томе примљен поклон или нека корист, радиће се о квалификованом облику из става 5 (право противзаконито посредовање).

³ Ранији назив је Противзаконито посредовање.

Ставом 4 инкриминише се нуђење или давање награде или неке друге користи да се, користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај, посредује да се изврши службена радња која се не би смјела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити (право активно противзаконито посредовање).

КЗРС прописује да ће се страни службено или одговорно лице које учини дјело из ст. 1 до 4 овог члана казнити за то дјело. Може се поставити питање шта је са ставом 5 кад је учинилац страни службено или одговорно лице? Кривичноправна конвенција о корупцији предвиђа одговорност страног службеног лица.⁴

Прописано је обавезно одузимање награде или имовинске користи стечене извршењем овог кривичног дјела. У пракси и теорији спорна је природа ове мјере: ради ли се о одузимању имовинске користи прибављене кривичним дјелом или о мјери безбједности Одузимање предмета.

Посебан значај за примјену наведених одредаба има одређење друштвеног положаја и стварног или претпостављеног утицаја. Ова дилема не постоји кад је ријеч о службеном или одговорном лицу јер Законик даје значење ових појмова.⁵ У вези са тиме је и својство учиниоца. Учиниоца може бити само лице које такво стварно или претпостављено својство има.

Дана 09.02.2022. године, упутили смо захтјев за информацију судовима, са питањем: Од ступања на снагу Закона и измјенама и допунама Кривичног законика Републике Српске („Службени гласник РС“, број: 15/21) колико пута је изречено Обавезно изрицање мјере безбједности забране вршења позива, дјелатности или дужности у складу са чланом 330а?

Као узорак узели смо податке основних судова Бања Лука, Бијељина и Требиње. Сматрали смо да за потребе оваквог рада једногодишњи период облигаторне примјене одредбе члана 330а може бити видљив. Резултати које смо добили су сљедећи:

Основни суд у Бијељини провјером кроз евиденцију суда за наведену врсту података и систем за аутоматско управљање предметима *CMS* утврдио је да код овог суда у периоду од ступања на снагу Закона о измјенама и допунама Кривичног законика Републике Српске („Службени гласник

⁴ Кривичноправна конвенција о корупцији усвојена је 27. јануара у 1999. године у Стразбуру, а објављена у Службеном гласнику БиХ – Међународни уговори, број: 3/2001.

⁵ Вид. члан 123 КЗРС

Републике Српске“ број: 15/21) до данас⁶ није изречена ни једном мјера безбједности Забране вршења позива, дјелатности или дужности.

Основни суд у Требињу доставио нам је истоврстан одговор: у наведеном периоду ова мјера безбједности у складу са наведеним чланом није изречена ни један пут.⁷

Основни суд у Бањој Луци дописом број: 071-0-Su-22-000419 од 21.02.2022. године доставио је информацију да „од дана 03.03.2021. године па до дана достављања наведеног дописа, као и на основу изјашњења судија кривичног реферата поводом предметног тражења утврдили смо да овај суд нема изречених санкција које се односе на изрицање мјере безбједности забране вршења позива, дјелатности или дужности у складу са чланом 330а.“

1. ЗАКЉУЧАК

Шта можемо закључити на основу наведеног? Да ли је посматрани период ипак кратак? Готово цијела календарска година у правосудном смислу није мало. Колико је ових кривичних дјела у том периоду извршено и колико је осуђујућих пресуда за њих донесено током трајања овог времена? Ово значи да за наведена коруптивна кривична дјела нису изрицане осуђујуће пресуде пред три велика основна суда у Републици Српској. Јер да је било осуда било би и изрицања наведених мјера безбједности – њихово изрицање је у наведеним случајевима, како је то већ објашњено, облигаторно за суд који одлучује. Значи ли ово да измјене КЗ-а из 2021. нису дале очекивани резултат и да умјесто заоштравања казнене репресије (ако је то био циљ њиховог доношења) (п)остају слово на папиру? Значи ли то онда да је претјерано потенцирање обима корупције кроз различите извјештаје оних који прате ову појаву? Јер да има корупције било би и пресуда за ове, својеврсне „представнике“ корупционих инкриминација. Или то значи да законодавац погрешно ослушкује и бира средства за борбу против исте? Или је уведеним одредбама постигнут задати циљ? Можда оне заиста дјелују превентивно и одвраћајуће. Ако се вратимо на специјалнопревентивни карактер мјера безбједности, као и на опште (не)познавање кривичних одредаба, то не изгледа убједљиво.

⁶ Допис Основног суда у Бијељини, број: 080-0-Su-22-000 023 (-6) од 18.02.2022. године.

⁷ *E-mail* доставила гђа секретар Суда, дана 22. фебруара.

2. ЛИТЕРАТУРА:

1. М. Бабић, Коментар Кривичног законика Републике Српске, Графомарк, Бања Лука 2021.
2. М. Бабић, И. Марковић, Кривично право Посебни дио, Бања Лука 2018.
3. М. Бабић, Љ. Филиповић, И. Марковић, З. Рајић, Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, Књига I, Сарајево 2005.
4. З. Стојановић, Коментар Кривичног законика Србије, Службени гласник, Београд 2012.
5. Кривични законик Републике Српске, Службени гласник РС бр: 64/17, 104/18, 15/21 и 89/21.
6. Кривичноправна конвенција о корупцији, Службени гласник БиХ – Међународни уговори, бр: 3/2001.

Assistant Professor Igor Petković, LL.D.⁸

MANDATORY STATEMENT OF SECURITY MEASURES PROHIBITION OF EXERCISE OF PROFESSION, ACTIVITY OR DUTIES

***Abstract:** What can we conclude based on the above? Is the observed period still short? Almost the entire calendar year is not a little in the judicial sense. How many judgments were made during this time? This means that no convictions have been handed down for the mentioned corrupt criminal acts before the three major basic courts in the Republic of Srpska. Because if there had been convictions, there would have been the imposition of the aforementioned security measures - their imposition in the aforementioned cases, as already explained, is mandatory for the deciding court. Does this mean that the amendments to the CC from 2021 did not give the expected result and that instead of tightening criminal repression (if that was the goal of their adoption) remain a letter on paper. Does this mean that the changes to the CC from 2021 did not give the expected result and that instead of tightening the criminal repression (if that was the goal of their adoption) they (p)remain a letter on paper. Does this mean that the extent of corruption is exaggerated through the various reports*

⁸ Faculty of Law, University of East Sarajevo

of those who follow this phenomenon? Because if there was corruption, there would be judgments for these, a kind of “representatives” of corruption incriminations. Or does it mean that the legislator is listening wrongly and chooses the means to fight against it? Or the set goal was achieved with the introduced provisions. Perhaps they really have a preventive and deterrent effect. If we return to the special preventive nature of security measures, as well as the general (un) knowledge of criminal provisions, it does not look convincing.

Key words: *Security measures, Corruption crimes, Mandatory provisions.*

ПРАВО СВЈЕДОКА ДА НЕ ОДГОВАРА НА ПОЈЕДИНА ПИТАЊА ПРЕМА ИЗМЈЕНАМА ЗКП РС

Проф. др Младенка Говедарица¹

Апстракт: Поред установе ослобађања свједока од дужности свједочења која се односи на ослобађање од давања исказа у цјелини, коју имају само одређене категорије свједока, у кривичном процесном праву имамо и установу право свједока да не даје одговор на поједина питања, дакле ова установа се односи само на дио исказа који свједок даје у кривичном поступку. Свједок није дужан да одговара на питања када је вјероватно да ће га одговор на та питања изложити кривичном гоњењу (члан 149 став 1 ЗКП РС).² Овај кривичнопроцесни институт има за циљ да заштити свједока да се доведе у положај да говори на своју штету или да се доведе у ситуацију да кривично одговара за лажно свједочење.

Кључне ријечи: тужилац, кривично гоњење, суд, кривични поступак, свједок, имунитет.

1. УВОД

У кривичном поступку, поред главних процесних субјеката, споредних процесних субјеката, заступника процесних субјеката и помоћних органа, учествују и тзв. трећа лица, међу којима су најважнији свједоци и вјештаци.

По закону, свједок је лице за које је вјероватно да ће моћи да даје обавјештења о кривичном дјелу и учиниоцу и о другим важним околностима (члан 146 став 1 ЗКП РС). Прецизније, свједок је лице које је својим чулима непосредно опајало одређене чињенице, које су у вези са извршеним кри-

¹ Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

² Тако исто и закони о кривичним поступцима у БиХ, ФБиХ, БДБиХ.

вичним дјелом или учиниоцем или је о њима посредно сазнало, и које на позив суда о њима исказује (Милошевић, Стевановић, 1997, 258).

У зависности од тога на који је начин сазнало за чињенице релевантне за конкретан кривични поступак, разликују се двије врсте свједока: прави свједоци – који су својим непосредним опажањем сазнали нешто о чињеницама које се утврђују у кривичном поступку и свједоци по чувењу – који су од других нешто дознали, дакле посредно, о чињеницама које се утврђују у кривичном поступку. Тако за свједока чија су сазнања непосредна о догађају о којем свједочи, тако што му је присуствовао, или има другу врсту непосредног контакта, па тако нешто видио, чуо и уопште опазио, кажемо да је оригинарни свједок, а ако су сазнања свједока посредна, па је преко контакта са другим лицем, или исправом, сазнао нешто о кривичном догађају, кажемо да је деривативни свједок (Шкулић, 2014, 209). Прави свједоци су поузданији од свједока по чувењу, али не треба губити из вида да испитујући свједока по чувењу можемо дознати које је лице непосредно опажало оно о чему он казује па испитујући и то лице као свједока доћи до исказа веће вриједности за конкретан случај. Из тог разлога закон предвиђа одредбу којом обавезује орган који испитује свједока да истог увијек пита откуда му је познато оно о чему свједочи, тј. на који начин је сазнало за чињенице које исказује.

2. ПРАВА И ДУЖНОСТИ СВЈЕДОКА СА КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ АСПЕКТА

Саслушање свједока у фази истраге обавља јавни тужилац као једну у низу истражних радњи (радњи доказивања), а по отварању главног претреса саслушање свједока остварује се пред судом као последица примјене начела непосредности у извођењу доказа. Важно је нагласити да дужност свједочења након потврђивања оптужнице наступа по одлуци суда. За свједока можемо рећи да је он инструмент странке али да ће својство свједока добити тек када суд прихвати приједлог странке да се одређено лице саслуша у својству свједока, односно добија статус свједока на главном претресу. У овој фази кривичног поступка свједок пролази кроз модел унакрсног испитивања од стране странака с тим да суд у сваком тренутку свједоку може поставити одговарајуће питање. Треба рећи да ако суд поставља питања свједоку у фази директног испитивања, његова питања би требало да буду усклађена са питањима странке или браниоца који врши то испитивање. Исто би важило и у фази унакрсног испитивања. Ако су питања суда

и одговори свједока дати у границама фазе у којој се постављају питања, онда она имају процесну утемељеност и употребљивост у доказне сврхе. У противном, странке и бранилац би могли истаћи приговоре (Хоџић, 2011, 407).

Иако закон не прописује таксативно дужности свједока, оне проистичу из одредаба о радњама доказивања (аслушање свједока) и одредаба о главном претресу, из којих видимо посљедицу недоласка свједока као и посљедицу одбијања свједочења. Поред тога, одредба о прописивању кривичног дјела давање лажног исказа у Кривичном законнику представља обезбјеђење значајне друштвене потребе да свједоци увијек говоре истину (Симић Јекић, 1973, 95). Заклетва свједока се прописује као факултативна могућност. Сагласно томе, законом је прописано да уколико се свједок не одазове на уредно примљен позив за саслушање³ у истрази јавни тужилац може издати наредбу за принудно довођење свједока, док у случају неодазивања на позив суда (и неоправдавања изостанка) суд свједока може новчано казнити до 5.000 КМ или наредити принудно довођење. Обје санкције су факултативне и примјењују се према околности случаја, алтернативно или кумулативно. Новчана казна се не мора изрећи, а умјесто привођења недоставштем свједоку се може послати нови позив (Грубач, 2014, 313). У овом случају свједок је дужан да сноси трошкове свог довођења, као и трошкове одгађања истражне радње или главног претреса које је проузроковао својом кривицом (члан 98 ЗКП РС). У случају уредног одазивања на позив, али одбијања свједочења без законских разлога, суд на приједлог јавног тужиоца може донијети рјешење о кажњавању новчаном казном до 30.000 КМ.⁴

Супротно дужностима, свједок има и права која се огледају у накнади трошкова његовог доласка пред орган који га испитује (јавни тужилац или суд) и накнади изгубљене зараде за тај дан. Поред тога, неопходно је истаћи да Устав јамчи неповредивост тјелесног и духовног интегритета, људског достојанства, човјекову приватност,⁵ па сагласно томе суд је дужан да заштити право свједока да не буде вријеђан и изложен пријетњама и нападу (члан 282 ЗКП РС). Свједок има право и да буде поучен да може одбити свједочење уколико се налази у одређеном односу према осумњиче-

³ Одазивање на позив је основна дужност из које проистичу друге дужности свједока, јер само приступањем тог лица органу пред којим треба дати исказ можемо утврдити да ли то лице уопште може бити свједок, да ли је дужно свједочити као и да ли зна нешто о самој кривичној ствари.

⁴ Жалба нема суспензивно дејство.

⁵ Члан 13 Устава Републике Српске.

ном, односно оптуженом.⁶ Ова лица се зову још и привилегована лица јер их закон ослобађа дужности свједочења и препушта да сама одлуче хоће ли да свједоче, те од њихове воље зависи хоће ли бити свједоци или неће (Бејатовић, 2014, 306). Ако је саслушање свједока који је имао право да одбије свједочење наступило због пропуста органа који га није поучио, исказ таквог свједока се не може цијенити као доказ (незаконит доказ) нити се на њему може заснивати судска одлука. И на крају, свједок има и право да не одговара на поједина питања када је вјероватно да би га одговор на та питања изложио кривичном гоњењу.

Услови за давање имунитета свједоку у погледу одговора на питања која би га изложила кривичном гоњењу

Стављајући акценат на право свједока да не одговара на поједина питања када је вјероватно да ће га одговор изложити кривичном гоњењу, можемо рећи да ова одредба служи као заштита да се лице које је позвано у својству свједока не доведе у положај да исказује на своју штету или да се изложи кривичној одговорности за лажно свједочење (Васиљевић, 1980, 361). Начелно посматрано, свједок је дужан да свједочи о чињеницама и околностима које се вежу за одређени кривични догађај, али у складу са принципом *nemo prodere se ipsum*, има право да ускрати одговоре на поједина питања ако би га истинит одговор изложио кривичном гоњењу (Алица-новић, 2016, 112). Поред тога, овакав став закона извире из основног и природног права сваког човјека да није дужан чинити ништа на своју штету. Све у свему, ова одредба је интересантна у практичној примјени, због тога што се на овај начин може избјегавати свједочење, с једне стране, док би с друге стране, могло бити индиција за покретање кривичног гоњења (Станојевић, Стевановић, 2010, 209). Јавни тужилац код оваквог стања ствари има могућност да примијени начело опортунитета у правцу употребе института – давања имунитета свједоку процјењујући као овлашћени орган за кривично гоњење да ли је са становишта јавног интереса опортуно да дјелује на овај начин. Можда би се могло рећи да је ово прави примјер начела опортунитета који чини дискрециона оцјена тужиоца, која се не смије сводити на арбитрерност и самовољу, већ на уважавање одређеног јавног интереса (Бркић, 2013, 66). Треба нагласити да кроз овај механизам не слаби функција кривичноправне заштите, јер је ово управо један од савремене-

⁶ Чланом 148 ЗКП РС прописано је да ово право припада брачном или ванбрачном другу осумњиченог или оптуженог, сроднику у правој линији, у побочној линији до трећег степена, сроднику по тазбини до другог степена, те усвојиоцу и усвојенику.

них начина борбе против тешких кривичних дјела када се јавни тужилац руководи већим јавним интересима. Дакле, јавни тужилац може оцијенити да иако постоји кривично дјело и учинилац (свједок у датом поступку) у циљу рационализације „активног кривичног поступка“ треба приступити ефикасном институту које упориште проналази у начелу опортунитета. Овдје се ради о ситуацији када се узимају извјесни криминалнополитички разлози због којих у друштвеном интересу треба да изостане примјена кривичног материјалног права (Ђурђић, Суботић, 2010, 61). Неопходно је истаћи да у примјени опортунитета у овом случају закон захтијева од главног тужиоца да процијени да ли су испуњена два формална услова:

– први, да је за то дјело (за које даје имунитет) прописана мања казна од казне која је прописана за кривично дјело у односу на које се даје исказ или поводом којег се води поступак, односно, не може се имунитет дати за кривична дјела за која је прописана казна затвора од најмање десет година или тежа⁷ и;

– други, да је исказ свједока толико важан за доказивање да је друго лице починило неко од кривичних дјела која су прописана као основ за коришћење овог института.

Поред ова два услова која цијени главни тужилац, да би дошло до примјене овог института, неопходно је да суд донесе рјешење да је писана изјава главног тужиоца у складу са првим формалним условом. Закључујемо да суд води рачуна о кривичном дјелу поводом којег се кривични поступак води (да је дјело као основ за давање имунитета свједоку наведено у закону), и тежини кривичног дјела за које се имунитет даје (радње свједока које чине кривично дјело могу бити кажњиве до десет година затвора), док питање процјене важности свједочког исказа оставља главном тужиоцу.

Како се ради о свједоцима оптужбе, они ће проћи унакрсно испитивање одбране сагласно члану 277 ЗКП РС као и члану 6 Европске конвенције о људским правима и основним слободама (Harland, 2003, 182), те се чини потпуно оправданим оставити суду обавезу процјене исправности писане изјаве главног тужиоца само у сегменту бића кривичног дјела, како оног које је предмет суђења, тако и оног које је предмет давања имунитета свједоку. Дакле, важност исказа свједока, поред оцјене главног тужиоца, биће свакако и предмет одбране с обзиром на могућност постављања пи-

⁷ Тако и и у законима о кривичном поступку БиХ (чл. 84 ст. 5), Федерације БиХ (чл. 98 ст. 5), Брчко дистрикта БиХ (чл. 84 ст. 5).

тања и предочавања доказа којима могу довести у питање кредибилитет самог свједока са имунитетом.

Кривична дјела за која се може дати имунитет свједоку у погледу његовог права да не одговара на поједина питања

Кривични поступак који за главни предмет суђења има кривично дјело које је таксативно одређено у члану 149 став 4 Закона о кривичном поступку Републике Српске, може имати свједока са имунитетом у доказном поступку. Важно је нагласити да се један дио кривичних дјела из овог закона преклапа са кривичним дјелима из Закона о сузбијању корупције, организованог и најтежих облика привредног криминала у Републици Српској⁸ чији је циљ ефикасна борба против коруптивних кривичних дјела и кривичних дјела организованог и привредног криминала. Поменути закон прописује надлежност за кривично гоњење Посебног одјељења за сузбијање корупције, организованог и најтежих облика привредног криминала при Републичком тужилаштву у погледу кривичних дјела из члана 13 овог закона, а надлежност у суђењу ових дјела припада Окружном суду у Бањој Луци, односно Посебном одјељењу за сузбијање корупције, организованог и најтежих облика привредног криминала.

С друге стране, Закон о кривичном поступку, поред кривичних дјела која се преклапају са поменутиим законом, прописује и кривична дјела за која можемо рећи да у ширем смислу улазе у општи криминалитет.⁹ Произ-

⁸ „Службени гласник РС“, бр: 39/16, 91/17.

То су сва кривична дјела против уставног уређења и безбједности Републике Српске, сва кривична дјела тероризма, поједина кривична дјела против службене дужности (злоупотреба службеног положаја или овлашћења; примање мита; давање мита; трговина утицајем), поједина кривична дјела против јавног реда и мира (удруживање ради вршења кривичних дјела; извршење кривичног дјела у саставу криминалног удружења), квалификовани облици кривичних дјела напад на судију и јавног тужиоца и повреде закона од стране судије или јавног тужиоца из групе кривичних дјела против правосуђа. Преклапања кривичних дјела су и у погледу појединих дјела из групе против слобода и права грађана (отмица; трговина људима; трговина дјецом; удруживање ради вршења кривичних дјела трговине људима и дјецом) као и кривичног дјела против живота и тијела – тешко убиство и најзад квалификовани облик кривичног дјела утаја пореза и доприноса.

⁹ Ту спадају кривична дјела: убиство; противправно лишење слободе; онемогућавање повратка избјеглих и расељених лица; силовање; обљуба над немоћним лицем; обљуба са дјететом млађим од петнаест година; полна злоупотреба дјетета старијег од петнаест година; искоришћавање дјете за порнографију; искоришћавање дјете за порнографске представе; искоришћавање компјутерске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дјела сексуалног злостављања

лази да у Републици Српској није ограничена „употреба“ свједока са имунитетом у кривичном поступку само у погледу коруптивних кривичних дјела, кривичних дјела организованог и привредног криминала, него да се то шири и на већи број других кривичних дјела. Оно што се чини важним јесте да имамо таксативно наведена кривична дјела¹⁰ за чије би доказивање био важан исказ свједока коме се даје имунитет и имамо материјалноправне претпоставке које су у складу са начелом сразмјерности, при чему је под судском контролом дискреционо право главног тужиоца за давање имунитета. Овакав приступ можемо оцијенити позитивним како са становишта квалитета прикупљања доказа у кривичним поступцима тако и због доприноса општој економичности поступка.

3. ПОСТУПАК ДАВАЊА ИМУНИТЕТА И САСЛУШАЊЕ СВЈЕДОКА ПОД ИМУНИТЕТОМ

Из законског текста произлази да главни тужилац писменом изјавом нуди имунитет свједоку, али да имунитет наступа тек када суд донесе рјешење којим утврђује да је писмена изјава главног тужиоца у складу са материјалноправним претпоставкама и одређује свједоку адвоката за савјетника за вријеме саслушања. Због сложености и озбиљности овог института (Сијерчић Чолић, 2005, 319) закон не одређује никакве услове за постављање адвоката за савјетника.

Сви закони о кривичним поступцима у Босни и Херцеговини користе законску терминологију – главни тужилац – у случају понуде имунитета свједоку. Претпостављамо да су се законодавци руководили потребом подизања инстанце у одлучивању о употреби овог важног института који спада у случајеве одступања од основног начела рада јавног тужиоца – начела легалитета. Ако се гледа са овог становишта чини се оправданим, но ако гледамо са практичне стране, може бити подложен критикама. У контексту тога могли бисмо поставити питање: Да ли јавни тужилац који предузима

или искоришћавања дјетета; навођење дјетета на проституцију; насиље у породици или породичној заједници; неовлашћења производња и промет опојних дрога; омогућавање уживања опојних дрога; изнуда; уцјена; прање новца; проневјера; превара у служби; изнуђивање исказа; помоћ учиниоцу послје извршеног кривичног дјела; јавно изазивање и подстицање насиља и мржње; загађивање животне средине; изазивање пожара; изазивање опште опасности; компјутерска превара.

¹⁰ Исто је и у законима о кривичном поступку БиХ, Федерације БиХ, Брчко дистрикта БиХ. Истина, постоје одређене разлике у погледу кривичних дјела која се прописују.

кривично гоњење, односно заступа оптужницу пред судом, има најјаснију слику о количини доказа оптужбе и самим тим процјени евентуалне потребе за прикупљањем доказа на начин употребе овог института? Мишљења смо да би било логичније да поступајући јавни тужилац у случају процјене да одређеном свједоку треба понудити имунитет достави писану изјаву главном тужиоцу који ће својим потписом, уколико сматра формално исправним и оправданим, одобрити одступање од начела легалитета. Овакав развој ситуације упориште има и у хијерахијском и монократском уређењу тужилаштва као државног органа. Најзад, ово тим прије јер је суд тај који у коначници врши потпуну контролу над овим дискреционим овлашћењем тужиоца, био он јавни тужилац или главни тужилац.

Након доношења рјешења од стране суда да је изјава главног тужиоца у складу са материјалноправном претпоставком за примјену овог института, као и постављања адвоката за савјетника, свједок даје писмену изјаву да ће дати истинит и потпун исказ у погледу кривичног дјела и учиниоца у кривичном поступку.¹¹ Из овога закључујемо да у кривичном поступку Републике Српске¹² главни тужилац има право да свједоку понуди имунитет само пред судом, тј. не може му имунитет понудити у истрази. Чини се потпуно исправним овакво законско уређење¹³ јер се оправдано може сумњати да би у фази истраге тужилац на основу оваквих исказа свједока могао ићи у правцу окончања истраге без превеликих напора у погледу прикупљања других материјалних и личних доказа којима би поткријепио основану сумњу. Поред тога, ако знамо да је истрага чисто тужилачка, знамо и да одбрана у овој фази поступка нема могућност саслушавања свједока. Дакле, неопходно је да јавни тужилац квалитетно проведе истрагу, и да само у случају потешкоћа у доказном поступку пред судом може понудити

¹¹ У члану 84 став 7 ЗКП Брчко дистрикта БиХ запажамо да се свједок упозорава да ће уколико одбије свједочење бити кривично гоњен због кривичног дјела због којег је добио имунитет.

¹² На готово идентичан начин ово питање уређују и закони о кривичном поступку БиХ, ФБиХ, БДБиХ.

¹³ Раније законско уређење из 2003. године па до посљедњих измјена из 2021. године прописивало је да одлуку о имунитету доноси тужилац (ранији члан 149 став 3 ЗКП РС). Такође је било прописано да се свједок који је добио имунитет могао кривично гонити у случају давања лажног исказа.

Уколико се правноснажном осуђујућом пресудом докаже да је лице извршило кривично дјело давање лажног исказа, то је имало за посљедицу опозивање одлуке о имунитету и отвара се могућност да тужилац предузме кривично гоњење и за кривично дјело поводом којег је донијета одлука о имунитету (Хациомерагић, 2005, 261).

имунитет свједоку који може бити активиран само рјешењем суда. На овај начин прво саслушање оваквог свједока на околности због којих се даје имунитет обавиће се пред судом како би и одбрана имала могућност испитивања, при чему се остварују начела равноправности, непосредности и контрадикторности у кривичном поступку. На овако уређен начин, а са знањем да у кривичном поступку пред судом могу наступити озбиљне потешкоће у поступку доказивања кривичних дјела (Симовић, 2009, 154), чини се оправданим постојање овог института у нашем кривичном процесном законодавству.

По завршеном саслушању свједока пред судом, главни тужилац доноси рјешење о имунитету у коме се наводи чињенични опис и правна квалификација кривичног дјела за које се неће предузети кривично гоњење свједока. Услов за доношење рјешења о имунитету од стране главног тужиоца јесте истинит и потпун исказ свједока. У противном, ако је свједок дао лажан исказ или прећутао дио у исказивању, или је одговорио на питања која су га инкриминисала у погледу кривичног дјела за која се имунитет иначе не може дати, главни тужилац ће донијети образложено рјешење у коме му ускраћује имунитет. Исказ свједока ће се издвојити из списка предмета суђења и не може се користити у кривичном поступку против њега (члан 149 став 8, 9, 10 ЗКП РС). Остало је законски непрецизирано и недоречено: Да ли у оваквом случају може доћи до кривичног гоњења свједока за кривично дјело које је било предмет имунитета, уколико се докаже његова кривица за кривично дјело давање лажног исказа? Мишљења смо да се ово питање мора законски прецизирати на начин да по правноснажности пресуде за кривично дјело давања лажног исказа јавни тужилац треба покренути истрагу у складу са начелом легалитета. У противном, уколико ово не би било могуће, радило би се о изигравању правосуђа од стране свједока. Јасно је да се у случају покретања кривичног поступка против њега за кривично дјело које је било предмет имунитета не може користити његов исказ као доказ. Код оваквог стања ствари аналогно би се морале примијенити одредбе које регулишу питање одбацивања изјаве о признању кривице, односно одбијање нагодбе (члан 245 став 3 и члан 246 став 8 ЗКП РС).

Садашњим законским рјешењем јасно је уређена ситуација када је свједок дао активан лажан исказ или намјерним прећуткивањем неких чињеница остварио пасиван начин лагања (Аћимовић, 1987, 284), у ком случају се према њему предузима кривично гоњење за кривично дјело давање лажног исказа (члан 149 став 11 ЗКП РС).

Да ли је свједок под имунитетом или сарадник?

Свједок у споразуму са главним тужиоцем који за основу има имунитет у погледу кривичног гоњења, могао би се назвати крунским или кооперативним свједоком с обзиром на то да је суштина исказа овог лица у његовом свједочењу у односу на друге припаднике организоване криминалне групе (Шкулић, Илић, 2012, 94), односно свједочење у погледу оптуженог/их лица. Овдје је интерес доказивања кривичног дјела већи од интереса да се према свједоку покрене кривично гоњење због чега је институт свједок под имунитетом уведен још давне 2003. године у законе о кривичном поступку Босне и Херцеговине (Види: Симовић, 2003, 157, 321, 450, 593).

Одувијек се знало да исказ свједока у кривичном поступку битно утиче на исход поступка и утврђивање кривице оптуженог, а неријетко и на степен одговорности, то посебно гдје свједоци свједоче о понашању оптуженог приликом извршења кривичног дјела, послије извршења као и о другим чињеницама у вези са личношћу оптуженог. Иако закони о кривичном поступку у БиХ (РС) говоре о свједоку под имунитетом, ипак се не можемо отети утиску, након сагледавања материјалног услова,¹⁴ да се ради о свједоку за кога би исправније било рећи да је сарадник. Без обзира на различита појединачна законодавна рјешења која оваквог свједока називају свједок под имунитетом, свједок сарадник, свједок покајник, крунски свједок, све њих веже једна заједничка особина – индиција или одређен степен сумње у погледу кривичног дјела свједока. Иако у нашем закону главни тужилац прибавља доказ оптужбе од лица које није у својству осумњиченог, чињеница да му се имунитет даје само за „радње свједока које чине кривично дјело...“¹⁵, формира закључак да је танка граница између свједока под имунитетом и сарадника. И један и други отварају могућност да ће својим исказом дати значајан допринос за откривање и доказивање кривичног дјела, а заузврат добијају аболирање од кривичног гоњења (Мрдак, 2006, 414). Јасно је да је суштина овог института подстицање одговарајуће кооперативности лица, која и сама могу да буду кривично гоњена па пристану да својим свједочењем допринесу осуди оптуженог лица, који по оцјени надлежних органа представља већу опасност (Шкулић, 2012, 248). Оваква кооперативност може бити усмјерена како на откривање саизвршилаца или саучесника кривичног дјела, тако и на откривање извршених кривичних

¹⁴ Имунитет се даје само на радње свједока које чине кривично дјело са прописаном мањом казном од казне каја је прописана за кривично дјело у односу на које се даје исказ или поводом којег се води поступак и не може се односити на кривична дјела за која је прописана казна затвора од најмање десет година.

¹⁵ То произлази из става 5 члана 149 ЗКП РС.

дјела или кривичних дјела која се планирају и припремају (Сијерчић Чолић, 2010, 139).

Summa summarum свједок под имунитетом одговара на поједина питања која би га изложила кривичном гоњењу. Та питања се морају односити на откривање битних података везаних за кривично дјело или учиниоца, те самим тим логичан закључак је да сам свједок има додира са кривичним дјелом или учиниоцем у тој мјери да се и он може кривично гонити. Из тог разлога можемо рећи да овакав свједок „сарађује“ са тужилаштвом а заузврат добија имунитет да неће бити кривично гоњен за дјело за које се може изрећи казна затвора до десет година. Не можемо се отети утиску да тужилаштво већ приликом понуде имунитета има неке индиције у погледу радњи свједока које чине кривично дјело те самим тим кроз механизам имунитета нуде сарадњу свједоку и дају му гаранцију да неће бити кривично гоњен за то дјело, што је управо и мотив свједока да одговара на таква питања.¹⁶ У супротном, зар се може помислити да би неко као свједок могао одговарати на оваква питања уколико нема додира са кривичним дјелом или учиниоцем? Самим тим овај механизам се увијек отвара према свједоцима који су у радњама које чине кривично дјело¹⁷, те је стога исправније законски прецизирати да су то свједоци сарадници.

Интересантно је размишљати шта би се дешавало са имовинскоправним захтјевом оштећеног лица који је проистекао из кривичног дјела свједока под имунитетом. Једини начин обештећења овог лица био би из буџета¹⁸ јер тужилац као државни орган за кривично гоњење, цијенећи да је већи јавни интерес давањем имунитета свједоку да га неће кривично гонити, оставља оштећеног без права на обештећење које је проистекло из кривичног дјела таквог свједока. Како се имовинскоправни захтјев јавља као споредни предмет кривичног поступка у односу на главни предмет (*causa criminalis*), а како овдје немамо кривичног поступка против лица – свједока под имунитетом, остаје једино оправдано да се штета проистекла из кри-

¹⁶ Томе у прилог иде и члан 84 став 7 Закона о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ који прописује да ће се свједок упозорити да ће, ако одбије свједочење, бити кривично гоњен због кривичног дјела за које је добио имунитет.

¹⁷ То и закон каже: „... да се она односе само на радње свједока које чине кривично дјело...“ члан 149 став 5 ЗКП РС, члан 84 став 5 ЗКП БДБиХ, члан 98 став 5 ЗКП ФБиХ, или ...“односи само на кривично дјело које је починио свједок...“, члан 84 став 5 ЗКП БиХ.

¹⁸ Овакво рјешење проналазимо у Закону о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ у члану 84 став 12. Други закони о кривичном поступку у БиХ не уређују ово питање.

вичног дјела свједока под имунитетом надокнади из буџета. Ово тим прије јер се тужилац као представник државног органа – тужилаштва, руководио већим јавним интересима од интереса кривичног гоњења тог лица, па сагласно томе друштво треба да обештети оштећеног у складу са оствареним јавним интересом.

4. ЗАКЉУЧАК

Закон о измјенама и допунама ЗКП РС из 2021. године¹⁹ детаљније уређује питање права свједока да не одговара на поједина питања, односно његовог права да постигне неку врсту споразума о свједочењу са јавним тужиоцем. И прије задњих измјена закона, свједок је имао право да не одговара на овакву врсту питања, изузев ако би му тужилац својом одлуком дао имунитет, у ком случају је био дужан одговорати на постављена питања овакве природе.²⁰ Измјенама, ово питање се законски детаљније разрађује и уређује, на начин да се не само прописује обавеза одговарања на ова питања под условом да је свједок добио јавнотужилачки имунитет, него се сада детаљно разрађује поступак добијања имунитета, врста кривичних дјела за која се имунитет даје као и поступак судског одлучивања о јавнотужилачком имунитету.²¹

5. ЛИТЕРАТУРА:

1. Аћимовић, М., Психологија злочина и суђења, Београд, 1987.
2. Алиџановић, В., Скраћени кривични поступци у праву БиХ, Италије и Њемачке, Зборник радова Правни факултет Тузла, 1/2016.
3. Бркић, С., Кривично процесно право II, Нови Сад, 2013.
4. Бејатовић, С., Кривично процесно право, Београд, 2014.

¹⁹ „Службени гласник РС“, бр: 15/21.

²⁰ Члан 149 ЗКП РС „Службени гласник РС“ 53/12, 91/17,66/18, 15/21.

²¹ Раније одредбе одисале су неодређеношћу и непрецизношћу јер законодавац није поставио јасну и прецизну границу, узимајући у обзир природу и тежину кривичних дјела, која би могла оправдати непредузимање кривичног гоњења због заштите јавног интереса у демократском друштву које почива на владавини права и поштовању људских права. Због наведеног и Уставни суд БиХ је у својој одлуци број: 5/16 заузео став да не постоје јасна разграничења у погледу давања имунитета и апсолутно дискреционог овлашћења код давања имунитета, односно због непрецизности и неодређености, оспорене одредбе су, саме по себи, супротне принципу владавине права. Билтен Уставног суда БиХ (2017), 98.

5. Васиљевић, Т., Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1980.
6. Грубач, М., Кривично процесно право, увод и општи део, Београд 2004.
7. Ђурђић, В., Суботић, Д., Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног поступка, Београд, 2010.
8. Мрдак, В., Институт свједока сарадника, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2006.
9. Милошевић, М., Стевановић, Ч., Кривично процесно право, Београд, 1997.
10. Симић Јекић, З., Кривично процесно право у пракси, Београд, 1973.
11. Сијерчић Чолић, Х., Кривично процесно право, Сарајево, 2005.
12. Сијерчић Чолић, Х., Специфични институти и ново кривично процесно законодавство БиХ, Ревизија за криминологију и кривично право, Београд, 1/2010.
13. Симовић, М., Кривични поступци у Босни и Херцеговини, Сарајево, 2003.
14. Симовић, М., Начело опортунитета у кривичном процесном законодавству БиХ и Републике Хрватске, Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
15. Станојевић, П., Стевановић, Ч., Кривично процесно право, К. Митровица, 2010.
16. Хаџиомерагић, М., Коментари закона о кривичном поступку БиХ, Сарајево, 2005.
17. Хоџић, С., Нека отворена питања кривичнопроцесног законодавства у БиХ, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011.
18. Harland, C., *A commentary to the European convention on human rights*, Saarljevo, 2003.
19. Шкулић, М., Кривично процесно право, Београд, 2014.
20. Шкулић, М., Кривично процесно право, Подгорица, 2012.
21. Шкулић, М., Илић, Г., Како је пропала реформа, шта да се ради?, Београд, 2012.

Правни прописи

22. Устав Републике Српске, шесто издање, Бања Лука, 2005.
23. Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник РС“, број: 53/12, 91/17, 66/18, 15/21.
24. Закона о сузбијању корупције, организованог и најтежих облика привредног криминала у Републици Српској, „Службени гласник РС“, број: 39/16, 91/17.
25. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник БиХ“, број: 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, 72/13, 65/18.
26. Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине, „Службене новине ФБиХ“, број: 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14, 74/20.
27. Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, „Службени

гласник БДБиХ“, број: 34/13 – пречишћен текст, 27/14, 3/19, 16/20.
28. Билтен Уставног суда БиХ, 2017.

Associate Professor, Mladenka Govedarica, LL.D.²²

**THE WITNESS'S RIGHT NOT TO ANSWER CERTAIN QUESTIONS
ACCORDING TO AMENDMENTS TO THE LAW ON CRIMINAL
PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF SRPSKA**

The Law on Amendments to the CPC RS from 2021 regulates in more detail the issue of the witness's right not to answer certain questions, i.e. his right to reach some kind of agreement on testifying with the public prosecutor. Even before the latest amendments to the law, the witness had the right not to answer this type of question, unless the prosecutor granted him immunity by his decision, in which case he was obliged to answer questions of this nature. With the amendments, this issue is legally elaborated and regulated in more detail, in such a way that not only is the obligation to answer these questions prescribed on the condition that the witness has received public prosecutor's immunity, but now the procedure for obtaining immunity is elaborated in detail, the type of criminal offenses for which immunity is granted as well as the procedure of judicial decision-making on public prosecutor's immunity.

Key words: prosecutor, criminal prosecution, court, criminal procedure, witness, immunity.

²² Faculty of Law, University of East Sarajevo

ПОВЛАЧЕЊЕ ОПТУЖНИЦЕ

Др Раденко Јанковић¹

Апстракт: Почетком XXI вијека радикално су измијењени кривичнопроцесни закони у Босни и Херцеговини. Под утицајем страних законодавстава прихваћени су многи нови институти, нпр. споразум о признању кривице, поступак за издавање казног налога, потврђивање оптужнице, признање кривице пред судијом за претходно саслушање, претходни приговори против оптужнице, притужба. Међу њима је и повлачење оптужнице о коме у нашој стручној литератури не постоји ни један озбиљнији рад. У вези са повлачењем оптужнице постоје многа спорна питања нпр. нејасно је због којих разлога се оптужница може повући, да ли се може након тога подићи нова оптужница, у ком року се та нова оптужница мора подићи. Дилеме су постале још веће измјенама овог института из 2008. године у Закону о кривичном поступку Републике Српске. И површина анализа указује на то да су приликом његовог нормирања направљени значајни пропусти. Разматрање ове проблематике треба да допринесе бољем разумијевању овог института, али и новим законским рјешењима која ће боље одговарати нашим условима, практичним потребама и теоретским поставкама. Боља законска рјешења код овог института су неопходна.

Кључне ријечи: повлачење оптужнице, одустанак од оптужнице, обустављање кривичног поступка, подизање нове оптужнице.

1. УВОД

Реформом кривичнопроцесних законодавстава у Босни и Херцеговини (у даљем тексту БиХ) из 2003. године прихваћени су многи нови инсти-

¹ Др Раденко Јанковић, републички јавни тужилац Републике Српске, e-mail: radenko.jankovic@pravosudje.ba.

тути, до тада непознати нашој правној традицији. Први пут су прихваћени споразум о признању кривице, поступак за издавање казненог налога, потврђивање оптужнице, признање кривице пред судијом за претходно саслушање, претходни приговори против оптужнице, повлачење оптужнице, судија за претходни поступак, судија за претходно саслушање, посебне истражне радње, поступак против правних лица, као и још неке друге мање новине. Повлачење оптужнице први пут прихваћено је Законом о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ од 23. октобра 2000. године (у даљем тексту ЗКП БД БиХ).² Дана 24. јануара 2003. године високи представник у БиХ донио је нови Закон о кривичном поступку БиХ (у даљем тексту ЗКП БиХ).³ Нови Закон о кривичном поступку Републике Српске ступио је на снагу 1. јула 2003. године (у даљем тексту ЗКП РС)⁴, а нови Закон о кривичном поступку Федерације БиХ 1. августа 2003. године (у даљем тексту ЗКП Ф БиХ).⁵ Сви ови закони прихватили су повлачење оптужнице и у њима је овај институт био регулисан на идентичан начин. Тужилац је могао повући оптужницу до њеног потврђивања без претходног одобрења, а након тога до почетка главног претреса само уз одобрење судије за претходно саслушање који је потврдио оптужницу. У оба случаја суд је рјешењем обустављао кривични поступак и о томе је одмах обавјештавао осумњиченог, односно оптуженог, његовог браниоца и оштећеног. Повлачење оптужнице значило је одустанак тужиоца од оптужнице. Измјенама и допунама ЗКП РС из 2008. године институт повлачења оптужнице измијењен је радикално тако што је изостављена одредба по којој се у том случају кривични поступак обуставља. Иако то законодавац изричито није прописао, сматра се да након повлачења оптужнице тужилац може подићи нову оптужницу.

² Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 7/00).

³ Одлука високог представника у БиХ бр. 100/03 („Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09 и 72/13).

⁴ „Службени гласник Републике Српске“ бр. 50/03. Пречишћени текст је објављен у „Службеном гласнику Републике Српске“ бр. 53/12, 91/17 и 66/18.

⁵ „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 08/13 и 59/14.

2. РЈЕШЕЊА У ЗАКОНОДАВСТВИМА ДРЖАВА НАСТАЛИХ РАСПАДОМ БИВШЕ СФРЈ

Пошто сва законодавства држава насталих распадом СФР Југославије имају исте коријене, корисно је размотрити како су она ријешила ово питање. Са изузетком хрватског, остала не познају повлачење оптужнице.

Законик о кривичном поступку Србије (у даљем тексту ЗКП Србије) не познаје институт повлачења оптужнице.⁶ Чл. 49 ЗКП Србије предвиђено је да јавни тужилац може одустати од оптужбе од потврђивања оптужнице па до завршетка главног претреса. То јавни тужилац може и на претресу пред другостепеним судом у складу са чл. 450 ст. 5 ЗКП Србије. По тој одредби, овлаштени тужилац може одустати од оптужбе, с обзиром на резултат претреса пред другостепеним судом, али само ако се оптужени с тим сагласи у цјелини или дјелимично. Сматра се да је ова сагласност уведена по угледу на нека рјешења из упоредног законодавства. Она представља услов *sine qua non* и има оправдање у спечавању овлаштеног тужиоца да “избјегне” ослобођење оптуженог од оптужбе.⁷ У случају одустанка јавног тужиоца од оптужбе у овим случајевима оштећени има право да преузме кривично гоњење. Није само кривично гоњење него и одустајање од кривичног гоњења једна од манифестација начела легалитета.⁸ Јавни тужилац може одустати од оптужнице и до почетка главног претреса, иако се у том интервалу докази не изводе нити има промјене у њиховој садржини и констатацији. Разлози могу бити објективне природе (декриминализација, застарјелост, амнестија или помиловање), али и оцјена, након накнадног и свестранијег разматрања случаја, да не постоје довољни разлози за оптужење, било да таква оцјена потиче од јавног тужиоца који је оптужницу подигао, било да је резултат обавезног упутства њему надређеног јавног тужиоца.⁹ У случају одустанка од оптужбе до почетка главног претреса, кривични поступак се рјешењем обуставља, а у случају одустанка од оптужбе након почетка главног претреса доноси се пресуда којом се оптужба одбија. По чл. 409 ЗКП Србије, тужилац може у току главног претреса, ако

⁶ Законик о кривичном поступку Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14, 35/19, 27/21 и 62/21).

⁷ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански и Александар Трешњев, Коментар законика о кривичном поступку, седмо измењено и допуњено издање, Београд, Службени гласник, 2014, 1019.

⁸ Ibid, 211.

⁹ Ibid, 212.

оцијени да изведени докази указују на то да је чињенично стање другачије од оног изнијетог у оптужници, измијенити оптужницу, али и предложити да се главни претрес прекине ради припремања нове оптужнице. Овдје се ради о специфичном облику повлачења оптужнице. Ако вијеће прекине главни претрес ради припремања нове оптужнице, одредиће рок у коме тужилац мора поднијети нову оптужницу. Рок је неопходан јер је суд дужан кривични поступак спровести без одуговлачења и осујетити све злоупотребе које су на то усмјерене. Оптужени не може остати под оптужбом све до застарјелости гоњења.¹⁰ Вијеће се не мора сложити са приједлогом овлаштеног тужиоца да се главни претрес прекине ради припремања нове оптужнице. У том случају или тужилац мијења оптужницу на претресу, или се наставља суђење по дотадашњој оптужници.¹¹ Прекидањем главног претреса ради подношења нове оптужнице првобитна оптужница није стављена ван снаге: питање њеног даљег опстанка одложено је до подношења нове оптужнице или до истека рока за њено подношење.¹² Суд је дужан да нову оптужницу достави оптуженом и његовом браниоцу и да им обезбиједи довољно времена за припремање одбране. Да би се одржао прекид поступка, тужиоцу би за подношење нове оптужнице требало оставити рок који, заједно са временом потребним за припремање одбране након што нова оптужница буде достављена оптуженом и његовом браниоцу, неће прекорачити најдужи период дозвољен за прекид главног претреса из оба разлога (и за припремање оптужбе и за припремање одбране) и истовремено одредити наставак поступка у року не дужем од 15 дана.¹³ Ако тужилац не поднесе нову оптужницу до наставка главног претреса, главни претрес биће настављен по постојећој оптужници. Ако је за припремање одбране по новој оптужници потребно вријеме дуже од рока на који главни претрес може бити прекинут, вијеће ће одлуку о прекиду главног претреса замијенити одлуком о одлагању главног претреса.¹⁴ Против нове оптужнице у овом случају не може се поднијети одговор нити она може бити испитивана ради потврђивања.

¹⁰ Тихомир Васиљевић и Момчило Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, једанаесто измењено и допуњено издање, Београд, Службени гласник, 2010, 699.

¹¹ Ibid, 699.

¹² Ibid, 700.

¹³ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански и Александар Трешњев, Коментар законика о кривичном поступку, седмо измењено и допуњено издање, Београд, Службени гласник, 2014, 907.

¹⁴ Ibid, 907.

Ни Законик о кривичном поступку Црне Горе (у даљем тексту ЗКП Црне Горе) не предвиђа институт повлачења оптужнице.¹⁵ По чл. 312. ЗКП Црне Горе ако државни тужилац одустане од оптужнице прије него што главни претрес почне, предсједник вијећа ће посебно упозорити оштећеног на његово право да може наставити кривично гоњење. Ако оштећени не настави гоњење, предсједник вијећа ће рјешењем обуставити кривични поступак. Ако је од оптужнице прије започињања главног претреса одустао оштећени као тужилац, предсједник вијећа ће рјешењем обуставити кривични поступак. По чл. 372 ЗКП Црне Горе суд изриче пресуду којом се оптужба одбија ако је тужилац одустао од оптужбе од започињања до завршетка главног претреса. По чл. 360 ЗКП Црне Горе, ако докази изведени на главном претресу указују на то да се измијенило чињенично стање изнесено у оптужници, тужилац може на главном претресу усмено измијенити оптужницу, а може предложити да се главни претрес прекине ради припремања нове оптужнице. У случају подизања нове оптужбе, суд је дужан да окривљеном и браниоцу обезбиједи довољно времена за припремање одбране. Ако вијеће дозволи прекид главног претреса ради припремања нове оптужнице, одредиће рок у којем тужилац мора подићи оптужницу. Примјерак нове оптужнице доставиће се оптуженом, али се у овом случају не врши потврђивање оптужнице. Ако тужилац у остављеном року не подигне оптужницу, вијеће ће наставити главни претрес на основу раније оптужнице.

Ни Законот за кривичната постапка Сјеверне Македоније (у даљем тексту ЗКП Сјеверне Македоније) не предвиђа институт повлачења оптужнице.¹⁶ По чл. 341 ЗКП Сјеверне Македоније, јавни тужилац може одустати од оптужног акта прије доношења одлуке о његовом одобравању. У том случају суд доноси рјешење о обустави кривичног поступка. Против овог рјешења оштећени једино може поднијети жалбу непосредно вишем јавном тужиоцу. По чл. 402 ЗКП Сјеверне Македоније суд доноси одбијајућу пресуду ако тужилац одустане од оптужбе од започињања па до завршетка главног претреса.

Ни Закон о казенском поступку Словеније (у даљем тексту ЗКП Словеније) не познаје институт повлачења оптужнице.¹⁷ По чл. 293 ЗКП Сло-

¹⁵ Законик о кривичном поступку Црне Горе („Службени лист Црне Горе“, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15, 58/15, 28/18 и 116/20).

¹⁶ Законот за кривичната постапка Сјеверне Македоније („Службен весник на Република Македонија“, бр. 150/10, 100/12, 2716, 142/16, 193/16 и 198/18).

¹⁷ Закон о казенском поступку Словеније („Урадни лист Републике Словеније“, бр. 33/12,

веније, ако тужилац одустане од оптужбе прије почетка главног претреса, суд о томе обавјештава оштећеног и поучава га да може преузети кривично гоњење. Ако се оштећеном није могло доставити ово обавјештење због тога што суду није пријавио промјену адресе или пребивалишта, сматра се да он не намјерава преузети гоњење. Ако оштећени не преузме кривично гоњење, суд рјешењем обуставља кривични поступак. По чл. 357 ЗКП Словеније суд доноси пресуду којим се оптужба одбија ако је тужилац одустао од оптужбе од почетка до завршетка главног претреса.

3. ПОВЛАЧЕЊЕ ОПТУЖНИЦЕ У ХРВАТСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Од држава насталих распадом бивше СФР Југославије, осим БиХ, једино Закон о казненом поступку Хрватске (у даљем тексту ЗКП Хрватске) предвиђа институт повлачења оптужнице који је регулисан чл. 365.¹⁸ Државни тужилац може повући оптужницу, али само прије њеног потврђивања, ако сматра да постоје разлози из чл. 356 ст. 1 тог закона. Овом одредбом таксативно су одређени разлози због којих суд може вратити оптужницу државном тужиоцу, а они су истовремено и разлози због којих државни тужилац може сам без одлуке суда повући оптужницу. Они су сљедећи: 1. ако оптужница није прописно састављена; 2. ако у односу на цијелу оптужницу постоје недостаци у претходном поступку; 3. ако чињенични опис кривичног дјела не произлази из раније прибављених доказа; 4. ако је потребно боље разјашњење ствари. Кад државни тужилац повуче оптужницу суд не доноси никакву одлуку, већ само државном тужиоцу враћа оптужницу.¹⁹ У том случају суд му оставља примјерен рок за подизање нове измијењене оптужнице. Ако је оптужница повучена због тога што је била непрописно састављена, тај рок не може бити дужи од петнаест дана за кривична дјела из надлежности општинског суда, односно мјесец дана за кривична дјела из надлежности жупанијског суда. Ако је оптужница повучена због других разлога, тај рок не може бити дужи од шест мјесеци за кривична дјела из надлежности општинског суда, односно дванаест мјесеци за кривична дјела из надлежности жупанијског суда. У случају повлачења оптужнице, осим повлачења због тога

47/13, 87/14, 8/16, 64/16, 65/16, 66/17, 22/19, 55/20, 89/20, 191/20, 200/20 и 105/21).

¹⁸ Закон о казненом поступку Хрватске („Народне новине Републике Хрватске“, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17 и 126/19).

¹⁹ Одлука Жупанијског суда у Бјеловару број Кж-12/2003 од 30. јануара 2013. године.

што је оптужница била непрописно састављена, државни тужилац је дужан донијети рјешење о допуни истраге или предузети доказну радњу, односно обуставити истрагу или одбацити кривичну пријаву. Ако ови рокови нису довољни за предузимање свих потребних радњи, државни тужилац може прије њиховог истека од суда захтијевати да се продуже. Приликом доношења одлуке да ли ће продужити ове рокове, суд ће узети у обзир посебно дотадашње трајање претходног поступка, правовременост предузимања радњи од стране државног тужиоца и сложеност радњи које је још потребно предузети. Додатни рок не може бити дужи од оног који је већ прописан. Захтјев за свако продужење рокова државни тужилац мора посебно образложити. Суд о одређивању рока за подизање нове оптужнице, као и о продужењу рока и трајању додатног рока за подизање нове оптужнице, одлучује рјешењем против кога није дозвољена жалба. Државни тужилац има право жалбе против рјешења којим се одбија његов захтјев за продужење рока за подизање нове измијењене оптужнице. Предвиђање рокова за подизање нове оптужнице, након што је претходна повучена, представља, с једне стране, јемство динамике кривичног поступка, а с друге стране, заштиту права окривљеног.²⁰ Ако је државни тужилац повукао оптужницу, нову измијењену оптужницу може подићи под истим условима који су иначе предвиђени за подизање оптужнице. Нова измијењена оптужница доставља се суду на поновно испитивање, а мора бити подигнута у наведеним роковима. Ако државни тужилац нову измијењену оптужницу не подигне у предвиђеним роковима, сматра се да је одустао од кривичног гоњења и дужан је да у року од осам дана од дана истека рока за подизање нове измијењене оптужнице донесе рјешење о одбацавању кривичне пријаве или о обустави истраге и да их достави окривљеном и жртви (оштећеном). У том случају жртва под законом предвиђеним условима може преузети кривично гоњење.

4. ПОВЛАЧЕЊЕ ОПТУЖНИЦЕ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Термин „повлачење оптужнице“ постоји у Статуту сталног Међународног кривичног суда (ИСС).²¹ Одредбом чл. 61 ст. 4 Статута овог суда, осим могућности мијењања и допуњавања оптужнице, предвиђена је и

²⁰ Берислав Павишић, Коментар Закона о казненем поступку, Ријека, Душевић & Кршовник д.о.о., 2011, 696.

²¹ Статут ИСС ратификован је на 123. сједници Предсједништва БиХ која је одржана 5.

могућност да тужилац повуче оптужницу. У том случају тужилац довољно времена прије претреса обавјештава оптуженог, као и претпретресно вијеће, које је дужан да обавијести и о разлозима за повлачење оптужнице.²² Шкулић истиче да право тужиоца на повлачење оптужнице овдје произлази из начела акузаторности.²³ У поступку пред сталним Међународним кривичним судом, повлачење оптужнице значи одустанак тужиоца од оптужнице и у том случају кривични поступак се обуставља.

Термин „повлачење оптужнице“ постоји и у Правилима (Правилнику) о поступању и доказивању Међународног трибунала за суђење лицима одговорним за тешке повреде међународног хуманитарног права учињене на територији бивше Југославије од 1991. године (МКТЈ, ИЦТУ или Хашки трибунал).²⁴ Правило којим је прописано повлачење оптужнице мијењано је три пута. Садашња формулација усвојена је 12. децембра 2002. године.²⁵ По Правилу 51 А) тужилац може повући оптужницу без претходног одобрења у свако доба прије него што је потврђена, а послеје тога, до првог саслушања оптуженог пред претресним вијећем сагласно правилу 62, само са дозволом судије који је оптужницу потврдио или, у изузетним околностима, са дозволом судије којег је одредио предсједник Суда. У првој верзији овог правила дозволу за повлачење оптужнице могао је дати само судија који је потврдио оптужницу. Приликом првог саслушања или послеје, оптужница се може повући само уз дозволу претресног вијећа у складу са правилом 73. По правилу 51 Б), о повлачењу оптужнице одмах се обавјештавају осумњичени или оптужени и њихов бранилац.

У пракси Хашког трибунала било је више случајева повлачења оптужнице. Лоше здравствено стање оптуженог није се сматрало као основ за повлачење оптужнице. Нпр. претресно вијеће у предмету против оптуженог Ђукића одбацило је поднесак (молбу оптуженог) за повлачење оптужнице због његовог лошег здравственог стања одлуком од 24. априла 1996.

фебруара 2002. године. Одлука о ратификацији објављена је у „Службеном гласнику БиХ“, број 2/02.

²² Преведени текст Статута ИСС видјети код Џон Џоунс и Стивен Паулс, Међународна кривична пракса (превод), Београд, Фонд за хуманитарно право, 2005, 859–914.

²³ Милан Шкулић, Међународни кривични суд – надлежност и поступак, Београд, Центара за публикације Правног факултета, 2005, 449.

²⁴ Преведени текст Правила (Правилника) Хашког трибунала видјети: Владан Васиљевић, Зборник докумената „Међународни кривични трибунал за бившу Југославију: карактеристике и процедуре“, Београд, Прометеј, 1996, 153–179.

²⁵ Џон Џоунс и Стивен Паулс, Међународна кривична пракса (превод), Београд, Фонд за хуманитарно право, 2005, 528 и 529.

године. Оно је прихватило чињеницу да Ђорђе Ђукић болује од неизлечиве болести, али је констатовало да ни Статут, ни Правила не омогућавају да се због тога повуче оптужница. У образложењу ове одлуке наведено је да је сличних ситуација било још у вријеме нинбершких и токијских суђења, али да ти међународни војни трибунали нису сматрали да је то разлог за повлачење оптужнице.²⁶ Смрт оптуженог је била основ за повлачење оптужнице. Нпр. оптужница против Стипе Алиловића повучена је на захтјев тужиоца, одлуком претресног вијећа од 23. децембра 1997. године пошто је оптужени умро.²⁷ У пракси Хашког трибунала у више предмета оптужница је повучена због недостатка доказа. У неким случајевима она је због овог разлога повучена поднеском тужиоца прије потврђивања без тражења дозволе Суда као нпр. оптужница против Ивана Шантића, која је повучена поднеском тужиоца од 18. децембра 1997. године, док је у неким случајевима то учињено након потврђивања оптужнице уз дозволу Суда, као нпр. оптужнице против Маринка Катаве или Пере Скопљака по поднесцима тужиоца од 18. децембра 1997. године.²⁸ Више оптужница је повучено због тога да би се омогућило суђење оптуженима пред другим, домаћим судовима. Прихваћено је становиште да је ова идеја аналогна оној о узајамној допуњивости Хашког трибунала и националних судова. Начело упоредне надлежности предвиђено је чл. 9 Статута Хашког трибунала и по њему су Хашки трибунал и национални судови упоредо надлежни да кривично гоне осумњичене за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1. јануара 1991. године, при чему Хашки трибунал има првенство над националним судовима.²⁹ Хашки трибунал је нпр. 8. маја 1998. године због овог разлога налогом допустио повлачење оптужнице против оптужених Говедарице, Грубана, Јањића, Костића, Паспаља, Поповића, Предојевића, Савића, Бабића и Шапоње. У поднеску тужиоца којим је тражена дозвола за повлачење оптужнице против ових оптужених наведено је да је повећање броја хапшења присилило Хашко тужилаштво да поново процијени све неријешене оптужнице у односу на укупну стратегију истрага и гоњења у Тужилаштву и да је оно закључило да би се наведеним оптуженима могло судити и пред националним судом.³⁰

²⁶ Ibid, 529.

²⁷ Ibid, 529.

²⁸ Ibid, 529.

²⁹ Преведени текст Статута Хашког трибунала видјети код Џон Џоунс и Стивен Паулс, Међународна кривична пракса (превод), Београд, Фонд за хуманитарно право, 2005.

³⁰ Ibid, 530.

Ако анализирамо одредбе Правила Хашког трибунала које регулишу повлачење оптужнице, можемо закључити да и у поступку пред Хашким трибуналом повлачење оптужнице значи одустанак тужиоца од оптужнице и да се у том случају кривични поступак обуставља. Стилизација одредаба чл. 51. ових правила указује на то да су оне имале велики утицај на регулисање повлачења оптужнице у кривичнопроцесним законима у БиХ. Због тога су ове одредбе веома значајне и за разумијевање института повлачења оптужнице у кривичнопроцесним законима у БиХ. Да термин повлачење оптужнице потиче из страних законодавстава указује нпр. и чињеница па га као појам (термин) не помиње ни Јовашевић у свом Лексикону кривичног права.³¹ Симовић истиче да је подстицај за нове судске поступке у БиХ потекао из кривичног поступка који се користи у Хашком трибуналу.³²

5. ПОВЛАЧЕЊЕ ОПТУЖНИЦЕ ПО ЗКП РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ ДО 2008. ГОДИНЕ

ЗКП РС из 2003. године одредбама чл. 240 први пут у наше законодавство уводи термин повлачење оптужнице.³³ Тужилац (у то вријеме постојао је само јавни тужилац) могао је повући оптужницу до њеног потврђивања без претходног одобрења, а након потврђивања до почетка главног претреса само уз одобрење судије за претходно саслушање, који је потврдио оптужницу. У оба случаја суд је рјешењем обустављао кривични поступак и о томе је одмах обавјештавао осумњиченог, односно оптуженог, његовог браниоца и оштећеног. Идентично рјешење прихватили су чл. 232 ЗКП БиХ и чл. 247 ЗКП Ф БиХ и оно у неизмијењеном облику у њима важи и данас.³⁴ Идентично рјешење прихваћено је и чланом 232 ЗКП БД БиХ Б.³⁵

³¹ Драган Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, Службени лист СР Југославије 2002.

³² Миодраг Симовић, Кривични поступци у Босни и Херцеговини, Бања Лука, Министарство унутрашњих послова Републике Српске и Висока школа унутрашњих послова Бања Лука, 2003, 144.

³³ Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 50/03).

³⁴ Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“, бр. 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 и 65/18); Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине Ф БиХ“, бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 08/13, 59/14 и 74/20).

³⁵ Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине („Службени

Измјенама и допунама ЗКП БД БиХ из 2014. Године, повлачење оптужнице модификовано је и такво рјешење задржано је до данас.³⁶ Нова рјешења код повлачења оптужнице ЗКП БД БиХ преузео је из ЗКП РС након његових измјена из 2008. године и састоје се у сљедећем: а) повлачење оптужнице након потврђивања тужилац може тражити само образложеним приједлогом; б) повлачење оптужнице након потврђивање дозвољено је само због „важних разлога“; и в) повлачење оптужнице након потврђивања одобрава судија за претходно саслушање, с тим што је изостављено да је то онај судија за претходно саслушање који је потврдио оптужницу. Повлачење оптужнице једно је од процесних права којим располаже тужилац у складу са начелом акузаторности.³⁷ Могућност повлачења оптужнице произлази из права тужиоца да располаже оптужбом и то његово право представља одступање од принципа легалитета кривичног гоњења, а реализацију принципа мутабилитета.³⁸

Југословенска правна традиција и ЗКП СФР Југославије нису познавали термин повлачење оптужнице па се поставља логично питање одакле он у кривичнопроцесним законима у БиХ. Наша стручна литература овим питањем се није бавила. Чини се да је овај термин у кривичнопроцесне законе у БиХ уведен под утицајем кривичног поступка који се примијењује у Хашком трибуналу. По правилу 51 ст. 1 Правила (Правилника) Хашког трибунала, тужилац може повући оптужницу без одобрења у било које доба прије њеног потврђивања, а након тога за повлачење оптужнице неопходно је одобрење суда. По ст. 2, о повлачењу оптужнице одмах се обавјештавају осумњичени или оптужени и њихов бранилац.³⁹

гласник БД БиХ“, бр. 33/13).

³⁶ Закон о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник БД БиХ“, бр. 27/14).

³⁷ Миодраг Симовић, Кривично процесно право, треће измијењено и допуњено издање, Бања Лука, Факултет за безбједност и заштиту, 2009, 339.

³⁸ Хајрија Сијерчић-Чолић, Малик Хациомерагић, Маринко Јурчевић, Дамјан Кауриновић и Миодраг Симовић, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, Сарајево, Савјет Европе и Европска комисија, 2005, 626; Миодраг Симовић, Кривично процесно право, треће измијењено и допуњено издање, Бања Лука, Факултет за безбједност и заштиту, 2009, 339.

³⁹ Правила поступања и доказивања Међународног трибунала за суђење лицима одговорним за тешке повреде међународног хуманитарног права учињене на територији бивше Југославије од 1991. године. Превод Правила видјети: Владан Васиљевић, Зборник докумената „Међународни кривични трибунал за бившу Југославију: карактеристике и процедуре, Београд, Прометеј, 1996, 180–215.

Стилизација ових одредаба у доброј мјери подсјећа на рјешења из кривичнопроцесних закона у БиХ.

Одобрење судије за претходно саслушање које се захтијева за повлачење потврђене оптужнице представља један од видова судске контроле оптужне функције у кривичном поступку.⁴⁰ Иако то није изричито прописано у ЗКП БиХ и ЗКП ФБиХ, а није било изричито прописано ни раније у ЗКП РС и ЗКП БД БиХ, сматра се да суд одобрење за повлачење оптужнице даје на основу писменог захтјева тужиоца, у коме се наводе „кратки“ разлози због којих се то тражи.⁴¹ Да је прилично нејасно шта је права сврха повлачења оптужнице, посебно потврђене, указује и то што поједини аутори постављају питање чиме је јавни тужилац мотивисан да тражи повлачење оптужнице у ситуацији у којој је суд већ потврдио да постоји основана сумња и да не постоје процесне сметње за прогон.⁴² Поједини аутори оправдано постављају и питање шта ће се десити ако суд не дозволи повлачење оптужнице јер им није јасно на који начин ће наложити тужиоцу да прогони, будући да тужилац може увијек у току главног претреса одустати од кривичног гоњења.⁴³ Против рјешења о обустављању поступка дозвољена је жалба, јер лица чија су права повријеђена увијек могу поднијети жалбу кад у кривичнопроцесним законима у БиХ није изричито одређено да жалба није дозвољена.⁴⁴ Посебно је питање да ли таква жалба има изгледа на успјех.

⁴⁰ Недељко Станковић, Кривично процесно право, Брчко, Европски универзитет Брчко дистрикт, 2021, 337.

⁴¹ Хајрија Сијерчић-Чолић, Малик Хациомерагић, Маринко Јурчевић, Дамјан Кауриновић и Миодраг Симовић, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, Сарајево, Савјет Европе и Европска комисија, 2005, 626; Светлана Марић, „Посљедице повлачења оптужнице након потврђивања и могућност доношења одбијајуће пресуде по новој оптужници“, Билтен Округног суда у Бањој Луци бр. 2-3-4/2006, 236; Недељко Станковић, Кривично процесно право, Брчко, Европски универзитет Брчко дистрикт, 2021, 337.

⁴² Анте Новокмет, Право жртве да захтијева контролу непокретања казног поступка према чл. 11. Директиве о минималним правима жртава и усклађеност босанско-херцеговачког и хрватског права у зборнику „Однос права у региону и права Европске уније“, Источно Сарајево, 2015, 419. Аутор додаје да тада јавни тужилац „одустаје од прогона“, чиме на одређен начин даје одговор на своје питање.

⁴³ Ibid, 419.

⁴⁴ Хајрија Сијерчић-Чолић, Малик Хациомерагић, Маринко Јурчевић, Дамјан Кауриновић и Миодраг Симовић, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, Сарајево, Савјет Европе и Европска комисија, 2005, 627; Миодраг Симовић, Кривично процесно право, треће измијењено и допуњено издање, Бања Лука, Факултет за безбједност и заштиту, 2009, 339; Анте Новокмет, Право

У нашој стручној литератури преовладава схватање да процесне посљедице повлачења оптужнице прије и након потврђивања оптужнице нису идентичне. Сматра се да повлачење оптужнице прије њеног потврђивања не представља пресуђену ствар и да у тој ситуацији тужилац може увијек подићи нову оптужницу, а да право на подношење нове оптужнице тужилац губи уколико је до повлачења оптужнице дошло након њеног потврђивања, јер је та процесна ситуација идентична оној у којој је до одустанка од оптужнице дошло на главном претресу. Једина разлика је та што у случају повлачења оптужнице након њеног потврђивања суд обуставља кривични поступак рјешењем, а у случају одустанка од оптужнице на главном претресу доноси пресуду којом се оптужба одбија. У оба случаја имамо пресуђену ствар јер су обје одлуке, и рјешење и пресуда, правоснажне одлуке. Сматра се да би супротно тумачење повриједило принцип *ne bis in idem*, односно разлоге правичности и правне сигурности и да одредбе о понављању кривичног поступка завршеног правоснажним рјешењем говоре о понављању поступка који је завршен због одустанка тужиоца од гоњења до почетка главног претреса.⁴⁵ У случају обустављања кривичног поступка након сагласности судије за претходно саслушање за повлачење оптужнице тужиоцу једино остаје могућност понављања поступка завршеног правоснажним рјешењем и то само у случајевима изричито предвиђеним законом: а) ако је кривични поступак правоснажно обустављен прије почетка главног претреса, осим случаја ако је обустављен јер није било потребног одобрења када се наставља на захтјев тужиоца након што се одобрење прибави, ако се поднесу нови докази на основу којих се суд може увјерити да су се стекли услови за поновно покретање кривичног поступка; и б) кад је тужилац одустао од гоњења, ако се докаже да је до одустанка дошло

жртве да захтијева контролу непокретања казненог поступка према чл. 11. Директиве о минималним правима жртава и усклађеност босанско-херцеговачког и хрватског права у зборнику „Однос права у региону и права Европске уније“, Источно Сарајево, 2015, 419.

⁴⁵ Хајрија Сијерчић-Чолић, Малик Хаџиомерагић, Маринко Јурчевић, Дамјан Кауриновић и Миодраг Симовић, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, Сарајево, Савјет Европе и Европска комисија, 2005, 627; Миодраг Симовић, Кривично процесно право, треће измијењено и допуњено издање, Бања Лука, Факултет за безбједност и заштиту, 2009, 339; Светлана Марић, „Посљедице повлачења оптужнице након потврђивања и могућност доношења одбијајуће пресуде по новој оптужници“, Билтен Округног суда у Бањој Луци бр. 2-3-4/2006, 236; Недељко Станковић, Кривично процесно право, Брчко, Европски универзитет Брчко дистрикт, 2021, 337.

услед кривичног дјела тужиоца.⁴⁶ Поједини аутори сматрају да у случају да тужилац не поднесе захтјев за понављање кривичног поступка у случају постојања нових доказа већ одмах поднесе нову оптужницу коју судија за претходно саслушање потврди утврђујући постојање основане сумње, то представља мериторно исту одлуку као и кад вијеће одлучи о понављању поступка. Они сматрају да се у том случају не може донијети пресуда којом се оптужба одбија због пресуђене ствари⁴⁷ Ово становиште није прихватљиво.

Поједини аутори који заступају становиште по коме је могуће подизање нове оптужнице ако је до повлачења дошло прије њеног потврђивања контрадикторно закључују да су процесне последице исте без обзира на то како је дошло до повлачења оптужнице (прије потврђивања или након потврђивања, односно са или без судског одобрења) јер судија за претходно саслушање доноси рјешење којим се поступак обуставља.⁴⁸ Иако се изричито не изјашњавају о овом питању, чини се да поједини аутори заступају и другачије схватање. То произлази из њиховог становишта да повлачење оптужнице у ствари представља одустанак од кривичног гоњења. Плех истиче да „у складу са могућношћу тужиоца да располаже кривичноправним захтјевом (начело мутабилитета), он има право да промијени свој став и одустане од кривичног гоњења (повлачење оптужнице)“.⁴⁹ Ауторица сматра да након повлачења оптужнице тужилац може само да подигне нову оптужницу за исто кривично дјело против другог лица или против истог оптуженог за друго кривично дјело, а да се само под условима за понављање кривичног поступка који је завршен правоснажним рјешењем може поново водити кривични поступак по ранијем оптужном акту.⁵⁰

Нико од аутора који сматрају да након повлачења оптужнице прије њеног потврђивања постоји могућност подизања нове оптужнице тај став

⁴⁶ Чл. 332 Кривичног закона Републике Српске из 2003. године.

⁴⁷ Светлана Марић, „Последице повлачења оптужнице након потврђивања и могућност доношења одбијајуће пресуде по новој оптужници“, Билтен Округног суда у Бањој Луци бр. 2-3-4/2006, 238.

⁴⁸ Миодраг Симић, Кривично процесно право, треће измијењено и допуњено издање, Бања Лука, Факултет за безбједност и заштиту, 2009, 339.

⁴⁹ Вилдана Плех (2020), Стадији кривичног поступка (on line настава за 3. април 2020. године), Сарајево, 2020, 47, доступно на <https://www.wpts.unsa.pf/wp-content/uploads/2022>, преузето 10. маја 2022. године.

⁵⁰ Вилдана Плех, Поступак оптуживања (предавање on line 10. април 2020. године), Сарајево, 2020, 16, доступно на <https://www.wpts.unsa.pf/wp-content/uploads/2022>, преузето 10. маја 2022. године.

није образложио. Због тога се мора расправити питање да ли је то заиста могуће, а ако јесте, које одредбе су основ за такво становиште. У нашој стручној кривичнопроцесној литератури, нажалост, нису ријетки примјери у којима је неко од аутора заузео спорно, па чак и погрешно становиште о неком питању које су затим по инерцији сви касније некритички прихватили. Одредбе ЗКП БиХ, ЗКП Ф БиХ, ЗКП БД БиХ и ЗКП РС до његових измјена из 2008. године о повлачењу оптужнице нису основ за становиште по коме је након повлачења оптужнице прије потврђивања могуће поднијети нову оптужницу због више разлога. Прво, те одредбе и не спомињу било какву могућност подизања нове оптужнице након њеног повлачења, нити она произлази из било које друге одредбе кривичнопроцесних закона у БиХ. Зар не би било више него логично да законодавци у БиХ, под претпоставком да заиста сматрају да треба омогућити подизање нове оптужнице након њеног повлачења, то и изричито предвиде? Сама могућност подизања нове оптужнице за све главне кривичнопроцесне субјекте толико је значајна да би се морала изричито предвидјети. Друго, овдје повлачење оптужнице представља у ствари одустанак од кривичног гоњења, односно одустанак од оптужнице. На то јасно, иако посредно, указује и чињеница да ЗКП БиХ, ЗКП Ф БиХ, ЗКП БД БиХ и ЗКП РС и ЗКП РС до 2008. године не познају институт одустанка од оптужбе прије почетка главног претреса. Они регулишу само одустанак од оптужнице од почетка до завршетка главног претреса када суд доноси пресуду којом се оптужба одбија. Уколико повлачење оптужнице не значи одустанак од оптужбе логично би било да уз институт повлачења оптужнице постоји и институт одустанка од оптужбе прије почетка главног претреса. У ЗКП СФР Југославије, уз институт одустанка од оптужбе од почетка до завршетка главног претреса, када је суд по чл. 349 ст. 1 тач. 3) доносио пресуду којом се оптужба одбија, постојао је и институт одустанка од оптужбе прије почетка главног претреса, када је суд по чл. 286 кривични поступак рјешењем обустављао.⁵¹ И законодавства држава насталих распадом бивше Југославије познају институт одустанка од оптужнице до почетка главног претреса, нпр. по чл. 51 ЗКП Србије јавни тужилац може одустати од кривичног гоњења до потврђивања оптужнице, а по чл. 49 може одустати од оптужбе од потврђивања оптужнице до завршетка главног претреса, по чл. 312 ЗКП Црне Горе државни тужилац може одустати од оптужнице прије него што главни претрес почео, а по чл. 293

⁵¹ Закон о кривичном поступку СФР Југославије („Службени лист СФР Југославије“, број 4/77).

ЗКП Словеније тужилац може одустати од оптужбе прије почетка главног претреса. Треће, да је намјера законодаваца била да након повлачења непотврђене оптужнице омогуће подизање нове оптужнице не би изричито предвидјели да се и у том случају рјешењем кривични поступак обуставља. Четврто, стилизација одредбе по којој се у оба случаја из ст. 1 (и повлачења оптужнице прије потврђивања без претходног одобрења и повлачења оптужнице након потврђивања до почетка главног претреса уз одобрење судије за претходно саслушање) поступак обуставља рјешењем јасно указује на то да су у оба случаја посљедице потпуно идентичне. Таква стилизација ове одредбе ни у ком случају не може бити основ за схватање да након повлачења оптужнице прије њеног потврђивања постоји могућност подизања нове оптужнице, већ управо за супротно. Овдје је намјера законодаваца да правне посљедице у оба случаја повлачења оптужнице буду идентичне више него јасна. Пето, ни по одредбама правила 51 ст. 1 Правила (Правилника) Хашког трибунала, за које се чини да су биле непосредан узор увођењу термина повлачење оптужнице у кривичнопресна законодавства БиХ, у случају да је тужилац повукао оптужницу без одобрења прије њеног потврђивања није постојала могућност подизања нове оптужнице.

Да су у вези са правном природом повлачење оптужнице у ранијој судској пракси у РС постојале дилеме, указује више примјера у којима је тужилац након повлачења оптужнице и обустављања кривичног поступка поново за исто кривично дјело против истог оптуженог подизао нову оптужницу. Нпр. у једном предмету тужилац је прије почетка главног претреса питао предсједника вијећа да ли може повући оптужницу уз сагласност судије за претходно саслушање и након тога подићи нову оптужницу. Предсједник вијећа је тужиоца довео у заблуду, због тога да на једноставан начин заврши свој предмет, потврђујући тужиоцу да може и када је то тужилац учинио, рјешењем је обуставио кривични поступак. Након тога је тужилац подигао нову оптужницу коју је судија за претходно саслушање потврдио, погрешно сматрајући да се одредбом чл. 240 ЗКП РС не праве разлике у погледу посљедица повлачења оптужнице између ситуације у којој је оптужница повучена прије њеног потврђивања и ситуације у којој је повучена уз сагласност судије за претходно саслушање након потврђивања и закључујући да се у обје ситуације може подићи нова оптужница. На главном претресу судеће вијеће је донијело пресуду којом се оптужба одбија, налазећи да се ту ради о *res iudicata* – пресуђеној ствари. Против првостепене пресуде тужилац је изјавио жалбу коју је другостепени суд одбио као неосновану. У образложењу другостепене одлуке наводи се да обустављање кривичног поступка након

повлачења оптужнице последице њеног потврђивања уз сагласност судије за претходно саслушање представља пресуђену ствар, за разлику од повлачења оптужнице прије њеног потврђивања.⁵²

6. ПОВЛАЧЕЊЕ ОПТУЖНИЦЕ ПО ЗКП РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ НАКОН 2008. ГОДИНЕ

Измјенама и допунама ЗКП РС из 2008. Године, институт повлачења оптужнице, бар је таква намјера законодавца била, битно је другачије нормиран.⁵³ Он је регулисан чл. 247 важећег ЗКП РС. Задржано је рјешење по коме јавни тужилац може повући оптужницу до потврђивања без претходног одобрења судије за претходно саслушање. Повлачење оптужнице након потврђивања до почетка главног претреса модификовано је. Модификације се састоје у сљедећем: а) повлачење оптужнице након потврђивања јавни тужилац може тражити само образложеним приједлогом; б) повлачење оптужнице након потврђивања дозвољено је само због „важних разлога“; и в) повлачење оптужнице након потврђивања одобрава судија за претходно саслушање, с тим што је изостављено да је то онај судија за који је потврдио оптужницу. Изричито је предвиђено да судија за претходно саслушање повлачење оптужнице одобрава рјешењем.

Овлашћење јавног тужиоца на повлачење оптужнице није неограничено и од фазе кривичног поступка зависи да ли то може учинити слободно или мора да тражи одобрење суда.⁵⁴ Одобрење за повлачење оптужнице судије за претходно саслушање представља један од видова судске контроле оптужне функције у кривичном поступку.⁵⁵ Након почетка главног претреса јавни тужилац не може повући оптужницу и његов одустанак од оптужбе у тој фази представља разлог за доношење пресуде којом се оптужба

⁵² Рјешење судије за претходно саслушање Основног суда у Бањој Луци бр. Кпс-221/05 од 2. јуна 2005. године; пресуда Основног суда у Бањој Луци бр. К-598/05 од 2. марта 2006. године (аутор рада је био предсједник судећег вијећа); пресуда Округног суда у Бањој Луци бр. 011-0-Кж-06-000-208 од 14. септембра 2006. године; У ранијем периоду постоји више примјера у којима је тужилац изгубио предмет погрешно сматрајући да након повлачења оптужнице, и поред тога што је рјешењем обустављен кривични поступак, може подићи нову оптужницу.

⁵³ Закон о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 119/08).

⁵⁴ Драган Јовашевић и Вељко Икановић, Кривично процесно право Републике Српске, Бања Лука, Паневропски универзитет “Апеирон”, 2016, 199.

⁵⁵ Миодраг Симовић, Кривично процесно право, треће измијењено и допуњено издање,

одбија. И у новом концепту института повлачења оптужнице законодавац је оставио могућност повлачења оптужнице и након њеног потврђивања, условљавајући то одобрењем судије за претходно саслушање. Питање је да ли је овакво рјешење добро. Поједини аутори сматрају да је прилично нејасно шта је права сврха повлачења потврђене оптужнице и постављају питање чиме је јавни тужилац мотивисан за то у ситуацији у којој је суд већ потврдио да постоје основана сумња и процесне претпоставке за главни претрес.⁵⁶ Треба истаћи да ЗКП Хрватске повлачење оптужнице дозвољава искључиво до потврђивања.

Законодавац није прописао конкретне разлоге због којих се оптужница може повући. То свакако представља његов пропуст. Он је то измјенама ЗКП РС из 2008. године посредно признао, прописујући да се оптужница може повући само због „важних разлога“. Међутим, он није одредио који су то „важни“ разлози због којих се оптужница може повући. То је остало фактичко питање које се рјешава у сваком конкретном случају.⁵⁷ Законска формулација „важни разлози“ прилично је уопштена и неодређена, тако да не рјешава проблем. И даље остаје нејасно и отворено питање због којих разлога јавни тужилац може повући оптужницу. Да се овдје ради о пропусту законодавца, указује рјешење овог питања у хрватском законодавству. Наиме, тамо државни тужилац може повући оптужницу само због таксативно прописаних разлога: 1. ако није прописно састављена; 2. ако у односу на цијелу оптужницу постоје недостаци у претходном поступку; 3. ако чињенични опис кривичног дјела не произлази из раније прибављених доказа; 4. ако је потребно боље разјашњење ствари. Будућим измјенама и допунама ЗКП РС требало би таксативно предвидјети разлоге због којих се оптужница може повући. То би требало урадити на начин који је сличан ономе у ЗКП Хрватске. Ту би се радило разлозима због којих суд оптужницу враћа на исправак као неуредан поднесак јер није прописно састављена, али и онима због којих суд одбија да је потврди.

У новом концепту института повлачења оптужнице изостављена је одредба по којој суд у том случају кривични поступак обуставља. Сматра

Бања Лука, Факултет за безбједност и заштиту, 2009, 339.

⁵⁶ Анте Новокмет, Право жртве да захтијева контролу непокретања казненог поступка према чл. 11. Директиве о минималним правима жртава и усклађеност босанско-херцеговачког и хрватског права у зборнику „Однос права у региону и права Европске уније“, Источно Сарајево, 2015, 419.

⁵⁷ Драган Јовашевић и Вељко Икановић, Кривично процесно право Републике Српске, Бања Лука, Паневропски универзитет “Апеирон”, 2016, 199.

се да изостављање ове одредбе указује на то да јавни тужилац након повлачења оптужнице може подићи нову оптужницу. Пропуст законодавца је то што није изричито прописао могућност подизања нове оптужнице, уколико му је била стварна намјера да то омогући. Могућност подизања нове оптужнице изузетно је битна кривичнопроцесна радња и морала би бити изричито предвиђена. Чињеница да није сама по себи отвара многе дилеме. Ако се стане на становиште да након повлачења оптужнице јавни тужилац може подићи нову оптужницу, логично се поставља питање до када. Осумњичени, односно оптужени никако не би смио превише дуго бити у неизвјесности. Законодавац је пропустио да одреди рок за подизање нове оптужнице и то свакако представља велики пропуст. Јавни тужилац осумњиченог, односно оптуженог може практично да држи у неизвјесности све до наступања застарјелости кривичног гоњења. Такво рјешење само по себи отвара огроман простор за уцјене и злоупотребе. Оно помало личи на ситуацију из средњевјековног инквизиционог поступка у којој је суд, поред осуђујуће и ослобађајуће пресуде, могао да донесе и пресуду на основу које је окривљени остајао под сумњом тзв. *absolutio ab instantia*. Она је често била и тежа од осуђујуће јер се према оваквом окривљеном увијек могао покренути и водити кривични поступак и то у почетку само ако се појаве нови докази, а касније и на основу истих доказа.⁵⁸ Да то што наш законодавац није одредио рок за подизање нове оптужнице представља велики пропуст указују прилично јасно и рјешења из ЗКП Хрватске. Наиме, тамо су предвиђени различити рокови за подизање нове оптужнице у зависности од разлога због којих је она повучена, предвиђена је могућност да се ти рокови продуже и на крају изричито је прописано да је државни тужилац дужан да донесе рјешење о одбацивању кривичне пријаве или о обустави истраге ако нова оптужница не буде подигнута у одобреном року.

Законодавац није изричито прописао ни шта ће се десити ако нова оптужница не буде ни подигнута. Требало би прописати да суд тада рјешењем обуставља кривични поступак. У пракси Округног јавног тужилаштва у Бањој Луци постоји више примјера, у којима је након повлачења оптужнице тужилац обуставио истрагу. Оваква пракса отвара више питања. Прво, често обустављање истраге након повлачења оптужнице указује на то да повлачење оптужнице у пракси и у новом концепту овог института у ствари значи одустанак од оптужнице, чиме се доводи у питање његов

⁵⁸ Чедомир Стевановић, Кривично процесно право СФРЈ, Београд, Савремена администрација, 1982, 31.

прави смисао који треба да омогући подизање нове оптужнице. Друго, поставља се питање шта суд у таквој ситуацији треба да уради. Питање је колико је логично да рјешењем обуставља кривични поступак у коме је претходно јавни тужилац наредбом већ обуставио истрагу. И након повлачења потврђене оптужнице, нова оптужница би морала поново проћи поступак судске контроле, односно поступак потврђивања. Међутим, то није изричито предвиђено, иако би требало да буде. И то представља пропуст нашег законодавца.

Законодавац је предвидио да судија за претходно саслушање рјешењем одобрава повлачење потврђене оптужнице. Код повлачења непотврђене оптужнице није предвиђена било каква радња судије за претходни поступак. По чл. 247 ст. 2 ЗКП РС, судија за претходно саслушање у случају из ст. 1 рјешењем одобрава повлачење оптужнице и о томе обавјештава осумњиченог, односно оптуженог, браниоца, као и оштећеног. Ова формулација је прилично непрецизна и нејасна и остаје отворено питање да ли се наведена лица обавјештавају само у случају повлачења потврђене оптужнице или и у случају повлачења непотврђене оптужнице. Ова обавеза везује се за рјешење судије за претходно саслушање, којим се одобрава повлачење потврђене оптужнице, што указује на то да се наведена лица обавјештавају само о повлачењу потврђене оптужнице. Ту се говори о случају из ст. 1, иако у њему постоје у ствари два случаја, повлачење непотврђене оптужнице и повлачење потврђене оптужнице уз одобрење судије за претходно саслушање. Дилему продубљује и формулација по којој се о томе обавјештава „осумњичени, односно оптужени“. Наиме, потврђивањем оптужнице осумњичени постаје оптужени. Уколико би само постојала обавеза обавјештавања о повлачењу потврђене оптужнице, довољно би било да се наведе да се обавјештава само оптужени, а не и осумњичени. Управо спомињање осумњиченог у овој одредби може да укаже на то да постоји обавеза обавјештавања како о повлачењу потврђене, тако и о повлачењу непотврђене оптужнице. Ову одредбу би требало јасније и прецизније формулисати. Занимљиво је да чл. 46а ст. 1 тач. д) ЗКП РС као једно од права оштећеног предвиђа право да буде обавијештен о повлачењу оптужнице (не прави се разлика између потврђене и непотврђене), прије чему није предвиђено његово право да буде обавијештен о подизању оптужнице.

ЗКП РС прописује чл. 297 ст. 1 тач. б) да ће суд донијети пресуду којом се оптужба одбија ако тужилац од почетка па до завршетка главног претреса одустане од оптужнице. Међутим, није изричито предвиђено како ће суд поступити ако тужилац одустане од оптужнице до почетка главног

претреса. Ако се стане на становиште да након повлачења оптужнице јавни тужилац може подићи нову оптужницу, односно да повлачење оптужнице не значи и одустанак од ње, онда треба изричито предвидјети и могућност одустанка тужиоца од оптужнице до почетка главног претреса. У том случају би суд рјешењем обуставио кривични поступак. Занимљиво је да ЗКП РС употребљава термин „одустајање од оптужнице“ и регулише посљедице тог одустајања, али не у одредбама којима се регулише поступак оптужења и главног претрес до његовог почетка гдје би то требало, већ у одредбама чл. 46в, којима је прописано да оштећени као тужилац може преузети кривично гоњење ако јавни тужилац након потврђивања оптужнице изјави да „одустаје од оптужнице“. Уколико оштећени не преузме кривично гоњење, суд доноси рјешење о обустави кривичног поступка односно пресуду којом се оптужба одбија. Ова одредба је непотпуна јер не обухвата и случајеве у којима нема оштећеног, гдје отпада могућност да оштећени преузме кривично гоњење. Да се овдје ипак ради о пропусту нашег законодавца, јасно указује и одредба чл. 380 ст. 1 ЗКП Хрватске, која предвиђа, независно од постојања института повлачења оптужнице, да ће суд рјешењем обуставити кривични поступак ако тужилац прије почетка главног претреса одустане од оптужнице.

Измјенама и допунама ЗКП РС из 2021. године поново је уведен у наш кривични поступак оштећени као тужилац. Он по чл. 46в, може преузети кривично гоњење ако јавни тужилац након потврђивања изјави да одустаје од оптужнице. Пошто је по ЗКП РС могуће повићи и оптужницу која је потврђена, логично се поставља и питање да ли то може по одобрењу судије за претходно саслушање учинити и оштећени као тужилац. ЗКП РС изричито прописује да оштећени као тужилац има сва права која у кривичном поступку има и јавни тужилац, али само као странка, не и права која јавни тужилац има као државни орган. Ова одредба указује на то да постоји могућност да и оштећени као тужилац повуче оптужницу. Питање је да ли је ово рјешење добро. Оваква одредба постојала је и у ЗКП СФРЈ, а постоји и у кривичнопроцесним законима свих држава насталих распадом бивше СФР Југославије. Оправдано се може поставити питање да ли је то баш у потпуности тако. Поједини аутори истичу да ипак постоје разлике између права јавног тужиоца као странке и оштећеног као тужиоца. По неким ауторима, те разлике, иако постоје, нису велике. Тако је нпр. Иванић у ранијој југословенској кривичнопроцесној теорији истицао да је оштећени као тужилац „безмало раван јавном тужиоцу“ и да су њихове улоге у кривичном

поступку „скоро сасвим идентичне“.⁵⁹ Постоје и аутори који сматрају да те разлике нису баш ни мале, па нпр. Павишић закључује да је положај државног (јавног) тужиоца и оштећеног као тужиоца као странака „у многим питањима друкчији“.⁶⁰ Законодавства свих држава насталих распадом бивше СФР Југославије одређене разлике у правима између јавног тужиоца као странке и оштећеног као тужиоца изричито истичу. Нпр. ЗКП Хрватске у многим одредбама прописује да одређена овлашћења имају „странке“ или „тужилац“, гдје спада и оштећени као тужилац, али изузетно нека страначка овлашћења даје само јавном тужиоцу, нпр. по чл. 365 повући оптужницу прије потврђивања може само државни тужилац који касније може подићи нову измијењену оптужницу. Може се закључити да је неспорно да, и поред тога што начелно оштећени као тужилац има сва страначка права као и јавни тужилац, у одређеним случајевима постоје разлике које је неопходно предвидјети, а што ЗКП РС није учинио. Наиме, чл. 1 Закона о измјенама и допунама ЗКП РС из 2017. године прописано је да се у цијелом тексту закона ријечи „тужилац“ замјењује ријечима „јавни тужилац“.⁶¹ ЗКП РС у свим одредбама којима се регулишу права и обавезе тужиоца, сада поред јавног тужиоца и оштећеног као тужиоца, и даље користи термин „јавни тужилац“. Исправно би било да се користе термини „странка“ или „тужилац“, а да се термин „јавни тужилац“ користи у оним одредбама којима се изузетно желе одређена страначка овлашћења дати само јавном тужиоцу. Тако би се нпр. само јавном тужиоцу могла дати права за закључивање споразума о признању кривице или повлачење оптужнице.

7. ЗАКЉУЧЦИ

Ако се сагласимо да није спорно да је након повлачења оптужнице по ЗКП РС могуће подизање нове оптужнице, односно да повлачење оптужнице не представља одустанак од оптужнице, неопходно је изричито предвидјети и одустанак од оптужнице у одредбама које регулишу поступак оптужења до почетка главног претреса. Начин на који је регулисан институт повлачења оптужнице у ЗКП РС није задовољавајући и он је остао недоречен. Нису таксативно предвиђени разлози због којих се оптужница може

⁵⁹ Иван Иванић, „Дискриминисани положај оштећеног као тужиоца у кривичном поступку“, Гласник Адвокатске коморе Војводине бр. 8-9/74, 29.

⁶⁰ Берислав Павишић, Коментар Закона о казненом поступку, Ријека, Душевић & Кршовник, 2011, 181. и 182.

⁶¹ „Службени гласник Републике Српске“, број 91/17.

повући. Формулација да је то дозвољено из „важних разлога“ у суштини не значи много. Она код повлачења оптужнице прије њеног потврђивања није чак ни предвиђена. То практично значи да наш законодавац сматра да јавни тужилац прије потврђивања оптужницу може повући због било ког разлога. Такво рјешење широм отвара могућности за злоупотребе и то свакако није добро. По угледу на хрватско законодавство, случајеве у којима се дозвољава повлачење оптужнице треба изричито предвидјети. Требало би изричито прописати да се након повлачења оптужнице може подићи нова оптужница, чиме би се отклониле све дилеме. Осим тога, требало би изричито предвидјети да након повлачења потврђене оптужнице и нова оптужница мора проћи судску контролу, односно поступак потврђивања. Наш законодавац није прописао ни рок у коме се нова оптужница мора подићи. То је сигурно велики пропуст. Оптужени се не смије временски неограничено држати у неизвјесности. Рок за подизања нове оптужнице мора се прописати, као и посљедице уколико она у том року не буду подигнута. Добро би било изричито ријешити и питање да ли оштећени као тужилац, након што преузме кривично гоњење, може повући потврђену оптужницу.

8. ЛИТЕРАТУРА

I Књиге и чланци

1. Васиљевић, Владан, Зборник докумената Међународни кривични трибунал за бившу Југославију: карактеристике и процедуре, Београд, Прометеј 1996.
2. Васиљевић, Тихомир и Грубач, Момчило, Коментар законика о кривичном поступку, једанаесто измењено и допуњено издање, Београд, Службени гласник 2010.
3. Цоунс, Џон и Паулс, Стивен, Међународна кривична пракса (превод), Београд, Фонд за хуманитарно право 2015.
4. Иванић, Иван, „Дискриминисани положај оштећеног као тужиоца у кривичном поступку“ Гласник Адвокатске коморе Војводине бр. 8-9/74, Нови Сад 1974.
5. Илић, Горан, Мајић, Миодраг, Бељански, Слободан и Трешњев, Александар, Коментар законика о кривичном поступку, седмо измењено и допуњено издање, Београд, Службени гласник 2014.
6. Јовашевић, Драган, Лексикон кривичног права, Београд, Службени лист СР Југославије, 2002.
7. Јовашевић, Драган и Икановић, Вељко, Кривично процесно право Републике Српске, Бања Лука, Паневропски универзитет “Апеирон” 2016.
8. Марић, Светлана, „Посљедице повлачења оптужнице након потврђивања и могућност доношења одбијајуће пресуде по новој оптужници“, Билтен Окружног суда у Бањој

- Луци бр. 2-2-4/06, Бања Лука 2006.
9. Новокмет, Анте, Право жртве да захтијева контролу непокретања казненог поступка према чл. 11. Директиве о минималним правима жртава и усклађеност босанско-херцеговачког и хрватског права у зборнику „Однос права у региону и права Европске уније“, Источно Сарајево 2015.
 10. Павишић, Берислав, Коментар Закона о казненом поступку, Ријека. Душевић & Кршовник д.о.о 2011.
 11. Плех, Вилдана, Стадији кривичног поступка (онлајн настава за 3. април 2020. године), доступно на [https://www.pts.unsa.ba/wp-content/uploads/2022](https://www.pts.unsa.ba/wp-content/uploads/2022/02/Pluh-Vildana-Pravna-rijec-2022.pdf), преузето 10. маја 2022. године, Сарајево 2020.
 12. Плех, Вилдана, Поступак оптуживања (предавање on line 10. април 2020. године), доступно на [https://www.pts.unsa.ba/wp-content/uploads/2022](https://www.pts.unsa.ba/wp-content/uploads/2022/02/Pluh-Vildana-Pravna-rijec-2022.pdf), преузето 10. маја 2022. Године, Сарајево 2020.
 13. Сијерчић-Чолић, Хајрија, Хациомерагић, Малик, Јурчевић, Маринко, Кауриновић, Дамјан и Симовић, Миодраг, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини, Сарајево, Савјет Европе/Европска комисија 2005.
 14. Симовић, Миодраг, Кривични поступци у Босни и Херцеговини, Министарство унутрашњих послова Републике Српске и Висока школа унутрашњих послова Бања Лука, Бања Лука 2003.
 15. Симовић, Миодраг, Кривично процесно право, треће измијењено и допуњено издање, Бања Лука, Факултет за безбједност и заштиту 2009.
 16. Станковић, Недељко, Кривично процесно право, Брчко, Европски универзитет Брчко дистрикт 2021.
 17. Стевановић, Чедомир, Кривично процесно право СФРЈ, Београд, Савремена администрација 1982.
 18. Шкулић, Милан, Међународни кривични суд – надлежност и поступак, Београд, Центар за публикације Правног факултета 2005.

II Прописи

19. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине („Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 и 65/18).
20. Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 50/03).
21. Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине („Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“, бр. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14 и 74/20).
22. Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени

- гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 33/13, 27/14 и 16/20).
23. Закон о казненем поступку Хрватске („Народне новине Републике Хрватске“, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17 и 126/19).
 24. Законик о кривичном поступку Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14, 35/19, 27/21 и 62/21).
 25. Законик о кривичном поступку Црне Горе („Службени лист Црне Горе“, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 27/15, 35/15, 58/15, 28/18 и 116/20)
 26. Закон о казенском поступку („Урадни лист Републике Словеније“, бр. 33/12, 47/13, 87/14, 8/16, 64/16, 65/16, 66/17, 22/19, 55/20, 89/20, 191/20, 200/20 и 105/21).
 27. Законот за кривичната постапка („Службен весник на Република Македонија“, бр. 150/10, 100/12, 27/16, 142/16, 193/16 и 198/18).
 28. Закон о кривичном поступку СФР Југославије („Службени лист СФР Југославије“, број 4/77).
 29. Правила поступања и доказивања Међународног трибунала за суђење лицима одговорним за тешке повреде међународног хуманитарног права учињене на територији бивше Југославије од 1991. године.
 30. Статут Међународног кривичног суда (ИСС).
 31. Статут Међународног трибунала за суђење лицима одговорним за тешке повреде међународног хуманитарног права учињене на територији бивше Југославије од 1991. године.

Radenko Jankovic⁶²

WITHDRAWAL OF THE INDICTMENT

***Abstract:** At the beginning of the 21st century, the criminal procedural laws in Bosnia and Herzegovina were radically changed. Under the influence of foreign legislation, many new institutes were implemented, e.g. plea agreement, procedure for issuing a criminal warrant, confirmation of indictment, plea of guilty before the judge for a preliminary hearing, preliminary objections against the indictment, complaint. Among them is the withdrawal of the indictment, while there is not a single serious paper in our professional literature about it. There are many controversial issues about the withdrawal of the indictment, e.g.*

⁶² Republic Public Prosecutor in the Republic Public Prosecutor's Office of the Republic of Srpska.

it is unclear for what reasons the indictment can be withdrawn, whether a new indictment can be filed after the withdrawal, and within what time frame the new indictment must be filed. The dilemmas became even bigger with the changes of this institute from 2008 in the Law on Criminal Procedure of the Republic of Srpska. Even a superficial analysis indicates that significant omissions were made during its standardization. Consideration of this issue should contribute to a better understanding of this institute, but also to a new legal solutions that will better suit our conditions, practical needs and theoretical assumptions. Better legal solutions for this institute are necessary.

Keywords: *withdrawal of the indictment, waiver of the indictment, suspension of criminal proceedings, filing of a new indictment*

GAŠENJE PREKRŠAJNOG KAŽNJAVANJA

Dr Ljubinko Mitrović¹,
Jelena Mitrović, msr²

Rezime: Prekršajne sankcije predstavljaju državne, odnosno prinudne mjere represivno-preventivnog karaktera kojima se učinioci prekršaja, pod uslovima predviđenim prekršajnim propisima, ograničavaju ili uskraćuju u određenim pravima ili slobodama, na osnovu odluke nadležnog suda, odnosno ovlaštenog organa, donesene u zakonito sprovedenom postupku. Najčešće i u pravilu, one se gase njihovim izvršenjem nad učiniocem prekršaja od strane nadležnih državnih organa. Pored toga, imamo i neke druge okolnosti koje gase pravo države na izricanje i izvršenje prekršajne sankcije, odnosno osnove gašenja prekršajnih sankcija, a najvažniji od njih jesu smrt učinioca prekršajnog djela poslije njegovog izvršenja, amnestija i zastarjelost. Radi se o javnopravnim institutima – osnovima koji isključuju pravo države na primjenu prekršajnih sankcija prema učiniocima prekršajnih djela. Upravo o gašenju prekršajnog kažnjavanja, odnosno samo jednom od osnova gašenja ovih sankcija – zastarjelosti biće riječi u ovom referatu.

Ključne riječi: prekršaji, osnovi gašenja prekršajnog kažnjavanja, Republika Srpska, zastarjelost.

1. PREKRŠAJNE SANKCIJE

Prekršajne sankcije predstavljaju državne, odnosno prinudne mjere represivno-preventivnog karaktera kojima se učinioci prekršaja, pod uslovima predviđenim prekršajnim propisima, ograničavaju ili uskraćuju u određenim pravima ili slobodama, na osnovu odluke nadležnog suda, odnosno ovlaštenog organa,

¹ Redovni profesor, Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine Banja Luka

² Republički centar za istraživanje rata i ratnih zločina i traženje nestalih lica Banja Luka

donesene u zakonito sprovedenom postupku³.

Istorijski gledano, dugi niz godina u razvoju prekršaja kao posebne kategorije kaznenih delikata, jedine prekršajne sankcije propisivane za počinjene prekršaje bile su kazne. Takav sistem prekršajnih sankcija u kojem su propisivane isključivo kazne, u pravnoj teoriji naziva se monističkim⁴.

U XX vijeku, u kazneno pravo prodire ideja da primjena kazne nije uvijek djelotvorna, naročito u onim situacijama kada je delikt (djelo) počinjen kao posljedica dejstva nekih socijalnih faktora (na primjer, siromaštvo, odrastanje u kriminogenoj sredini i slično) ili psihičkih faktora (smanjena inteligencija učinioca kaznenog djela, njegova zavisnost od alkohola ili droga i slično)⁵. Stoga, u takvim slučajevima trebalo bi prema učiniocu krivičnog djela ili prekršaja primjenjivati neke posebne mjere, s ciljem otklanjanja uzroka ili stanja koji su doveli do izvršenja krivičnog djela ili prekršaja i zbog kojih bi učinilac krivičnog djela ili prekršaja mogao nastaviti sa takvim svojim ponašanjem. Te naročite mjere specijalno-preventivnog karaktera u odnosu na učinioca krivičnog djela ili prekršaja nazivaju se mjerama bezbjednosti (za izvršena krivična djela), odnosno zaštitnim mjerama (za izvršene prekršaje). Sistem sankcija u kojem su, pored kazni, propisane i mjere bezbjednosti, odnosno zaštitne mjere, naziva se dualističkim sistemom (tzv. sistem dvostrukog kolosijeka)⁶.

Nadalje, identično kao i u krivičnom pravu, tako se i u oblasti prekršaja početkom XX vijeka počinje primjenjivati i treća vrsta sankcija, koje se nazivaju mjere upozorenja, odnosno upozoravajuće sankcije (ili admonitivne prekršajne sankcije)⁷. Ove prekršajne sankcije imaju za cilj da se učinilac prekršaja prekori ili upozori na svoje ponašanje.

I na kraju, posljednjih nekoliko decenija sve je prisutnija ideja mnogih pravnih teoretičara, ali i praktičara da je moguće u oblasti prekršaja primijeniti i posebne mjere i postupke tzv. nepenalnog karaktera (različite vaspitne,

³ Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 125–132.

⁴ Mitrović, Ljubinko, Mrvić-Petrović Nataša, *Prekršajno pravo*, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, Banja Luka, 2007. godine, str. 70–72.

⁵ Mitrović, Ljubinko, *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, AIS, Banja Luka, 2012. godine, str. 15-16.

⁶ Mitrović, Ljubinko, Alternativne mjere i prekršajne sankcije prema maloljetnicima u najnovijem Zakonu o prekršajima Republike Srpske, Zbornik radova sa XXVII tematskog naučnog skupa pod nazivom: *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Palić, 10-11. juni 2015. godine, str. 157-169.

⁷ Mitrović, Ljubinko, *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, AIS, Banja Luka, 2012. godine, str. 15–16.

obrazovne ili medicinske mjere), koje bi bile adekvatna zamjena za kaznu⁸. U okviru ovih različitih nepenalnih mjera, najznačajnija je svakako naknada štete oštećenom, ali i njeni surrogati (lično izvinjenje oštećenom, usluga koju oštećeni zahtijeva, rad za opšte dobro ili dobro lokalne zajednice i slično)⁹.

S obzirom na naprijed istaknuto, za današnji sistem prekršajnih sankcija u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini može se svakako reći da je pluralistički, jer on obuhvata brojne nepenalne mjere i prekršajne sankcije, podrazumijeva se, međusobno različite sadržine i svrhe¹⁰.

S druge strane, sasvim je jasno da je sistem prekršajnih sankcija u pozitivnom prekršajnom pravu Republike Srpske i Bosne i Hercegovine veoma složen¹¹. Naime, prekršajnim zakonodavstvom propisane su različite prekršajne

⁸ *Ibidem*, str. 16.

⁹ Skoro sva savremena kaznena zakonodavstva predviđaju 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 obuke (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).

¹⁰ Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 125–132.

¹¹ Prekršajno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine danas, shodno njenoj ustavnoj strukturi i raspodjeli nadležnosti, čine četiri zasebna prekršajno-pravna sistema, i to: Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Ovo svakako podrazumijeva i nesmetanu egzistenciju četiri prekršajna zakona (slično ovom, imamo i četiri krivična zakona, ili četiri zakona o krivičnom postupku), i to: Zakona o prekršajima Republike Srpske donesen jula 2014. godine i objavljen u Službenom glasniku Republike Srpske, broj 63/2014; mijenjan u br. 36/2015 – odluka US; 110/2016; 100/2017 i 19/2021 – odluka US; Zakona o prekršajima Federacije BiH donesen juna 2014. godine i objavljen u Službenim novinama Federacije BiH, broj 63/2014; Zakona o prekršajima Brčko

sankcije u zavisnosti od subjekta prekršaja (fizičko lice u odnosu na pravno lice; punoljetno lice u odnosu na maloljetnika). Takođe, i u okviru određene kategorije prekršajnih sankcija koje se mogu odrediti samo jednoj vrsti subjekata prekršaja, razlikuju se prekršajne sankcije međusobno, u zavisnosti od toga da li pretežno imaju preventivni ili represivno-preventivni karakter.

Sistem prekršajnih sankcija u Republici Srpskoj čine sljedeće vrste prekršajnih sankcija, i to:

1. kazne, i to:
 - a) kazna zatvora i
 - b) novčana kazna;
2. kazneni bodovi;
3. mjere upozorenja, i to:
 - a) ukor i
 - b) uslovna osuda;
4. zaštitne mjere, i to:
 - a) oduzimanje predmeta,
 - b) zabrana vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti,
 - c) zabrana upravljanja motornim vozilom,
 - d) obavezno liječenje zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci,
 - e) obavezno psihijatrijsko liječenje,
 - f) zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama i
 - g) zabrana držanja i oduzimanje životinja;
5. vaspitne mjere, i to:
 - a) vaspitne mjere upozorenja (sudski ukor) i
 - b) vaspitne mjere pojačanog nadzora (pojačani nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, odnosno pojačani nadzor nadležnog organa starateljstva)¹².

distrikta Bosne i Hercegovine koji je objavljen u Službenom glasniku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, br. 24/2007, 6/2012, 11/2012 i 29/2016 i Zakona o prekršajima u BiH koji je donesen juna 2007. godine i objavljen u Službenom glasniku BiH, br. 41/2007, 18/2012, 36/2014, 81/2015 i 65/2020, a ovim zakonom propisuje se postupanje ovlaštenih organa u BiH kada odlučuju o prekršajima propisanim zakonima i drugim propisima institucija BiH i nadležnost i postupanje sudova u Republici Srpskoj, Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine radi odlučivanja o prekršajima propisanim zakonima i drugim propisima institucija Bosne i Hercegovine.

¹² Simović, Miodrag, Jovašević, Dragan, Mitrović, Ljubinko, Simović, Marina, *Maloljetničko krivično pravo*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Grafomark, Laktaši, 2021. godine, str. 435–455.

S druge strane, sistem prekršajnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine, Brčko distriktu Bosne i Hercegovine i prema Zakonu o prekršajima Bosne i Hercegovine, čine sljedeće vrste prekršajnih sankcija, i to:

1. novčana kazna;
2. uvjetna (uslovna) osuda;
3. ukor;
4. zaštitne mjere i
5. odgojne (vaspitne) mjere.

Uz njih, za počinjeni prekršaj mogu biti izrečene i sljedeće *sui generis* nepenalne mjere, i to:

1. oduzimanje imovinske koristi;
2. obveza naknade štete;
3. kazneni poeni i
4. lišenje slobode radi naplate novčane kazne¹³.

Prema punoljetnim učinocima prekršaja i pravnim licima mogu se, u pravilu, izricati kazne, mjere upozorenja (ukor i uslovna osuda) i zaštitne mjere. Naravno, prema samoj prirodi stvari, primjena određenih zaštitnih mjera isključena je u odnosu na pravna lica (obavezno liječenje zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci, obavezno psihijatrijsko liječenje, zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama, zabrana upravljanja motornim vozilom i zabrana držanja i oduzimanje životinja), dok pojedine zaštitne mjere istog naziva imaju različitu sadržinu ukoliko se primjenjuju prema fizičkom, odnosno pravnom licu (zaštitna mjera zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti ukoliko se izriče fizičkom licu, odnosno zaštitna mjera zabrane djelatnosti u onim slučajevima kada se primjenjuje prema pravnom licu)¹⁴.

Kazneni bodovi se određuju, odnosno izriču isključivo vozaču motornog vozila koji u vrijeme izvršenja prekršaja posjeduje vozačku dozvolu izdatu u Bosni i Hercegovini, a koji je prekršajnim nalogom, odnosno sudskim rješenjem o prekršaju kažnjen za prekršaje protiv bezbjednosti saobraćaja na putevima ka-žnjive prema odredbama Zakona o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini¹⁵. Za saobraćajne prekršaje vozaču motornog vozila

¹³ Član 21 Zakona o prekršajima Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, broj 63/2014.

¹⁴ Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 146–150.

¹⁵ Zakon o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 6/2006, 75/2006, 44/2007, 84/2009, 48/2010, 18/2013, 8/2017, 89/2017 i 9/2018.

mogu se odrediti jedan ili dva kaznena boda i oni se evidentiraju u evidenciji vozača¹⁶.

Zakon o prekršajima Republike Srpske, u posebnom poglavlju propisuje vrste, ali i primjenu vaspitnih mjera koje se mogu izricati isključivo maloljetnim učiniocima prekršaja¹⁷. Tako se maloljetnicima (bez obzira na to da li su mlađi ili stariji u vrijeme činjena prekršaja) za učinjeno prekršajno djelo može izreći jedna alternativna mjera, odnosno policijsko upozorenje¹⁸ i vaspitne mjere upozorenja (sudski ukor), odnosno vaspitne mjere pojačanog nadzora (pojačani nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, odnosno pojačani nadzor nadležnog organa starateljstva).

Osim navedenih prekršajnih sankcija, za izvršeno prekršajno djelo mogu biti izrečene i naročite mjere, koje nemaju penalni karakter, nego se odlikuju naročitim pravnom prirodom i svrhom. U Republici Srpskoj, to su tzv. nepenalne, *sui generis* mjere, i to:

1. oduzimanje imovinske koristi i
2. obaveza naknade štete.

Prekršajne sankcije izriču ovlašteni organi¹⁹ (putem izdavanja prekršajnog

¹⁶ Član 225 st. 2 i 3 Zakona o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini.

¹⁷ Identično rješenje predviđaju i zakoni o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine.

¹⁸ Mitrović, Ljubinko, Grbić-Pavlović, Nikolina, Policijsko upozorenje u novom prekršajnom zakonodavstvu i mogućnosti njegove praktične primjene, *Pravna riječ*, Časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 44/2015, Banja Luka, 2015. godine; str. 307–325.

¹⁹ Pojmom “ovlašteni organ” obuhvaćen je značajan broj subjekata koji imaju javna ovlaštenja i u čijoj je nadležnosti direktno ili indirektno sprovođenje zakona ili propisa koji propisuju prekršaje. Ovlašteni organ u prekršajnom postupku predstavlja ovlaštenog tužioca koji na osnovu zakonskog ovlaštenja zahtijeva, odnosno od suda traži pokretanje prekršajnog postupka (ili prekršajni postupak sam pokreće izdavanjem prekršajnog naloga). Pojam ovlaštenog organa precizno je definisan Zakonom o prekršajima Republike Srpske (član 11 stav 1 tačka 2), te se tako ovlaštenim organom smatraju: 1) nadležna ministarstva i drugi organi Bosne i Hercegovine, 2) Ministarstvo unutrašnjih poslova (policijske poslove pa prema tome i poslove direktnog ili indirektnog sprovođenja zakona ili propisa koji propisuju prekršaje obavljaju policijski službenici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske, te drugih policijsko-bezbjednosnih agencija, odnosno organa Bosne i Hercegovine koji imaju policijska ovlaštenja), druga ministarstva i inspekcijiski organi Republike Srpske (ovlaštenim organom smatraju se nadležni inspekcijiski organi, prije svih Uprava za inspekcijiske poslove Republike Srpske, Poreska uprava Republike Srpske, ali i drugi inspekcijiski organi obrazovani na osnovu zakona), 3) nadležni organi jedinica lokalne samouprave i 4) privredna društva i druga pravna lica koja imaju javna ovlaštenja, a u čiju nadležnost spada neposredno izvršenje ili nadzor nad izvršenjem zakona ili propisa kojima su propisani prekršaji.

naloga, a u skladu sa odredbama Zakona o prekršajima Republike Srpske) i sudovi (u prekršajnom postupku koji je pokrenut zahtjevom za pokretanje prekršajnog postupka i sproveden u skladu sa odredbama Zakona o prekršajima Republike Srpske).

2. UOPŠTE O GAŠENJU PREKRŠAJNOG KAŽNJAVANJA

Funkcionisanje pravnog poretka, ali svakako i pravna sigurnost građana, zahtijevaju da se ne mogu u nedogled protezati radnje državnih organa na gonjenju i kažnjavanju učinilaca prekršaja²⁰. Da bi se stvorila izvjesnost u pravnim odnosima, i pored toga što postoji prekršaj ili sudska odluka o kažnjavanju lica odgovornog za prekršaj, poslije nekog vremena država odustaje od gonjenja ili kažnjavanja u odnosu na to lice²¹. Na taj način se postavlja vremenska granica djelovanju državnih organa u ostvarivanju zaštite društva od kriminaliteta.

Gašenje prekršajnog kažnjavanja nastupa protekom roka zastarjelosti. Zastarjelost predstavlja prestanak prava države na primjenu ovlaštenja na pokretanje i vođenje prekršajnog postupka ili na izvršenje izrečenih prekršajnih sankcija i mjera usljed protoka određenog vremena²². Kratko rečeno, dolazi do gašenja prava kažnjavanja (*ius puniendi*)²³. S druge strane, zastarjelost je i osnov gašenja prava države na primjenu prekršajne sankcije prema učiniocu prekršajnog djela zbog protoka zakonom određenog vremena.

Zastarjelost se javlja u dva oblika, i to: 1. zastarjelost pokretanja i vođenja prekršajnog postupka, odnosno zastarjelost prekršajnog gonjenja (u ovom slučaju država je izgubila pravo da prekršajno goni učinioca, tj. da sprovede postupak i izrekne prekršajnu sankciju) i 2. zastarjelost izvršenja izrečene prekršajne sankcije, odnosno mjere, kada je prekršajna sankcija pravnosnažno izrečena, ali se ona ne može izvršiti, jer se pravo države ugasilo²⁴.

Na rokove zastarjelosti pokretanja i vođenja prekršajnog postupka (zastarjelost prekršajnog gonjenja) i rokove zastarjelosti izvršenja izrečene prekršajne

²⁰ Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 146–150.

²¹ *Ibidem*, str. 146.

²² *Ibidem*, str. 146.

²³ Ćorović, Emir, *Prekršajno pravo (prema Zakonu o prekršajima iz 2013. godine – autorizovana predavanja)*, Državni univerzitet u Novom Pazaru, 2015. godine, str. 77.

²⁴ Ćorović, Emir, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Državni univerzitet u Novom Pazaru, 2015. godine, str. 287.

sankcije, odnosno mjere primjenjuje se onaj pravni propis koji je važio u vrijeme činjenja prekršaja.

3. ZASTARJELOST POKRETANJA I VOĐENJA PREKRŠAJNOG POSTUPKA

Prekršajni postupak po svojoj prirodi treba da bude brz i efikasan, pa su iz tog razloga svim prekršajnim zakonima u Bosni i Hercegovini predviđeni kraći rokovi zastarjelosti u odnosu na zastarjelost pokretanja i vođenja krivičnog postupka, odnosno zastarjelost izvršenja izrečenih krivičnih sankcija²⁵.

Zastarjelost pokretanja i vođenja prekršajnog postupka, odnosno zastarjelost prekršajnog gonjenja podrazumijeva prestanak prava države na pokretanje i vođenje prekršajnog postupka za počinjeni prekršaj usljed proteka zakonom predviđenog roka zastarjelosti²⁶.

Protek zakonski određenog vremena od momenta izvršenja prekršaja (odnosno, protek roka zastarjelosti) ima za posljedicu da nije moguće prekršajno goniti učinioca prekršaja²⁷. Zakon o prekršajima Republike Srpske uvažava činjenicu da protek dužeg vremena od izvršenja prekršaja utiče na nesvršishodnost kažnjavanja²⁸, jer okolina zaboravlja razlog kažnjavanja (izvršeni prekršaj),

²⁵ Mitrović Ljubinko, *Entitetski prekršajni zakoni – najznačajnije sličnosti i razlike s posebnim osvrtom na sistem prekršajnih sankcija*, Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta APEIRON u Banjoj Luci, broj 8, juli 2018. Godine, str. 41–55.

²⁶ Mrvić-Petrović, Nataša, *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta UNION, Beograd, 2011. godine, str. 349–353.

²⁷ Zastarelost u prekršajnom postupku nastupa protekom jedne godine, a apsolutna zastarelost protekom dve godine od učinjenog prekršaja. Zakonodavac je predvidio mogućnost dužeg roka zastarevanja (do pet godina) za prekršaje iz oblasti carinskog, spoljnotrgovinskog, deviznog poslovanja, javnih prihoda, finansija, prometa roba i usluga, zaštite životne sredine, sprečavanja korupcije, vazdušnog saobraćaja itd., u kojim oblastima je predviđena mogućnost propisivanja dužeg roka za nastupanje zastarelosti (više u: Zakon o prekršajima Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – odluka US, 91/2019 i 91/2019 – dr. zakon).

²⁸ Pri tome se ističe da protekom dužeg perioda, učinjeno krivično djelo pada u zaborav, a istovremeno slabi i društveni zahtjev za gonjenjem i kažnjavanjem učinioca. Pored toga, krivično gonjenje ili izvršenje krivične sankcije znatno gube svoju funkciju i krivičnopravni smisao, pa stoga ostvarivanje svrhe kažnjavanja u takvim slučajevima više nije ni aktuelno ni neophodno. Prema pojedinim autorima, zastarjelost bi se mogla shvatiti i kao jedna vrsta sankcije za nadležne organe zbog nepreduzimanja procesnih radnji u toku određenog perioda (više u: Babić Miloš, Džaferbegović Lejla, Institut zastarjelosti u Bosni i Hercegovini, *Bilten*

a zakašnjelom prekršajnom sankcijom, odnosno mjerom, ne može se efikasno uticati na učinioca prekršaja²⁹. Zastarjelost pokretanja i vođenja prekršajnog postupka za prekršaj ili zastarjelost prekršajnog gonjenja isključuje mogućnost da se poslije isteka roka zastarjelosti (bez obzira na to da li je u tom roku vođen ili ne prekršajni postupak protiv učinioca prekršaja) određenog zakonom prema nekome pokrene i vodi prekršajni postupak, a time i da učinilac prekršaja bude kažnjen za prekršaj, odnosno da izrečena prekršajna sankcija bude izvršena³⁰. Pojednostavljeno rečeno, u slučaju nastupanja zastarjelosti prekršajnog gonjenja, protekom zakonom određenog vremena od dana izvršenja prekršaja (a to je dan kada je učinilac prekršaja radio ili bio dužan da radi) ne može se uopšte započeti ili nastaviti prekršajni postupak.

Prilikom određivanja dužine roka zastarjelosti u pozitivnom prekršajnom zakonodavstvu Republike Srpske zakonodavac se rukovodio težinom prekršajne sankcije propisane za učinjeni prekršaj, kao i vrstom prekršaja. Tako se prekršajni postupak ne može pokrenuti ni voditi (tzv. relativna zastarjelost prekršajnog gonjenja):

1) za prekršaje za koje je propisana kazna zatvora u trajanju do 15 dana, odnosno novčana kazna do 3.000 KM, kada protekne godinu dana od dana kada je prekršaj izvršen i

2) za prekršaje za koje je propisana novčana kazna veća od 3.000 KM ili kazna zatvora u trajanju dužem od 15 dana, kada protekne dvije godine od dana kada je prekršaj izvršen³¹.

Zakonske odredbe o zastarjelosti prekršajnog gonjenja jesu opšteg karaktera i primjenjuju se na sve prekršaje, izuzev ako zakonom nije za određene prekršaje predviđen duži rok zastarjelosti. Tako je ovaj izuzetak predviđen za naro-

sudske prakse Suda BiH 2021. godine, broj 11/2021, Sarajevo, str. 5–26).

²⁹ Mitrović, Ljubinko, Mrvić-Petrović, Nataša, *Prekršajno pravo*, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, Banja Luka, 2007. godine, str. 70–72.

³⁰ Presude nižestepeni sudova ne mogu se ukinuti i predmet vratiti prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje kada je nastupila apsolutna zastarelost vođenja prekršajnog postupka, već se postupak obustavlja (iz presude Vrhovnog kasacionog suda, Kzz Pr 12/2017 od 10. maja 2017. godine).

³¹ S druge strane, u Federaciji Bosne i Hercegovine rokovi zastarjelosti prekršajnog gonjenja prema posljednjem prekršajnom zakonu nešto su duži u odnosu na Republiku Srpsku. Tako se prekršajni postupak ne može pokrenuti ni voditi: a) za prekršaje za koje je propisana novčana kazna u iznosu do 3.000 KM kada prođe dvije godine od dana kada je prekršaj izvršen, ako ovim zakonom nije drukčije propisano i b) za prekršaje za koje je propisana novčana kazna u iznosu većem od 3.000 KM kada prođu tri godine od dana kada je prekršaj izvršen, pod uslovom da ovim zakonom nije drukčije propisan.

čite situacije u kojima se zakonodavac prilikom propisivanja rokova zastarjelosti rukovodio ne težinom propisane prekršajne sankcije nego značajem, odnosno vrstom izvršenog prekršaja (naročito, ako je prekršaj učinjen iz materijalne zainteresovanosti). Zato, izuzetno, za poreske, carinske i finansijske prekršaje posebnim zakonom se mogu odrediti i duži rokovi (od rokova predviđenih u stavu 1 člana 99 Zakona o prekršajima Republike Srpske), ali svakako ne duži od tri godine.

Kada je odgovorno lice u pravnom licu u pitanju, zastarjelost za pokretanje i vođenje prekršajnog postupka prema njemu cijeni se prema rokovima zastarjelosti za preduzimanje prekršajnog postupka prema pravnom licu, pod uslovom da je za isti prekršaj propisana kazna i za pravno lice³².

Početak toka roka zastarjelosti pokretanja i vođenja prekršajnog postupka računa se od dana izvršenja prekršaja. Pravilo je da se zastarijevanje računa po kalendarskom vremenu. To znači da zastarjelost nastupa onog kalendarskog dana koji odgovara početnom danu zastarijevanja, što znači da, ako taj dan pada u neradni dan, to ne utiče na nastupanje zastarjelosti: ako npr. pada u nedjelju ne prenosi se na prvi naredni radni dan. Protekom predviđenog roka, zastarjelost nastupa i krivično gonjenje se ne može preduzeti, a ako je preduzeto, obustaviće se³³. Ukoliko je riječ o kazni zatvora iz opozvane uslovne osude, zastarjelost izvršenja izrečene kazne zatvora počinje teći danom pravnosnažnosti odluke o opozivu.

Sudovi i drugi nadležni organi koji učestvuju u prekršajnom postupku o zastarjelosti vode računa po službenoj dužnosti, u svakoj fazi prekršajnog postupka. Zastarjelost nastupa automatski, što znači da se učinilac prekršaja ili osuđeno lice ne mogu odreći zastarjelosti.

4. ZASTARJELOST IZVRŠENJA IZREČENIH KAZNI, ZAŠTITNIH MJERA I VASPITNIH MJERA

Drugi oblik zastarjelosti propisan prekršajnim zakonodavstvom Republike Srpske odnosi se na zastarjelost izvršenja prekršajnih sankcija, odnosno kazni, zaštitnih mjera i vaspitnih mjera izrečenih za učinjeni prekršaj³⁴. Nastupanjem roka zastarjelosti propisanog za izvršenje izrečene kazne, zaštitne mjere ili vas-

³² Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 146–150.

³³ Babić Miloš, Džaferbegović Lejla, Institut zastarjelosti u Bosni i Hercegovini, *Bilten sudske prakse Suda BiH 2021. godine*, broj 11/2021, Sarajevo, str. 5–26.

³⁴ Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 146–150.

pitne mjere, prestaje mogućnost države da se izrečena kazna, zaštitna mjera ili vaspitna mjera izvrše. Shodno tome, protekom određenog vremena od dana pravnosnažnosti rješenja o prekršaju kojim je prekršajna sankcija izrečena, prekršajna sankcija se ne može izvršiti.

Rok zastarjelosti izvršenja izrečene novčane kazne i kazne zatvora uobičajeno zavisi od visine izrečene novčane kazne, odnosno dužine trajanja kazne zatvora i uvijek se računa od dana pravnosnažnosti rješenja o prekršaju, odnosno izvršnog prekršajnog naloga. Ono što svakako treba istaći jeste činjenica da je zastarjelost izvršenja kazni (novčane kazne i kazne zatvora) izrečenih za učinjeni prekršaj Zakonom o prekršajima Republike Srpske iz 2014. godine posebno definisana, pa tako zastarjelost izvršenja novčane kazne i kazne zatvora (podrazumijevaju se i relativna i apsolutna zastarjelost izvršenja ovih kazni) nastupa protekom pet godina od dana pravnosnažnosti rješenja o prekršaju, odnosno izvršnog prekršajnog naloga (s obzirom na to da se izrečena novčana kazna, odnosno kazna zatvora i troškovi prekršajnog postupka brišu iz Registra novčanih kazni³⁵ protekom pet godina od dana pravnosnažnosti, odnosno konačnosti i izvršnosti rješenja o prekršaju, odnosno izdatog prekršajnog naloga)³⁶, s tim što zastarjelost izvršenja izrečene kazne zatvora ni u kom slučaju ne može nastupiti ukoliko je izvršenje ove kazne u toku³⁷.

S druge strane, relativna zastarjelost izvršenja zaštitnih mjera propisanih Zakonom o prekršajima Republike Srpske nastupa kada protekne godina dana od dana pravnosnažnosti rješenja, odnosno izvršnog prekršajnog naloga, kojim

³⁵ Registar novčanih kazni, troškova prinudne naplate i prekršajnih evidencija jeste centralna elektronska baza podataka o izrečenim novčanim kaznama i troškovima prekršajnog postupka koja se vodi u Bosni i Hercegovini. Registar novčanih kazni jeste i posebna baza podataka o izrečenim novčanim kaznama za prekršaje na način kako je to propisano u Zakonu o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine. U Registar novčanih kazni i prekršajnu evidenciju evidentiraju se sve izrečene (pravnosnažne, odnosno izvršne) novčane kazne i rješenjem o prekršaju određeni troškovi prekršajnog postupka.

³⁶ Rješenje o prekršaju je pravnosnažno kada se više ne može pobijati žalbom ili kada žalba nije dozvoljena (vidjeti: Vijeće za drugostepeni prekršajni postupak MF, PŽC. 139/05 od 13. februara 2006. godine). Zastarjelost prekršajnog gonjenja se računa do dana odlučivanja o žalbi okrivljenog, s obzirom na to da je to dan pravnosnažnosti prvostepenog rješenja, a ne dan kad je okrivljeni primio drugostepeno rješenje... (vidjeti: Vrhovni sud Srbije, Up. 142/98 od 20. januara 1998. godine). Presuda je pravnosnažna kada je potvrđena od strane višeg suda, a ne kada je ta odluka uručena bilo kome od učesnika u postupku (vidjeti: Okružni sud u Beogradu, Kž. 3690/03 od 18. decembra 2003. godine).

³⁷ Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 146–150.

su te zaštitne mjere izrečene, dok apsolutna zastarjelost njihovog izvršenja nastupa protekom dvije godine od dana pravosnažnosti rješenja, odnosno izvršnog prekršajnog naloga³⁸. Zastarjelost ne teče za vrijeme za koje se po zakonu gonjenje, odnosno izvršenje zaštitne mjere ne može otpočeti ili nastaviti.

Zastarjelost izvršenja izrečene kazne zatvora, odnosno zatvora kojim je zamijenjena neplaćena novčana kazna i zastarjelost izvršenja izrečenih zaštitnih mjera, ne teče za vrijeme njihovog izvršavanja.

I na kraju, zastarjelost (i ona relativna, a i apsolutna) izvršenja vaspitnih mjera propisanih Zakonom o prekršajima Republike Srpske u odnosu na maloljetne učinioce prekršaja nastupa kada protekne godinu dana od dana pravosnažnosti rješenja o prekršaju (prema zakonskom tekstu, maloljetnicima se ne može izdati prekršajni nalog) kojim su te vaspitne mjere izrečene³⁹.

5. ZASTARJELOST IZVRŠENJA ODUZIMANJA IMOVINSKE KORISTI I TROŠKOVA PREKRŠAJNOG POSTUPKA

Oduzimanje imovinske koristi pribavljene prekršajem jeste mjera *sui generis* pravne prirode⁴⁰. Ova nepenalna mjera određuje se rješenjem o prekršaju kojim su utvrđeni prekršaj i odgovornost učinioca za njega. Primjena mjere oduzimanja imovinske koristi zasniva se na etičkom principu da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu izvršenjem prekršaja. Znači, primjenom ove mjere sprečava se protivpravno bogaćenje učinilaca prekršaja.

Troškovima prekršajnog postupka smatraju se stvarno ostvareni materijalni izdaci napravljeni povodom prekršajnog postupka, od njegovog pokretanja do završetka postupka.

U odredbi člana 104 Zakona o prekršajima Republike Srpske regulisana je zastarjelost izvršenja izrečene mjere oduzimanja imovinske koristi, kao i troškova prekršajnog postupka⁴¹. Prema ovoj odredbi, izvršenje odluke o oduzimanju imovinske koristi i troškovima prekršajnog postupka zastarijeva po proteku pet godina od pravosnažnosti odluke kojom je oduzeta imovinska korist i odlučeno o troškovima prekršajnog postupka.

³⁸ *Ibidem*, str. 146–150.

³⁹ Simović, Miodrag, Jovašević, Dragan, Mitrović, Ljubinko, Simović, Marina, *Maloljetničko krivično pravo*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Grafomark, Laktaši, 2021. godine, str. 435–455.

⁴⁰ Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 116.

⁴¹ *Ibidem*, str. 149.

6. TOK I PREKID ZASTARJELOSTI POKRETANJA I VOĐENJA PREKRŠAJNOG POSTUPKA I IZVRŠENJA ZAŠTITNIH MJERA

Prema odredbi člana 103 stav 2 Zakona o prekršajima Republike Srpske, zastarjelost ne teče za vrijeme za koje se po zakonu pokretanje i vođenje prekršajnog postupka (gonjenje učinioaca), odnosno izvršenje zaštitne mjere ne može otpočeti ili nastaviti. Riječ je o obustavi ili mirovanju zastarjelosti pokretanja i vođenja prekršajnog postupka, odnosno izvršenja zaštitne mjere, jer je zastarijevanje obustavljeno i ono ne teče kada postoje zakonske smetnje za izvršenje. Koje sve okolnosti mogu dovesti do obustave gonjenja, odnosno izvršenja ovih prekršajnih sankcija predviđeno je u Zakonu o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske⁴² i samo te okolnosti mogu biti osnov obustave zastarijevanja gonjenja, odnosno izvršenja. Tako se odlukom suda može odgoditi izvršenje kazne zatvora zbog obolijevanja osuđenog od teže akutne bolesti, smrtnog slučaja u užoj porodici, završavanja školovanja, radi obavljanja sezonskih poljoprivrednih radova i sl.. Kako se za to vrijeme zastarjelost obustavlja, to vrijeme se ne uračunava u rok zastarjelosti. Kada prestanu razlozi koji su osnov za obustavu zastarjelosti, rok zastarjelosti se nastavlja i u njega se računa i vrijeme koje je proteklo do momenta nastupanja obustave.

Pored navedenog, tokom trajanja roka zastarjelosti može doći i do prekida zastarjelosti⁴³. Taj prekid može biti izazvan preduzimanjem bilo koje procesne radnje usmjerene na gonjenje učinioaca prekršaja, odnosno preduzimanjem neke procesne radnje koja vodi izvršenju izrečene kazne ili zaštitne mjere. Tako, procesne radnje koje prekidaju zastarjelost pokretanja i vođenja postupka, odnosno radnje koje prekidaju zastarjelost izvršenja izrečenih kazni i zaštitnih mjera jesu, na primjer, dostavljanje poziva okrivljenom i drugim učesnicima prekršajnog postupka (pa čak i u slučaju neuspjele dostave)⁴⁴, pretres stana po naredbi sudije, saslušanje okrivljenog, donošenje rješenja o prekršaju, dostavljanje rješenja o prekršaju okrivljenom⁴⁵, donošenje rješenja o lišenju

⁴² Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2018.

⁴³ Kad osuđeni nakon pravnosnažnosti presude pobjegne u inostranstvo i postane nedostupan sudskim organima, time je došlo do prekida zastarjelosti izvršenja kazne i od tada zastarijevanje ne teče, jer shodno članu 115 stav 2 KZ RS, zastarijevanje ne teče za vrijeme za koje se po zakonu izvršenje kazne ne može preduzeti (VS RS, 12 0 K 005631 16 Kž).

⁴⁴ Poziv upućen tužiocu prekida zastaru daljeg gonjenja okrivljenog (vidjeti: Okružni sud u Beogradu, Kž. 575/01 od 19. aprila 2001. godine).

⁴⁵ Ekspedicija drugostepenog rešenja o prekršaju okrivljenom smatra se radnjom upravljenom

slobode kažnjenog zbog neplaćanja novčane kazne, blokada žiro-računa pravnog lica i slično⁴⁶.

Za slučajeve prekida zastarjelosti, rok zastarjelosti počinje ponovo da teče, što opet znači da se vrijeme koje je proteklo do nastupanja prekida zastarjelosti ne uračunava u rok zastarjelosti prekršajnog gonjenja⁴⁷. Ponovni tok roka zastarjelosti u slučaju nastalog prekida moguć je sve dok ne istekne tzv. apsolutni rok zastarjelosti koji je određen u dvostrukom trajanju rokova zastarjelosti pokretanja i vođenja prekršajnog postupka, odnosno zastarjelosti izvršenja izrečenih kazni i zaštitnih mjera⁴⁸. Dakle, u zavisnosti od visine propisane novčane kazne, odnosno dužine trajanja kazne zatvora i vrste prekršaja, apsolutni rok zastarjelosti u pozitivnom prekršajnom zakonodavstvu Republike Srpske iznosi dvije, četiri ili šest godina, a počinje da teče od dana izvršenja prekršaja (apsolutni rok zastarjelosti pokretanja i vođenja prekršajnog postupka), odnosno od dana donošenja pravnosnažne odluke (apsolutni rok izvršenja izrečenih kazni i zaštitnih mjera)⁴⁹. To praktično znači da apsolutna zastarjelost za prekršaje za koje je propisana novčana kazna do 3.000 KM ili kazna zatvora u trajanju do 15 dana nastupa kada proteknu dvije godine od dana kada je prekršaj izvršen, za prekršaje za koje je propisana novčana kazna veća od 3.000 KM ili kazna zatvora u trajanju dužem od 15 dana, apsolutna zastarjelost nastupa kada proteknu četiri godine od dana kada je prekršaj izvršen, dok apsolutna zastarjelost za poreske, carinske i finansijske prekršaje nastupa kada protekne šest godina od dana kada je prekršaj izvršen. Nastupanje apsolutne zastarjelosti znači da više nije moguće voditi prekršajni postupak u konkretnom slučaju ili izvršiti izrečenu kaznu ili zaštitnu mjeru, bez obzira na to što su u međuvremenu preduzimate neke radnje ovlaštenog organa ili suda kojima je rok zastarjelosti prekidan⁵⁰.

na gonjenje učinioca prekršaja, pa radnja mora biti preduzeta u okviru apsolutnog roka zastarelosti (vidjeti: Savezni sud, Psz. 154/84).

⁴⁶ Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine, str. 146–150.

⁴⁷ Molbama koje je osuđeni podnosio radi odlaganja izvršenja kazni ne prekida se zastarelost izvršenja kazni, ali se prekida svakom radnjom koju nadležni organ preduzima radi izvršenja kazne, pa i odlukama radi odlaganja izvršenja kazne (OSB, Kž. 2342/95).

⁴⁸ Mitrović, Ljubinko, Mrvić-Petrović Nataša, *Prekršajno pravo*, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, Banja Luka, 2007. godine, str. 70–72.

⁴⁹ Rok u kome nastupa apsolutna zastarelost za vođenje prekršajnog postupka računa se od dana učinjenog prekršaja do dostavljanja okrivljenom pravnosnažnog rešenja o prekršaju, a ne do donošenja tog rešenja (vidjeti: Vrhovni sud Srbije, Up. 799/84).

⁵⁰ Nastupanjem apsolutne zastarelosti gonjenja za taj prekršaj nastupila je zastarelost za izricanje zaštitne mere oduzimanja predmeta (vidjeti: Savezni sud, Pzs. 54/96).

7. ZAKLJUČAK

Za današnji sistem prekršajnih sankcija u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini može se svakako reći da je pluralistički, jer on obuhvata brojne nepeenalne mjere i prekršajne sankcije, podrazumijeva se, međusobno različite sadržine i svrhe. Do njihovog gašenja dolazi na različite načine, a najčešće i u pravilu, one se gase njihovim izvršenjem nad učiniocem prekršaja od strane nadležnih državnih organa. Međutim, tu su i neki drugi osnovi gašenja prekršajnih sankcija, a najvažniji od njih jesu smrt učinioca prekršajnog djela poslije njegovog izvršenja, amnestija i zastarjelost. Radi se o javnopravnim institutima – osnovima koji isključuju pravo države na primjenu prekršajnih sankcija prema učiniocima prekršajnih djela.

Zastarjelost je institut kaznenog (krivičnog i prekršajnog) prava koji se sastoji od gašenja državnog prava na kažnjavanje. Riječ je o zakonom ustanovljenom osnovu putem kojeg država odustaje od kažnjavanja učinioca prekršajnog djela nakon proteka određenog vremena. Pri tome, zakon razlikuje dvije vrste zastarjelosti: zastarjelost pokretanja i vođenja prekršajnog postupka, odnosno zastarjelost prekršajnog gonjenja i zastarjelost izvršenja izrečene kazne, zaštitne mjere ili vaspitnih mjera. U prvom slučaju, protekom predviđenog vremena isključena je mogućnost prekršajnog gonjenja, a u drugom izvršenja izrečene kazne, zaštitne mjere ili vaspitnih mjera.

8. LITERATURA

1. Babić Miloš, Džaferbegović Lejla, Institut zastarjelosti u Bosni i Hercegovini, *Bilten sudske prakse Suda BiH 2021. godine*, broj 11/2021, Sarajevo.
2. Ćorović, Emir, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Državni univerzitet u Novom Pazaru, 2015. godine.
3. Ćorović, Emir, *Prekršajno pravo (prema Zakonu o prekršajima iz 2013. godine – autorizovana predavanja)*, Državni univerzitet u Novom Pazaru, 2015. godine.
4. Mitrović, Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine.
5. Mitrović, Ljubinko, Mrvić-Petrović, Nataša, *Prekršajno pravo*, Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka, 2007. godine.
6. Mitrović, Ljubinko, Alternativne mjere i prekršajne sankcije prema maloljetnicima u najnovijem Zakonu o prekršajima Republike Srpske, Zbornik radova sa XXVII Tematskog naučnog skupa pod nazivom *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Palić, 10-11. juni 2015. godine.

7. Mitrović, Ljubinko, Grbić-Pavlović, Nikolina, Policijsko upozorenje u novom prekršajnom zakonodavstvu i mogućnosti njegove praktične primjene, *Pravna riječ*, Časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 44/2015, Banja Luka, 2015. godine.
8. Mitrović, Ljubinko, Entitetski prekršajni zakoni – najznačajnije sličnosti i razlike s posebnim osvrtom na sistem prekršajnih sankcija, *Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta APEIRON u Banjoj Luci*, broj 8, juli 2018. godine.
9. Mitrović, Ljubinko., *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, AIS, Banja Luka, 2012. godine.
10. Mrvić-Petrović, Nataša, *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta UNION, Beograd, 2011. godine.
11. Simović, Miodrag, Jovašević, Dragan, Mitrović, Ljubinko, Simović, Marina, *Maloljetničko krivično pravo*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje; Grafomark, Laktaši; 2021. godine.
12. Zakon o prekršajima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 63/2014, 36/2015 – odluka US, 110/2016, 100/2017 i 19/2021 – odluka US.
13. Zakon o prekršajima Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH, broj 63/2014.
14. Zakon o prekršajima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, br. 24/2007, 6/2012, 11/2012 i 29/2016.
15. Zakon o prekršajima u BiH, Službeni glasnik BiH, br. 41/2007, 18/2012, 36/2014, 81/2015 i 65/2020.
16. Zakon o prekršajima Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – odluka US, 91/2019 i 91/2019 – dr. zakon.
17. Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2018.
18. Zakon o osnovima bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 6/2006, 75/2006, 44/2007, 84/2009, 48/2010, 18/2013, 8/2017, 89/2017 i 9/2018.

Professor Ljubinko Mitrović, PhD⁵¹

Jelena Mitrović, LL.M.⁵²

EXTINGUISHING PENALTIES FOR MISDEMEANOUR

***Abstract:** Misdemeanour penalties are state-imposed or coercive measures that are of repressive and preventive nature, implemented to restrict or deny certain rights or freedoms to offenders under the conditions provided for in misdemeanour legislation, based on a decision by the competent court or authorised body, and issued in a legally conducted procedure. Most often and as a rule, they are extinguished once they have been enforced on the offender by the competent state bodies. In addition, we have some other circumstance that extinguish the right of the state to impose and enforce a misdemeanour penalty, i.e. the grounds to extinguish misdemeanour penalties, and the most important ones are the death of the perpetrator after the misdemeanour has been committed, amnesty and statute of limitation. These are public law concepts – grounds to exclude the state's right to implement misdemeanour penalties on the perpetrators. This paper will be talking about just that, extinguishing penalties for misdemeanours, more precisely about only one of the grounds for their extinguishment – statute of limitation.*

***Key words:** misdemeanours, grounds for extinguishing penalties for misdemeanours, Republika Srpska, statute of limitation.*

⁵¹ Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina [Banja Luka](#)

⁵² RS Centre for Research of War, War Crimes and Search for Missing Persons [Banja Luka](#)

ROMI KAO ŽRTVE POVREDE ČLANA 14 U VEZI SA ČLANOM 3 KONVENCIJE O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA¹

**Dr Darko Dimovski²,
Luka Anđelković³,
Dragana Milovanović⁴**

***Apstrakt:** Član 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda predviđa zabranu diskriminacije u pogledu prava koje Konvencija garantuje. Ovaj rad prikazuje praksu Evropskog suda za ljudska prava kada je u pitanju diskriminacija Roma u vezi sa članom 3 Konvencije, koji zabranjuje mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje i kažnjavanje. Kroz činjenične i pravne stavove iz najznačajnijih presuda ovog suda biće ukazano na standarde koje je Sud razvio u svojoj praksi kada je u pitanju član 14 u vezi člana 3 Konvencije, ali i kada je u pitanju zabrana diskriminacije uopšte. Sud je u svojoj praksi nalazio povredu kako procesnog, tako i materijalnog aspekta ova dva povezana člana. Međutim, mnogo je više predmeta u kojima je Sud našao povredu procesnog aspekta, dok su vrlo retki predmeti u kojima je nađena povreda člana 14 u vezi sa članom 3 u materijalnom delu. Slučajevi koji će biti prikazani najčešće govore o brutalnosti i zlostavljanju koje su Romi pretrpeli od strane policijskih snaga države. Ipak, biće prikazani i slučajevi u kojima je povreda nastala usled neadekvatnog reagovanja državnih organa na rasno motivisano nasilje koje su Romi pretrpeli od strane drugih običnih građana.*

¹ Rad je nastao kao rezultat finansiranja Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS prema ugovoru evidencioni broj projekta br. 451-03-68/2022-14/200120

² Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Pravosudni istraživački centar, Niš, e-mail: darko@prafak.ni.ac.rs

³ Korisnik početne obuke Pravosudne akademije Republike Srbije, e-mail: lukanis92@gmail.com

⁴ Mladi istraživač pripravnik, Inovacioni centar Univerziteta u Nišu, e-mail: milovanovicdraganaa@gmail.com

Ključne reči: Romi, Evropski sud za ljudska prava, mučenje, nečovečno postupanje ili kažnjavanje, diskriminacija.

1. UVOD

Član 14 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda predviđa da se uživanje prava i sloboda zaštićenih ovom konvencijom obezbeđuje bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status. Zabrana diskriminacije, garantovana članom 14 Konvencije, nije samostalno pravo, već je njegov opseg primene ograničen na uživanje ljudskih prava garantovanih Konvencijom i njenim protokolima. Drugim rečima, predstavke u kojima podnosioci navode da su pretrpeli diskriminatorni tretman, moraju se odnositi na diskriminaciju u uživanju nekog drugog, materijalnog prava iz Konvencije. Stoga ne bi bilo dovoljno da podnosilac predstavke navede da je žrtva diskriminatornog tretmana uopšte, ili nekog prava koje nije garantovano Konvencijom, već je potrebno da je podnosilac pretrpeo diskriminaciju u uživanju nekog drugog prava, kao što su npr. pravo na život, zabrana mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, ili ma koje drugo pravo zajemčeno Konvencijom i njenim protokolima. Shodno tome, član 14 se uvek navodi „u vezi sa” nekim drugim pravom koje je propisano Konvencijom i zabrana diskriminacije se može smatrati delom svake odredbe o nekom osnovnom pravu koje je sadržano u Konvenciji⁵, pri čemu Sud može utvrditi povredu supstancijalnog prava i povredu člana 14 kumulativno, ali i ne mora to učiniti, već može utvrditi povredu samo jednog od njih. Cilj ovog referata jeste da predstavi praksu Suda u delu člana 14 Konvencije u vezi sa članom 3, u slučajevima diskriminacije lica u pogledu kršenja zabrane mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, u slučajevima gde su žrtve povrede bili pripadnici romske zajednice, odnosno u slučajevima koji se tiču diskriminacije po osnovu romske nacionalne pripadnosti. U radu će biti predstavljani slučajevi povrede člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije kako u njegovom procesnom, tako i u njegovom materijalnom aspektu.

⁵ INTERIGHTS priručnik za pravnike – zabrana diskriminacije prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (član 14), 2006:4

2. ROMI KAO ŽRTVE POVREDE ČLANA 14 U VEZI SA ČLANOM 3 KONVENCIJE

Prvi predmet koji će biti analiziran jeste slučaj *Ciorcan and Others v. Romania*.⁶ Sud je u ovom predmetu našao povredu člana 14 u vezi sa članom 3, ali i u vezi sa članom 2 Konvencije. U konkretnom slučaju se radilo o akciji privođenja dvojice Roma nadležnom javnom tužiocu, za šta su korišćene specijalne antiterorističke policijske snage. Akcija je sprovedena u romskom naselju gde se okupio veći broj građana i kom prilikom je policija koristila suzavac i ispalila metke na okupljene ljude, te je veći broj njih bio povređen, pri čemu neki i teško. Sud je doneo zaključak da su domaće vlasti propustile svoje dužnosti prema članu 14 Konvencije u pogledu preduzimanja svih mogućih koraka kako bi istražile da li je postojanje diskriminacije bilo od uticaja na konkretne događaje u kojima je došlo do povrede člana 2 i 3 Konvencije. Naime, domaći organi su propustili da ispitaju da li je na prekomernu upotrebu sile eventualno uticalo postojanje rasističkih motiva na strani policijskih službenika, pri čemu u Rumuniji nesporno postoji određeni stepen netrpeljivosti prema Romima i istorija slučajeva u kojima je policija kršila njihova osnovna prava. Na osnovu ovoga nameće se zaključak da je došlo do povrede člana 14 Konvencije u vezi sa članom 3 Konvencije u njihovom proceduralnom aspektu.

Sud je našao povredu člana 14 u vezi sa procesnim aspektom člana 3 i u nizu drugih slučajeva protiv Rumunije. U pitanju je najpre slučaj *Cobzaru v. Romania*,⁷ gde je aplikant tvrdio da je zlostavljan nakon što je odveden u policijsku stanicu u vezi sa incidentom u stanu njegove devojke. Zatim, u slučaju *Stoica v. Romania*,⁸ četrnaestogodišnji aplikant romskog porekla je pretučen od strane policijskog službenika tokom sukoba dve grupe policajaca i Roma, iako je upozorio policijskog službenika da je prethodno imao operaciju glave. Konačno, u slučaju *Lingurar and Others v. Romania*⁹, radilo se o slučaju zlostavljanja Roma tokom policijske racije i potrage za učiniocima krivičnog dela krađe tokom koje su određene osobe uhapšene, te pronađeni određeni ukradeni predmeti. U svim navedenim predmetima, Sud je našao povredu iz razloga što rumunske vlasti nisu istražile da li je zlostavljanje Roma od strane policijskih službenika bilo rasno motivisano, iako su za to postojale sumnje.

⁶ *Ciorcan and Others v. Romania*, app. nos. 29414/09 and 44841/09, 27 January 2015

⁷ *Cobzaru v. Romania*, app. no. 48254/99, 26 July 2007

⁸ *Stoica v. Romania*, app. no. 42722/02, 4 March 2008

⁹ *Lingurar and Others v. Romania*, app. no. 5886/15, 16 October 2018

Naredni slučaj u okviru analize navodne povrede člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije je *Bekos and Koutropoulos v. Greece*.¹⁰ Predmet se ticao navodnog zlostavljanja dva romska mladića u policijskoj stanici nakon što su bili uhapšeni zbog sumnje da su pokušali da obiju trafiku. Aplikanti su se žalili da su bili zlostavljani, kao i da je istraga o njihovom zlostavljanju bila nedelotvorna, usled toga što su oni bili romskog porekla. Aplikanti su priznali da se prilikom procenjivanja dokaza koristi standard dokaz van razumne sumnje, ali su i naglasili da Sud u krivičnim stvarima nije zahtevao tako visok stepen verovatnoće. Oni su tvrdili da je teret dokazivanja morao da se prebaci na domaće vlasti kada je tužilac utvrdio *prima facie* slučaj diskriminacije. U vezi sa spornim događajem aplikanti su naveli da su policijski službenici eksplicitno koristili rasistički jezik, što je moralo biti posmatrano u širem kontekstu sistematskog rasizma i neprijateljstva koje su organi za sprovođenje zakona u Grčkoj više puta pokazivali protiv Roma. Taj stav je dokumentovan od strane nevladinih organizacija za ljudska prava. Međutim, domaće vlasti su tvrdile da nije bilo dokaza van razumne sumnje o bilo kakvom rasno motivisanom postupku od strane vlasti, pri čemu su aplikanti bili zlostavljani.

Rasno nasilje predstavlja posebnu uvredu ljudskom dostojanstvu i, s obzirom na njegove opasne posledice, od vlasti zahteva posebnu budnost i snažnu reakciju. Iz tog razloga vlasti moraju da koriste, kako je to naglašeno u presudi *Nachova and others v. Bulgaria*¹¹, sva raspoloživa sredstva za borbu protiv rasizma i rasističkog nasilja, čime se pojačava vizija demokratije o društvu u kojem se raznolikost ne smatra pretnjom, već kao izvor njegovog bogatstva. Kada postoji žalba aplikanta o kršenju člana 14 Konvencije, zadatak Suda je da utvrdi da li je rasizam bio uzrok u osporenom ponašanju policajaca, koje u krajnjem slučaju dovodi do kršenja člana 14 Konvencije u vezi sa članom 3. Iako se prilikom procenjivanja dokaza koristi standard van razumne sumnje, Sud nije isključio mogućnost u određenim slučajevima navodne diskriminacije da se od tužene države zahteva da odbaci sporne tvrdnje o diskriminaciji I, ukoliko to ne učini, na osnovu toga se utvrdi povreda člana 14 Konvencije. U slučajevima kada se sumnja da je nasilno delo motivisano rasnim predrasudama, od domaćih vlasti se zahteva da dokaže nepostojanje određenog subjektivnog odnosa dotične osobe u liku državnog službenika. Dok u pravnim sistemima mnogih zemljama dokaz o diskriminatornom efektu politike ili odluke ne zahteva dokazivanje namere u pogledu navodne diskriminacije prilikom

¹⁰ *Bekos and Koutropoulos v. Greece*, app. no. 15250/02, 13 December 2005

¹¹ *Nachova and others v. Bulgaria*, [GC], app. nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005

zapošljavanja ili pružanja usluga, takav pristup je teško primeniti na slučaj gde navodno postoji rasno motivisano nasilje.

Sud je naglasio da, bez obzira na to što ponašanje policijskih službenika tokom pritvora aplikantata zahteva ozbiljne kritike, to ponašanje je samo po sebi nedovoljna osnova za zaključivanje da je tretman prema aplikantima od strane policije bio rasno motivisan. Iako postoje brojni dokumentovani slučajevi diskriminacije Roma u Grčkoj, na koje se aplikanti u svom obraćanju Sudu pozivaju, bitno je napomenuti da je zadatak Suda da utvrdi da je u datom slučaju postupak policajaca bio motivisan rasizmom. Ujedno, Sud ne smatra da neuspeh vlasti da sprovedu efikasnu istragu o navodnom rasističkom motivisanom incidentu treba dovesti da prebacivanja tereta dokazivanja na domaće vlasti u pogledu navodnog kršenja člana 14 u vezi sa negativnim aspektom člana 3 Konvencije. Pošto je procenio sve relevantne elemente, Sud je našao da nije van svake sumnje utvrđeno da su rasistički stavovi imali ulogu u postupanju prema aplikantima od strane policije i zaključio da nije došlo do povrede člana 14 Konvencije, zajedno sa članom 3, u svom suštinskom smislu.

Ujedno, aplikanti su se žalili da je došlo do kršenja člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije u pogledu proceduralne obaveze. Naime, Sud smatra da prilikom ispitivanja nasilnih incidenata, državni organi imaju dodatnu obavezu da preduzmu sve razumne korake da otkriju bilo koji rasistički motiv i da utvrde da li su etnička mržnja ili predrasude možda imali ulogu u konkretnim događajima. Dokazivanje rasne motivacije često će biti izuzetno teško u praksi. Obaveza tužene države da istraži moguće rasističke motive za izvršenje nasilnog dela jeste obaveza da uloži najveće napore, ali ova obaveza nije apsolutna. Vlasti moraju učiniti ono što je razumno u okolnostima prikupljanja i obezbeđivanja dokaza, istraživanja svih praktičnih sredstava otkrivanja istine i donošenja potpuno obrazloženih, nepristrasnih i objektivnih odluka, bez isticanja sumnjivih činjenica koje mogu biti indikativne za rasno nasilje.

U konkretnom predmetu Sud je već bio doneo odluku da su domaće vlasti prekršile član 3 Konvencije, kao samostalan član, u pogledu proceduralne obaveze, jer nisu sprovele efikasnu istragu o spornom događaju. Sud je smatrao da se mora posebno razmotriti predstavka aplikantata u pogledu eventualnog neuspeha u pogledu istraživanja moguće povezanosti navodnih rasističkih predrasuda i zloupotreba koje su pretrpeli podnosioci predstavke od strane policije. Domaće vlasti su imale izjavu aplikanta, datu pod zakletvom, da su podnosioci predstavke bili podvrgnuti rasnom zlostavljanju od strane policije. Osim toga, nadležnim vlastima poslato je otvoreno pismo grčkog Helsinškog odbora u znak protesta zbog zlostavljanja aplikantata, koje je od strane njih kvalifikovano kao rasna bru-

talnost policije prema Romima, pri čemu postoji više od trideset svedočenja o raznim incidentima prema pripadnicima ove etničke zajednice. Ujedno, u pismu je Helsinški odbor pozvao nadležne vlasti da pošalju precizne i detaljne instrukcije svim policijskim stanicama u vezi sa postupanjem prema Romima.

Sud je naglasio da su izjave aplikanata, uz postojanje izveštaja nevladinih organizacija o navodnoj diskriminaciji od strane policije u Grčkoj protiv Roma i sličnih grupa, uključujući fizičko zlostavljanje i prekomerno korišćenje sile, zahtevale proveru i potvrdu. Kada postoje iskazi o rasističkom verbalnom zlostavljanju od strane policije u vezi sa navodnim zlostavljanjem pritvorenih lica iz etničke ili druge manjine, potrebno je, prema mišljenju Suda, preduzeti detaljno ispitivanje svih činjenica da bi se otkrili bilo koji mogući rasni motivi. U konkretnom slučaju, bez obzira na to što su postojale verodostojne informacije, koje su bile poznate domaćim vlastima, o navodno rasno motivisanom napadu, nema dokaza da su nadležni organi ispitali ovo pitanje. Drugim rečima, domaće vlasti ništa nisu učinile kako bi potvrdile izjave prvog aplikanta da su bili rasno verbalno zlostavljani ili druge izjave iz otvorenog pisma nevladinih organizacija o sličnom zlostavljanju Roma. Ujedno, nije sprovedena bilo kakva istraga o tome da li je policajac, koji je učestvovao u zlostavljanju, prethodno bio uključen u slične incidente ili da li je ikada bio optužen u prošlosti o vezi ispoljavanja antiromskih osećanja. Isto tako, nisu preduzete bilo kakve istražne aktivnosti u pogledu načina vršenja dužnosti drugih pripadnika policijske stanice kada su radili sa grupama etničkih manjina. Sud je primetio da, iako je predstavnik grčkog Helsinškog odbora svedočio pred prvostepenim sudom u predmetu aplikanata, što ukazuje na to da eventualni rasni motivi za taj incident ne mogu izbeći pažnju domaćeg suda, izgleda da nije bilo nikakve posebne pažnje posvećene ovom pitanju, jer je domaći sud tretirao ovaj slučaj na isti način kao i bilo koji drugi u kojem nije postojao rasni prizvuk.

Na osnovu svega navedenog Sud je zaključio da su vlasti propustile svoje dužnosti prema članu 14 Konvencije u vezi sa članom 3 u pogledu preduzimanja svih mogućih koraka kako bi istražile da li je diskriminacija imala bilo kakvog udela u konkretnim događajima. Iz toga sledi da je došlo do povrede člana 14 Konvencije u vezi sa članom 3 u pogledu proceduralne obaveze.

Naredni slučaj, koji ćemo obraditi u okviru sudske prakse u pogledu povrede člana 14 Konvencije u vezi sa članom 3 Konvencije, jeste Škorjanec protiv Hrvatske.¹² Naime, zagrebačka policija je 9. juna 2013. godine dobila hitan poziv u vezi sa napadom dvojica muškaraca na jednog Roma i jednu Hrvaticu.

¹² Škorjanec v. Croatia, app. no. 25536/14, 28 March 2017

Policija je odmah došla na mesto gde su pronašli aplikantkinju Maju Škorjanec i njenog partnera Š. Š. i drugog pojedinca, pod inicijalima I. M., sa kojim su žrtve napada imale usmeni i fizički sukob. Svi prisutni su imali vidljive povrede. Organi reda su ubrzo uhapsili i drugog napadača sa inicijalima S. K. Prvobitni izveštaj policije prikazao je da su Romi imali raspravu sa I. M. i S. K., pri čemu je drugi napadač rekao: "Svi Cigani treba da budu ubijeni, istrebićemo vas". U tom trenutku je od strane I. M. i S. K. napadnut partner aplikantkinje. Iako su Maja Škorjanec i njen partner pokušali da pobegnu, napadači su ih sustigli. Tada je S. K. bacio aplikantkinju na zemlju i udario ju je u glavu. Napadači su zatim nastavili da tuku Majinog partnera, uz nanošenje povreda po rukama nožem. Ujedno, u izveštaju policije je navedeno da je aplikantkinja imala kontuziju koja je bila vidljiva ispod levog oka. Na licu mesta napada bila je prisutna i služba hitne pomoći. Lekar je tom prilikom konstatovao da je aplikantkinja imala lake telesne povrede. Takođe, policija je izvršila uviđaj na licu mesta, te uzela izjave od dvojice napadača i žrtava.

Prilikom uzimanja izjave od strane policije, partner aplikantkinje je jasno naglasio da je romskog porekla i da je na dan incidenta bio na buvljoj pijaci sa aplikantkinjom kada su je neki prolaznici gurnuli. Ubrzo je video da su u pitanju dvoje mladih ljudi u alkoholisanom stanju. Tada je rekao Maji da ih ignoriše, ali je to čuo jedan od dvojice mladih ljudi. U tom trenutku su se napadači okrenuli prema njima i krenuli da ih vređaju i da im prete na rasnoj osnovi. Uplašen, Š. Š. je izvukao nož kako bi uplašio napadače. Međutim, umesto da se napadači uplaše, jedan od njih je takođe izvukao nož i onda su njih dvojica počeli da jure Majinog partnera. Maja Škorjanec je počela da beži zajedno sa svojim partnerom. Međutim, napadači su ih ubrzo sustigli i krenuli da tuku Majinog momka. Aplikantkinja je pokušala da pomogne svom partneru, ali je i ona dobila batine. Dvojica su tada nastavila da tuku Š. Š., rekavši da je Rom i da ga stoga treba ubiti. U svojoj izjavi policiji Maja Škorjanec je potvrdila priču svog partnera, naglašivši da je pokušala da pomogne svom momku, ali da je dobila batine uz uvredljive reči. Onda ju je jedan od napadača udario u glavu. Dok su napadači nastavljali da tuku njenog momka, ona je pokušala da nađe pomoć.

Prilikom saslušanja u policiji napadači su rekli da je do napada došlo usled uvrede od strane Majinog partnera koji je rekao da su pijani, pri čemu su negirali da je uzrok sukoba postojanje rasne predrasude prema pripadnicima romske zajednice. Dan kasnije je policija podnela nadležnom tužilaštvu krivičnu prijavu zbog sumnje na izvršenje zločina iz mržnje. Nadležni sud je doneo osuđujuću presudu kojem je osudio na godinu dana i šest meseci zatvora napadače. Međutim, ovaj krivični postupak je tretirao samo Š. Š. kao žrtvu zločina iz mržnje. Sa

druge strane, tužilaštvo je odbacilo krivičnu prijavu aplikantkinje Maje Škorjanec sa obrazloženjem da ona nije Romkinja, da se zato ne može smatrati da su napadači učinili zločin iz mržnje i prema njoj, na isti način kao prema njenom partneru. Stoga ju je uputilo da napadače može goniti privatnom krivičnom tužbom zbog krivičnog dela nanošenja telesnih povreda.

Aplikantkinja se žalila na neuspeh domaćih vlasti da efikasno ispune svoje pozitivne obaveze u vezi sa rasnim motivisanim aktom nasilja nad njom. Tvrdila je da je bilo jasno da je prema njoj počinjen zločin mržnje usled njenog odnosa sa momkom Š. Š. koji je romskog porekla. Takođe je tvrdila da domaći zakonski okvir ima nedostatke, s obzirom na to, kako to tumači nadležno tužilaštvo, da nije pružio zaštitu pojedincima koji su bili žrtve diskriminatornog nasilja zbog svog odnosa sa drugom osobom koja ima relevantnu osobinu.

Sud je naglasio da u slučaju kada je izvršen nasilni incident, pri čemu postoji sumnja da je uzrok rasistički motiv, državni organi su dužni da preduzmu sve razumne mere kako bi utvrdili da li postoje rasistički motivi i da se utvrdi da li je osećanje mržnje ili predrasuda na osnovu ličnog etničkog porekla imalo ulogu u konkretnom događaju. Postupanje na istovetan način kada postoji rasno motivisano nasilje i kada ono ne postoji značilo bi zatvaranje očiju pred specifičnom prirodom rasno motivisanog nasilja koje je vrlo destruktivno prema osnovnim ljudskim pravima. Propust da se napravi razlika u načinu na koji se postupa u situacijama koje su u suštini različite može predstavljati neopravdani tretman koji nije u skladu sa članom 14 Konvencije. Praksa je takva da je dokazivanje rasističkog motiva u mnogim slučajevima izuzetno teško. Obaveza tužene države da istraži moguće rasističke prizvuke u nasilju je obaveza u pogledu upotrebljenih sredstava, a ne obaveza da se postigne određeni rezultat. Vlasti moraju preduzeti sve razumne mere, imajući u vidu okolnosti slučaja. Sud je naglasio da se pojedini nasilni akti ne mogu okvalifikovati kao zločini mržnje samo na osnovu karakteristika žrtve. S tim u vezi počinioci mogu imati mešovite motive, te nasilno delo vrše pod uticajem više situacionih faktora, ali njihovim pristrasnim stavom prema grupi kojoj pripada žrtva.

U skladu s tim, obaveza je vlasti da traže moguću vezu između rasističkih stavova i datog akta nasilja, koji je deo odgovornosti države prema članu 3 u vezi s članom 14 Konvencije. Ova obaveza ne odnosi se samo na akte nasilja zasnovanog na stvarnom ili percipiranom ličnom statusu ili karakteristikama žrtve, već i aktima nasilja zasnovanim na stvarnom ili pretpostavljenom odnosu žrtve ili pripadnošću sa drugom osobom koja stvarno ili verovatno poseduje određeni status ili zaštićenu osobinu. U takvim slučajevima vlasti moraju učiniti ono što je razumno u okolnostima prikupljanja i obezbeđivanju dokaza, istraživanja

svih praktičnih načina otkrivanja istine i donošenja potpuno obrazloženih, nepristrasnih i objektivnih odluka, bez propuštanja sumnjivih činjenica koje mogu biti indikativne za rasno nasilje. Štaviše, tamo gde postoji opravdana osnova za verovanje da je pojedinac pretrpeo postupke suprotno članu 3, od nacionalnih organa se traži da sprovedu delotvornu zvaničnu istragu radi utvrđivanja činjenica u predmetu i identifikuju i po potrebi kažnjavaju odgovorne osobe.¹³ Što se tiče domaćeg pravnog okvira, Sud je primetio da njegova sudska praksa dosledno i jasno utvrđuje da član 3 Konvencije zahteva primenu adekvatnih mehanizama krivičnog prava nakon što Sud utvrdi da je nivo surovosti nasilja nanet od strane privatne osobe obuhvata zaštitu po toj odredbi.¹⁴ Po mišljenju Suda, ti principi se još više primenjuju u slučajevima nasilja motivisanog rasnom diskriminacijom.

Hrvatski pravni okvir u ovom kontekstu uključuje posebnu odredbu za zločine mržnje kao otežavajući oblik drugih krivičnih dela. Konkretno, prema članu 87 stav 21 Kaznenog zakona¹⁵ propisano je da je zločin mržnje krivično delo počinjeno zbog rasne pripadnosti, boje kože, veroispovesti, nacionalnog ili etničkog porekla, invaliditeta, pola, polnog opredeljenja ili rodnog identiteta druge osobe. Takvo postupanje uzeće se kao otežavajuća okolnost ako ovim zakonom nije izričito propisano teže kažnjavanje. Ujedno, treba napomenuti da je zločin mržnje eksplicitno opisan kao otežavajući oblik krivičnog dela nanošenja telesnih povreda iz člana 117 stav 2 Krivičnog zakona. S tim u vezi, Sud je konstatovao da je dovoljno prema krivičnom zakonavstvu Republike Hrvatske da se zločin mržnje izvrši na osnovu ili iz rasne mržnje, a da se od žrtve ne zahteva lično da poseduje zaštićenu karakteristiku ili status. Polazeći od navedenog, Sud je našao da hrvatski pravni sistem poseduje adekvatne zakonske mehanizme kako bi pružio prihvatljiv nivo zaštite podnosiocu predstavke u datim okolnostima. Pravo pitanje je da li način na koji je krivičnopravni mehanizam primenjen u praksi bio neadekvatan do nivoa kršenja obaveza tužene države prema Konvenciji.

U konkretnom slučaju, nadležno tužilaštvo je ograničilo istragu o potencijalnom zločinu mržnje samo na Majinog partnera, gospodina Š. Š. Drugim rečima, nisu sprovedli temeljnu procenu relevantnih situacionih faktora. Ujedno, nisu procenili vezu između aplikantkinje sa Š. Š. i rasistički motiv za napad na njih. Policija je podnela krivičnu prijavu samo u vezi s napadom na Š. Š. Aplikantkinja se u konkretnom slučaju javila samo kao svedok, iako je i ona

¹³ Balázs v. Hungary, app. no. 15529/12, 20 October 2015

¹⁴ Beganović v. Croatia, app. no. 46423/06, 25 June 2009

¹⁵ Kazneni zakon Republike Hrvatske, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17

zadobila telesne povrede. Iako su postojali dokazi da je aplikantkinja bila žrtva rasno motivisanog nasilja, nadležno tužilaštvo je naglasilo da ona nije romskog porekla, te se ne može smatrati žrtvom zločina mržnje. Ovakva odluka je doneta bez sprovođenja dodatnih istražnih radnji. To je dovelo do sprovođenja neadekvatne istrage domaćih vlasti o navodima aplikantkinje o rasno motivisanom aktu nasilja protiv nje u meri koja je nespojiva sa obavezom države da preduzme sve razumne korake da otkrije eventualne rasističke motive iza incidenta. S obzirom na propust javnog tužioca da sprovede neophodni nadzor konkretnog predmeta kako je to zahtevano Konvencijom, Sud je zaključio da domaće vlasti nisu ispunile svoje obaveze prema Konvenciji kada su odbacile krivičnu prijavu aplikantkinje, žrtve rasno motivisanog nasilnog napada na nju, bez prethodne istrage u tom pogledu. Na osnovu svega navedenog Sud je zaključio da je došlo do kršenja člana 3 u okviru njegovog proceduralnog aspekta u vezi sa članom 14 Konvencije.

Značaj presude Škorjanec protiv Hrvatske je ogroman. Naime, zločini mržnje se vrše prema licima koja poseduju određene karakteristike, kao što su boja kože, pol, seksualna orijentacija, etnička pripadnost i tako dalje, pri čemu izvršilac ovog oblika kriminaliteta nasilja poseduje predrasude prema žrtvi. Međutim, predrasude se mogu odnositi i na lica koja nemaju date karakteristike, ali se se od strane izvršioca smatraju pripadnicima grupe koja poseduje konkretne osobine. Kao primer možemo navesti pripadnike sikizma za koje veliki broj ljudi veruje da su muslimani, iako to nije tačno. Zbog ovog pogrešnog verovanja pripadnici sikizma su žrtve zločina mržnje usled postojanja islamofobije. Naredna grupa potencijalnih žrtava zločina mržnje vodi poreklo od osoba koje su na neki način povezane sa drugima koji stvarno ili verovatno poseduje neku od navedenih karakteristika. Kod ove kategorije žrtava zločina mržnje postoje porodične ili prijateljske veze sa osobom sa datom karakteristikom ili postoji članstvo u određenim udruženjima Roma, muslimana, Jevreja itd. Značaj navedene presude ogleda se u tome da je Sud priznao da žrtva zločina mržnje može biti i osoba koja nema određenu karakteristiku, ali je povezana na neki način sa drugom osobom koja zapravo ili verovatno poseduje datu osobinu. Ova kategorija ljudi se vrlo često zanemaruje u sagledavanju stepena viktimizacije zločina mržnje. U budućnosti se može očekivati porast stepena viktimizacije usled izvršenja zločina mržnje kod onih osoba koji su povezani na neki način sa određenim grupama. Usled postojanja globalizacije dolazi do stvaranja mešovitih prijateljstava i porodica. Međutim, sa druge stran, u svetu raste populizam, mržnja i fobija svih vrsta.¹⁶

¹⁶ <https://strasbourgobservers.com/2017/06/13/skorjanec-v-croatia-victims-of-racist-hate->

Kako bismo ilustrovali novi stav Suda izražen u datoj presudi navešćemo jedan primer. Naime, nedavno su u Portlandu (SAD) poginula dva muškarca, dok je jedan povređen, kada su želeli zaštititi dve muslimanke koje su bile žrtve napada od strane rasista. Ti muškarci nisu bili islamske veroispovesti. Rasista je i njih napao samo zato što su želeli da zaštite dve muslimanske devojčice od napada. Ovom presudom Sud je jasno stavio do znanja da prilikom procene da li konkretno krivično delo možemo podvesti pod zločin mržnje nije bitna žrtva i njene karakteristike, već priroda mržnje izvršioca. Drugim rečima, nije važno da li ste napadnuti zato što imate određenu boju kože, religijsku pripadnost ili seksualnu orijentaciju, ili da li vas napadač doživljava kao osobu koja poseduje jednu od datih karakteristika, ili pak volite nekoga ko poseduje jednu od tih karakteristika ili ste aktivista ili odgovorno lice. Iz perspektive ljudskih prava, predrasuda izvršioca zločina mržnje ne sme ostati nekažnjena.¹⁷

Jedan od posebno ilustrativnih predmeta za temu ovog članka jeste i *Burlya and Others v. Ukraine*.¹⁸ U septembru 2002. godine u jednom ukrajinskom selu ubijen je sedamnaestogodišnji mladić, navodno od strane Roma. Narednog dana se u selu okupila veća grupa ljudi i tražila da Romi budu proterani iz ovog sela. Istog dana je održana i sednica seoskog saveta, kojoj su, između ostalih, prisustvovali predstavnik okružne državne administracije i načelnik okružne policije. Seoski savet je podržao odluku prethodnog skupa da osobe romske nacionalnosti budu proterane iz sela. Narednog dana je održana nova sednica seoskog saveta koja je zaključena na taj način što je zatraženo od organa reda da osiguraju proterivanje društveno opasnih pojedinaca iz sela, bez obzira na njihovo etničko poreklo. U toku večeri, seoski načelnik i lokalna policija su posavetovali Rome da napuste selo jer se, kako su naveli, spremao „pogrom“. Romskim kućama je isključeno snabdevanje strujom i gasom i u toku te noći više stotina ljudi je opljačkalo romske kuće, paleći ih i uništavajući njihovu imovinu, uključujući i automobile i lične dokumente. Veći broj policajaca je bio prisutan na licu mesta ali nisu intervenisali kako bi sprečili pljačku, već su se samo koncentrisali na sprečavanje ljudskih žrtava. Podnosioci predstave bili su primorani da se presele u drugi grad, gde su živeli sa porodicom i prijateljima u prenaseljenim kućama. Evropski sud za ljudska prava je u ovom predmetu našao povredu člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije i u materijalnom i u procesnom aspektu.

crime-by-association-protected-by-echr/ pristupljeno 12. maja 2022. godine

¹⁷ <http://www.humanrightseurope.org/2017/03/croatia-court-backs-anti-roma-hate-crime-complaint/> pristupljeno 12. maja 2022. godine

¹⁸ *Burlya and Others v. Ukraine*, app.no. 3289/10, 6 November 2018

U vezi sa materijalnim aspektom, Sud je imao u vidu da je nesporno da je napad na kuće podnosioca predstavki motivisan antiromskim raspoloženjem među stanovnicima sela. Međutim, sud je u obrazloženju posebnu pažnju posvetio stavovima i radnjama državnih organa u pogledu celokupne situacije. Naime, lokalna i okružna policija su znale da se priprema pogrom prema Romima i njihovoj imovini, te su čak imali i dovoljno vremena da organizuju sastanak sa Romima i upozore ih da odu. Ipak, ostalo je nejasno zbog čega policijske snage nisu intervenisale kako bi zaštitile imovinu Roma. U tom smislu, nije bilo dokaza da je nasilje nenadano eskaliralo, niti da su policijske snage bile tako nadjačane da su bile primorane da ustuknu pred nasilnicima. Prisustvo policijskih snaga prilikom paljenja i pljačkanja, kao i odluka seoskog saveta, stvorili su utisak postojanja zvanične državne podrške za napad na romsku imovinu. Sve navedeno je pokazalo stanovnicima sela romske nacionalnosti da ne mogu da računaju na pravnu zaštitu. Stoga njihova odluka da napuste svoje domove neposredno pre napada nije bila rezultat slobodne volje, već način da zaštite sopstveni fizički integritet. Čitava situacija je kod njih stvorila osećaj straha, inferiornosti i ozbiljnog narušavanja dostojanstva, budući da su bili u poziciji da ne mogu da zaštite svoje domove bez opasnost po sopstveni život. Narušavanje njihovog ljudskog dostojanstva dostiglo je takvu meru da se moglo smatrati ponižavajućim postupanjem u smislu člana 3 Konvencije, pa je sud iz navedenih razloga našao povredu člana 14 u vezi člana 3 Konvencije u materijalnom aspektu.

Sud je takođe našao i povredu procesnog aspekta člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije zbog nedelotvorne istrage vođene nakon incidenta. Dan nakon kritičnog događaja, okružna policija je započela istragu protiv nepoznatih učinilaca zbog sumnje na krivično delo huliganizma koje je učinjeno od strane grupe. Međutim, istraga je više puta prekidana i ponovo nastavljena, te u konačnom nije dovela do krivičnog gonjenja bilo kog konkretnog učinioca. Nije identifikovan nijedan učesnik u paljenju i pljačkanju romskih kuća, a istražni organi su našli da nema osnova za krivično gonjenje članova seoskog saveta zbog odluke koju je ovaj savet doneo.

Sud je naglasio da istraga ukrajinskih organa nije razjasnila kako je to policija znala da se napad sprema, a da pritom nije učinila ništa kako bi ga sprečila. Dalje je sud naglasio da je sama pravna kvalifikacija krivičnog dela, u pravcu kog je vođena istraga, neadekvatna zato što huliganizam ne podrazumeva učešće državnih organa u krivičnom događaju, niti sam po sebi pokriva rasno motivisano nasilje. U tom smislu, sud je naglasio da se istražni organi nikada nisu pozvali na član domaćeg krivičnog zakona koji upravo kažnjava rasno motivisano nasilje, niti su posebnu pažnju posvetili antiromskom raspoloženju kao verovat-

nom motivu napada. Istraga nije ispunila ni kriterijum nezavisnosti, budući da je jedan deo istražnih radnji preduzela lokalna policija koja je bila uključena u događaj i čije je postupanje u vezi sa incidentom trebalo ispitati. Pored ovakvih krupnih nedostataka, sud je pažljivo analizirao pojedine istražne radnje koje su domaći organi preduzeli. Naime, u istrazi su saslušana dva lica koja su od strane žrtava označeni kao inspiratori napada. Oni su u svojim iskazima negirali svoje lično učešće u napadima. Međutim, nije bilo dokaza da su oni zaista saslušani u pogledu sumnje da su podstrekavali na ovakav napad.

3. ZAKLJUČAK

Iz predstavljene prakse Evropskog suda za ljudska prava može se zaključiti da su Romi u povećanom riziku da postanu žrtve povrede člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije. O ovome govori veliki broj slučajeva u kojima je Sud svojim presudama konstatovao povrede, od kojih je u radu analiziran samo jedan deo njih. To posebno važi za države istočne Evrope i Balkana koje su se najčešće javljale kao države respondenti u navedenim slučajevima. Sud je nalazio povredu člana 14 u vezi sa članom 3 i u materijalnom i u procesnom aspektu. Međutim, praksa pokazuje da je mnogo veći broj presuda u kojima je sud našao povredu procesnog aspekta. Naime, da bi sud našao povredu materijalnog aspekta, treba dokazati da je postupanje državnih organa prema Romima, koje je suprotno članu 3 Konvencije, motivisano upravo mržnjom prema Romima i rasističkim motivima. Ovakav subjektivni odnos onog ko vrši nasilje teško je utvrditi u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava. Naime, u postupku pred ovim sudom se, po pravilu, ne izvode dokazi te se sud oslanja na rezultate postupka koje su sproveli domaći organi. U državama u kojima postoji sistemsko negativno postupanje prema Romima od strane policije, najčešće se i ne sprovode adekvatni istražni postupci u kojima bi se ovakvi motivi mogli utvrditi. Stoga je predmet *Burlya and Others v. Ukraine* jedan od retkih u kojima je sud, zbog ekstremnosti samog slučaja, mogao da utvrdi povredu člana 14 u vezi sa članom 3 u njegovom materijalnom aspektu. Upravo zbog toga, sud je zauzeo stav da u slučaju postojanja sumnje da je tretman suprotan članu 3 rasistički motivisan, države imaju proceduralnu obavezu da ispitaju takve motive. Ukoliko izostane ispunjenje takve obaveze, Sud će konstatovati povredu člana 14 u vezi sa članom 3 u procesnom aspektu. Iz prikazanih slučajeva može se zaključiti da je u najvećem broju slučajeva Sud upravo i našao povredu ovog aspekta člana 14 u vezi sa članom 3 kada su Romi žrtve.

4. BIBLIOGRAFIJA

1. Balázs v. Hungary, app. no. 15529/12, 20 October 2015
2. Beganović v. Croatia, app. no. 46423/06, 25 June 2009
3. Bekos and Koutropoulos v. Greece, app. no. 15250/02, 13 December 2005
4. Burlya and Others v. Ukraine, app.no. 3289/10, 6 November 2018
5. Ciorcan and others v. Romania, app. nos. 29414/09 and 44841/09, 27 January 2015
6. Cobzaru v. Romania, app. no. 48254/99, 26 July 2007
7. <http://www.humanrightseurope.org/2017/03/croatia-court-backs-anti-roma-hate-crime-complaint/> pristupljeno 12. maja 2022. godine
8. <https://strasbourgobservers.com/2017/06/13/skorjanec-v-croatia-victims-of-racist-hate-crime-by-association-protected-by-echr/> pristupljeno 12. maja 2022. godine
9. INTERIGHTS priručnik za pravnike - zabrana diskriminacije prema evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (član 14), 2006:4
10. Kazneni zakon Republike Hrvatske, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17
11. Lingurar and Others v. Romania, app. no. 5886/15, 16 October 2018
12. Nachova and others v. Bulgaria, [GC], app. nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005
13. Škorjanec v. Croatia, app. no. 25536/14, 28 March 2017
14. Stoica v. Romania, app. no. 42722/02, 4 March 2008

Darko Dimovski, LLD¹⁹
Luka Anđelković, LLM²⁰
Milovanović Dragana, LLM²¹

**ROMA AS VICTIMS OF VIOLATIONS OF ARTICLE 14 IN
CONJUNCTION WITH ARTICLE 3 OF THE CONVENTION FOR
THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL
FREEDOMS**

***Abstract:** Article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms provides prohibition of discrimination in respect of the rights guaranteed by the Convention. This article presents the case-law of the European Court of Human Rights when it comes to discrimination against Roma in relation to Article 3 of the Convention, which prohibits torture, inhuman and degrading treatment or punishment. The factual and legal stances from the most important judgments of this court will show the standards developed by the court in its practice when it comes to Article 14 in relation to Article 3 of the Convention, but also when it comes to the prohibition of discrimination in general. In its case-law, the Court found a violation of both the procedural and substantive aspects of these two related articles. However, there are many more cases in which the Court found a violation of the procedural aspect, while there are very few cases in which a violation of Article 14 in conjunction with Article 3 was found in the substantive part. The cases that will be presented most often speak of the brutality and abuse that the Roma suffered by the state police forces. However, cases in which the violation was caused by the inadequate response of state authorities to racially motivated violence suffered by Roma by other ordinary citizens will also be presented.*

***Keywords:** Roma, European Court of Human Rights, torture, inhuman or degrading treatment or punishment, discrimination*

¹⁹ Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš, Judicial Research Center, Niš, e-mail: darko@prafak.ni.ac.rs

²⁰ User of the initial training of the Judicial Academy of the Republic of Serbia, email: lukanis92@gmail.com

²¹ Young researcher, Innovation Centar at University of Niš. E-mail: draganaammm@gmail.com

ПРЕКРШАЈНА ОДГОВОРНОСТ У ОБЛАСТИ ПРИВАТНЕ БЕЗБЕДНОСТИ У СРБИЈИ¹

Бранко Лештанин,²
Проф. др Жељко Никач³

Сажетак: Стање и тенденције прекршаја само су један показатељ како се спроводи закон. Циљ овог рада јесте сагледавање стања и тенденција прекршајне одговорности у области приватне безбедности како би се извршио увид у извршавање закона чија је примена почела 2017. године а пуна примена тек од 2019. године. У раду су коришћени подаци Министарства унутрашњих послова, прекршајних судова и Републичког завода за статистику. Коришћен је нормативни и статистички метод, метод анализе и синтезе како би се извели одређени закључци. Из добијених резултата види се начин усмеравања откривачке делатности полиције, поступање прекршајних судова и казнена политика у области приватне безбедности. Закључује се да су учињене одређене грешке приликом доношења закона, да је делатност откривања прекршаја од стране полиције погрешно усмерена и да прекршајни судови од почетног залета у спровођењу закона полако успоравају свој рад.

Кључне речи: надзор, приватна безбедност, прекршајна одговорност, полиција, прекршајни судови.

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру интерног пројекта „Послови приватног обезбеђења и детективске делатности – правни аспекти, начин обављања, перспективе“, КПУ, 2021.

² Министарство унутрашњих послова Републике Србије.

³ Редовни професор на Криминалистичко-полицијском универзитету у Београду.

1. УВОД

Закон о приватном обезбеђењу – ЗПО, Службени гласник РС, бр. 104/2013, 42/2015 и 87/2018 донет је 2013. године а пуну примену доживео је тек 2019. године. Прописивање казних одредаба само је један од начина да се правни субјекти натерају да поштују законске прописе. Поред тога, императивне одредбе закона којима се одређује начин понашања правних субјеката без казних одредаба су „мртво слово на папиру“. Сагледавањем стања и тенденција прекршаја може доћи до закључка како се спроводи одређени пропис и да ли се извршавањем закона постиже циљ због којег је донет.

Прекршаји, прекршајне санкције и прекршајни поступак уређени су Законом о прекршајима – ЗП, Службени гласник РС, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019 – др. закон и 91/2019. Према овом закону, прекршај је противправно дело које је законом или другим прописом надлежног органа одређено као прекршај и за које је прописана прекршајна санкција.⁴ Дакле, појам прекршаја (или опште биће прекршаја) чине следећи општи, основни, конститутивни елементи: 1) радња са проузрокованом последицом – прекршајно дело; 2) противправност; 3) одређеност прекршајног дела и санкције у закону или другом пропису надлежног органа.⁵ За прекршај могу да одговарају физичко лице, предузетник, правно лице и одговорно лице у правном лицу.⁶ Ово је случај и са прекршајима у обављању делатности приватног обезбеђења.

Основно правило прекршајне одговорности физичког лица је да је крив за учињени прекршај. Кривица се састоји из урачунљивости, умишљаја или нехата и свести о делу. Урачунљивост учиниоца (прекршаја, прим. аут.) се претпоставља, а уколико постоји сумња у постојање урачунљивости, прекршајни суд ће наредити вештаку да у конкретном случају утврди да ли је лице неурачунљиво.⁷ Учиниоца може радњу прекршаја предузети с умишљајем (директни или евентуални) или из нехата (свесног или несвесног), односно он мора у време извршења прекршаја бити свестан или бити дужан и може бити свестан да је такав поступак забрањен. Иста правила важе и за предузетнике и одговорна лица у правном лицу.

⁴ Чл. 2 ЗП.

⁵ Д. Јовашевић, Д. Миладиновић-Стефановић, Прекршајно право, Ниш, 2018, стр. 32–33.

⁶ Чл. 17 ЗП.

⁷ Група аутора, Приручник за обуку службеника приватног обезбеђења, Београд 2015, стр. 32.

2. ПОДАЦИ

Како би се извршила правна анализа, коришћена је релевантна домаћа литература која се бави истраживањем приватне безбедности. Из базе података МУП-а, односно „Евиденције захтева за покретање прекршајног поступка“ излучени су подаци о откривању прекршаја и извршиоцима прекршаја. За истраживање судске праксе одређен је довољно репрезентативан узорак који чине Прекршајни апелациони суд у Београду, Прекршајни судови у Београду, Панчеву, Новом Саду, Кикинди, Крагујевцу, Чачку, Нишу и Зајечару, од којих су затражени подаци о спровођењу Закона о приватном обезбеђењу. Разлози за избор ових прекршајних судова јесу број откривених прекршаја и равномерна просторна распоређеност (Београд, Војводина, централна и западна Србија). Коришћени су подаци из Републичког завода за статистику⁸ који се односе на број становника. На основу добијених података формиране су табеле из којих су изведени графикони.

3. МЕТОД

Сагледавање прекршајне одговорности у области приватне безбедности у Србији није могуће без анализе правних норми којима је уређена ова област. Самим тим, прво је нормативном методом извршена анализа правних норми којима се уређује прекршајна одговорност и дат критички осврт на норме о прекршајима. Узимајући у обзир предмет истраживања, потребно је било применити методе друштвених и хуманистичких наука. Тако је примењена метода анализе садржаја докумената који садрже статистичке показатеље о прекршајној одговорности у области приватне безбедности у Србији за период 2016–2020. година. Прикупљени подаци су најпре обрађени а затим и приказани графичким моделима у раду. Ова област анализирана је у просторним и временским оквирима, а методом синтезе и на основу изведених анализа изведени су одређени закључци.

4. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ОДРЕДБЕ О ПРЕКРШАЈНОГ ОДГОВОРНОСТИ У ОБЛАСТИ ПРИВАТНЕ БЕЗБЕДНОСТИ

Законодавац у Србији пропустио је прилику да инкриминише одређене радње које императивном нормом налаже субјектима приватне безбед-

⁸ <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/stanovnistvo/procene-stanovnistva> (20.06.2022).

ности. Примера ради, не постоји инкриминација радње којима се закључује уговор који нема све елементе прописане законом. Такође не постоји прекршај уколико се услуге приватног обезбеђења пружају без извршене процене ризика у заштити лица, имовине и пословања када је она по закону обавезна.⁹ Мада, истина је да не постоји ни изричита законска одредба која обавезује вршење процене ризика већ се само прописују случајеви када она није обавезна.¹⁰ Ту су и прекршаји из области техничке заштите, где није инкриминисано пропуштање да се изврши пројектовање техничке заштите и пропуштање вршења стручног надзора монтаже техничке заштите. Поред пројектовања и стручног надзора, не постоји инкриминација у случају да план обезбеђења није садржајно адекватан и како је прописано као и у случају да службеник обезбеђења не носи легитимацију на видном месту иако постоји обавезујућа норма.

Одређене радње инкриминасане као прекршај у ЗПО-у као што су вршење полицијских послова, примена метода и средстава полиције, вршење послова физичког обезбеђења без лиценце и вршење послова приватног обезбеђења на начин којим се омета рад државних органа носе са собом висок степен друштвене опасности. Код ових радњи извршења друштвена опасност може сматрати се таквом да је инкриминација ових радњи требало да буде у кривичном законодавству. Другим речима, ове радње треба да представљају кривично дело.¹¹

Наш законодавац је пропустио прилику да за одређене прекршаје пропише новчану казну у фиксном износу па самим тим и издавање прекр-

⁹ Од обавезе израде акта о процени ризика у заштити лица, имовине и пословања изузети су случајеви пружања услуге корисницима ради обезбеђења лица, обезбеђења објеката за становање, обезбеђења јавних скупова на којима редарску службу обављају само редари ангажовани од организатора окупљања, као и обезбеђења микроправних лица и предузетника који су класификовани у складу са класификацијом за разврставање правних лица по прописима којима се уређује рачуноводство, рачуноводствене исправе, пословне књиге и финансијски извештаји (чл. 20 ст. 6 ЗПО). До децембра 2018. године процена ризика у заштити лица, имовине и пословања била је обавезна само у вршењу послова техничке заштите, док је сада обавезна и у вршењу послова физичке и техничке заштите.

¹⁰ Према мишљењу Секретаријата МУП-а, процена ризика у заштити лица, имовине, пословања врши се увек када се пружају услуге било физичке било техничке заштите осим код законом прописаних изузетака (Мишљење Секретаријата МУП-а 02 бр. 011-327/19-1 од 08.03.2019. године).

¹¹ Као пример може се навести грађење без грађевинске дозволе које представља кривично дело које се гони по службеној дужности па самим тим би и вршење послова физичког обезбеђења и друге радње представљале кривично дело.

шајног налога за те прекршаје. Институт прекршајног налога, као поједностављена форма поступања у прекршајним стварима, у наш прекршајноправни систем уведен је ЗП-ом из 2013. године, односно од марта 2014. године. Лице против кога је издат прекршајни налог прихвата одговорност за прекршај плаћањем половине изречене казне у року од осам дана од дана пријема прекршајног налога, чиме се ослобађа плаћања друге половине изречене казне.¹²

Према позитивноправном решењу¹³, даје се могућност да новчана казна пропише у фиксном износу за физичко лице и одговорно лице од 1.000 до 50.000 динара, за предузетника од 5.000 до 150.000 динара, а за правно лице од 10.000 до 300.000 динара. За прекршаје за које је прописана новчана казна у фиксном износу не подноси се захтев за покретање прекршајног поступка већ се издаје прекршајни налог, осим у случају да је извршилац прекршаја малолетно лице.¹⁴ Основни предуслови за издавање прекршајног налога су да овлашћено лице открије прекршај на један од следећих начина: 1) непосредним опажањем полицијског службеника или овлашћеног службеног лица приликом контроле, надзора и прегледа, као и увидом у службену евиденцију надлежног органа; 2) увидом у податке који су добијени уз помоћ уређаја за надзор или мерење; 3) приликом инспекцијског или другог надзора прегледом документације, просторија и робе или на други законом прописан начин. Ако се узме у обзир да се прекршаји из области приватне безбедности најчешће откривају надзором, непосредним опажањем полицијског службеника као и увидом у документацију, може се извести закључак да би издавање прекршајног налога значајно убрзало прекршајни поступак у овом области.

Највеће замерке институту прекршајног налога јесу одсуство одмеравања и индивидуализације прекршајне казне, негација начела непосредности и утврђивања истине, проблематично остваривање права на одбрану, пренаглашеност начела економичности и ефикасности прекршајног поступка, психички притисак на лице да плати пола износа новчане казне.¹⁵ Упркос томе, овај институт остаје најефикаснији модел убрзања прекр-

¹² Д. Јовашевић, Д. Миладиновић-Стефановић, нав. дело, стр. 175.

¹³ Чл. 39 ст. 2 ЗП.

¹⁴ Чл. 168 ЗП.

¹⁵ И. Милић, Прекршајни налог, Безбједност, полиција, грађани, 1-2/2015, стр. 244; Д. Дракић, И. Милић, Утврђивање истине у прекршајном поступку – утврђивање прекршајне одговорности, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2018, стр.126.

шајног поступка и растерећења рада прекршајних судова. Могућност коришћења поједностављених (сумарних) форми поступања у прекршајном поступку потврдила је и судска пракса Европског суда за људска права али уз обезбеђење судске заштите.¹⁶ Узимајући у обзир одредбе Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, сматрамо да је издавање прекршајног налога могуће и у електронској форми, што је још једна предност.

На овом месту морамо се осврнути на још једну поједностављену (консезуалну) форму поступања у прекршајним стварима а то је споразум о признању прекршаја (енг. *plea barging*) која је у наш прекршајноправни систем уведена 2009. године Законом о изменама и допуна Закона о прекршајима, Службени гласник РС, бр. 47/2009. Споразум се може закључити за било коју врсту прекршаја без обзира на врсту и висину запрећене прекршајне санкције а за који је поднет захтев за покретање прекршајног поступка (код прекршаја за које се издаје прекршајни налог ова форма се не примењује). Споразум се закључује између странака у прекршајном поступку (окривљеног или подносиоца захтева), а предлог за закључење споразума може бити учињен од стране било које странке у поступку али обично је то окривљени или његов бранилац. Временска граница споразумевања у прекршајном поступку одређена је почетком прекршајног поступка и доношењем првостепене пресуде.¹⁷

О чему се то споразумевају странке? Предмет прекршајног поступка је прекршајна ствар о којој се странке споразумевају. Конкретно, споразумевају се о прихватању прекршајне одговорности и признању прекршаја од стране окривљеног, о врсти и висини прекршајне санкције, о евентуалним трошковима поступка, одузимању имовинске користи, накнади имовинскоправног захтева, повраћају предмета и др.¹⁸

У интервјуу са 17 овлашћених полицијских службеника, од 27 полицијских управа, у само једном предмету поднет је захтев за закључење споразума о признању кривице док су се остали изјаснили да по захтевима за покретање прекршајних поступака по ЗПО-у није било поднетих захтева за закључење споразума о признању прекршаја па самим тим ни закључених споразума. Захтев није реализован нити споразум закључен услед недос-

¹⁶ М. Јеличић, *Прекршајни налог и проблеми у пракси, Ревизија за криминологију и кривично право* 1/2018, стр. 37–38.

¹⁷ Чл. 233 ЗП.

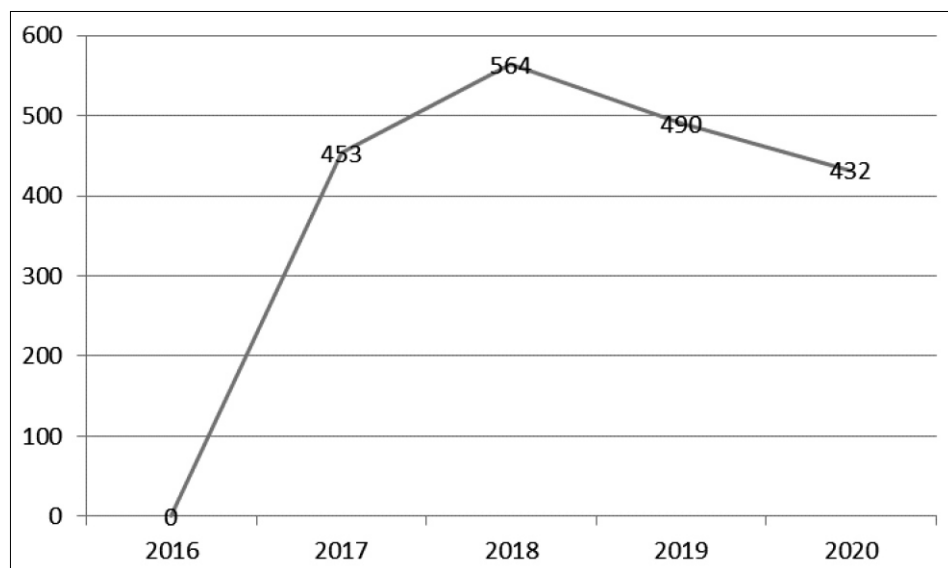
¹⁸ Чл. 234 ЗП.

тата јасних и прецизних критеријума за преговарање тако да је предмет препуштен да застари.

Оно што је посебно афирмативно у области приватне безбедности и примени споразума јесте могућност да се избегне изрицање заштитне мере у потпуности или делимично.

5. РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА

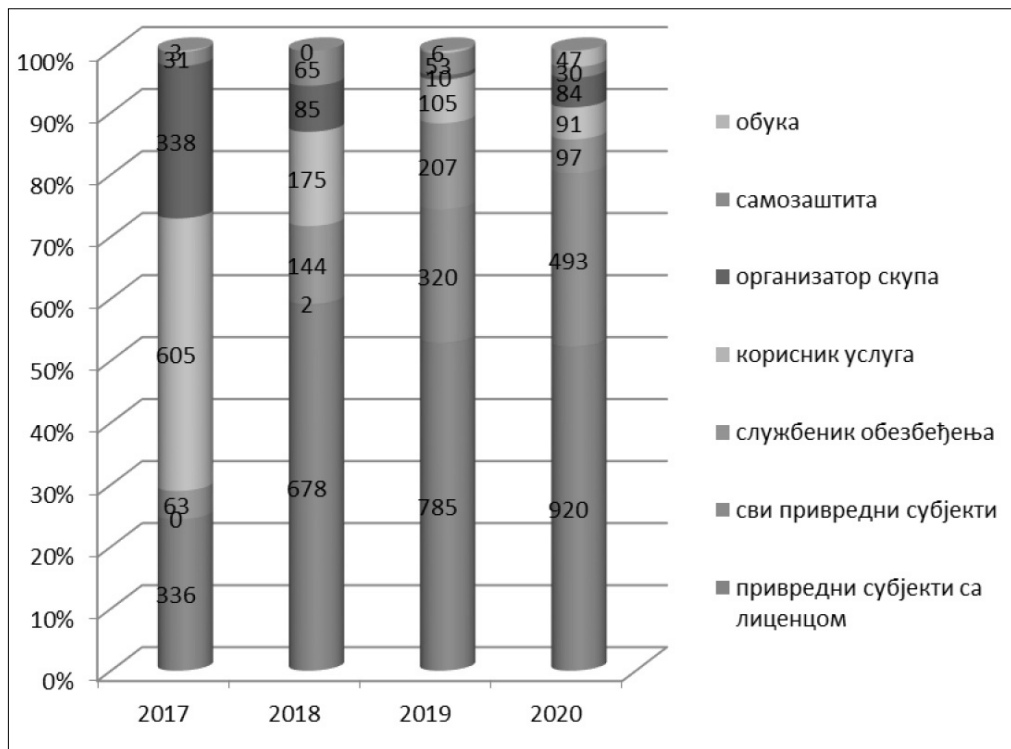
Хејуристичка делатност полиције, односно откривање прекршаја из области приватне безбедности, најчешће се спроводи кроз посебну врсту управног надзора над правним субјектима или контролу службеника обезбеђења. На графикону 1 уочавамо да се са надзором отпочело тек 2017. године иако је закон донет много раније (2013). У посматраном периоду, највећи број надзора остварен је 2018. Године, а просечан број остварених надзора је 485 по години.



Графикон 1

Како би се истражило на шта је управни надзор, односно хејуристичка делатност полиције била концентрисана, анализирани су подаци о окривљеним лицима против којих је покретнут прекршајни поступак. У 2017. години овлашћени полицијски службеници радили су на откривању прекршаја извршених од стране корисника услуга приватног обезбеђења и ор-

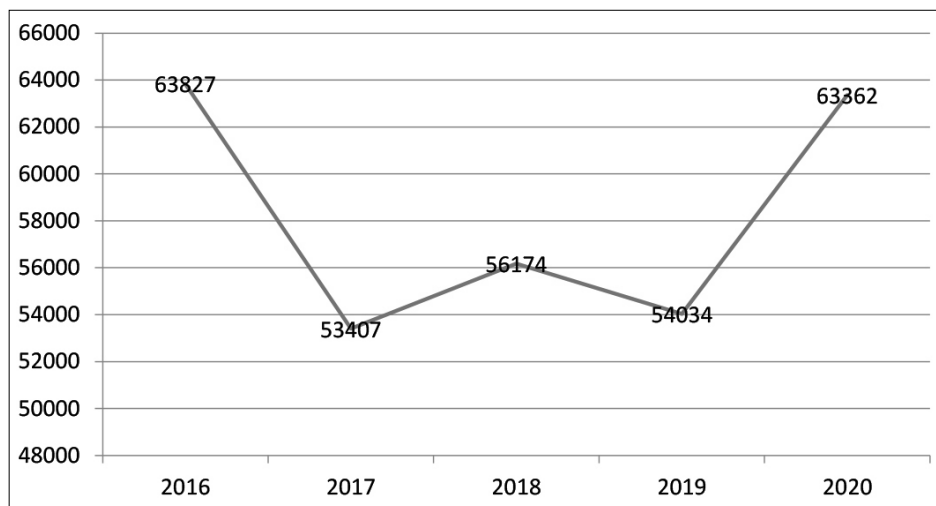
ганизатора јавних скупова. У наредним годинама хејуристичка делатност помера се ка привредним субјектима који пружају услугу приватне безбедности али и свим осталим привредним субјектима. Такође, уочава се да је појачана пажња и на саме службенике обезбеђења и поштовање ЗПО-а од стране њих.



Графикон 2

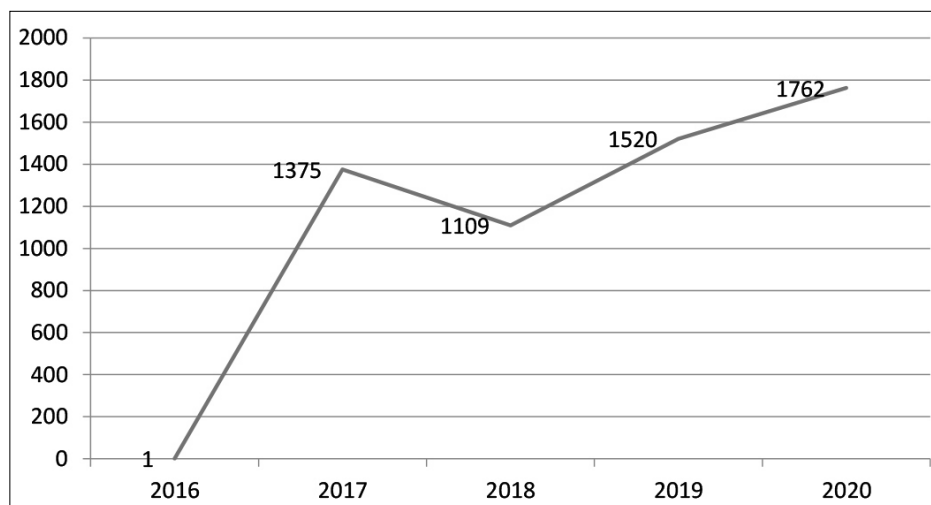
Сагледавањем укупног броја прекршаја откривених од стране полицијских службеника¹⁹ уочавамо различите тенденције у посматраном периоду. У периоду након 2016. видимо нагли пад броја откривених прекршаја који се спустио за 16% и у трогодишњем периоду остао релативно исти. У 2020. години видимо пораст хејуристичке делатности на откривању прекршаја и пораст броја прекршаја где се број вратио на 2016. годину (Графикон 3).

¹⁹ Овде се не убрајају прекршаји по Закону о безбедности саобраћаја.



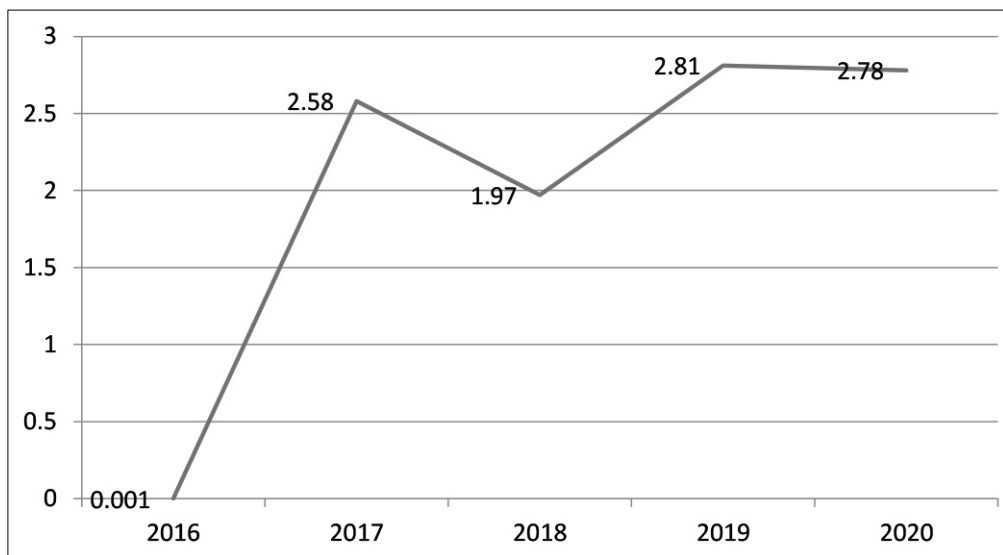
Графикон 3

Колико су полицајски службеници били ангажовани на откривању прекршаја из ЗПО-а видимо из графикона 4. Видимо да је број прекршаја растао, с тим да се примећује пад 2018. Године, када су донете измене и допуне Закона о приватном обезбеђењу. Новеле у закону не би требало да су утицале на активност полицајских службеника јер ако се осврнемо на број надзора, видимо да је 2018. године био на максимуму али није довео да откривања прекршаја.



Графикон 4

Као нови пропис у правном систему Србије требало би сагледати какво је учешће откривених прекршаја по ЗПО-у у укупном броју откривених прекршаја. Ова бројка варира као што варирају и откривани прекршаји и креће се у просеку 2,5% прекршаја по ЗПО-у у укупно откривеним прекршајима (Графикон 5).



Графикон 5

Бројке које се односе на хејуристичку делатност полиције можемо довести у везу са бројем становника у Србији²⁰ како би се добила стопа прекршаја на 100.000 становника (Табела 1). Видимо да су тенденције исте као код апсолутних бројева где стопа прекршаја у укупном броју варира и да се 2020. године вратила на ниво из 2016. године (и мало више), док је стопа прекршаја по ЗПО-у у сталном порасту (осим 2018. године).

²⁰ <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/stanovnistvo/procene-stanovnistva> (20.06.2022).

Табела 1

ГОДИНА	2016.	2017.	2018.	2019.	2020.
УКУПНО ПРЕКРШАЈА Р. СРБИЈА	63.827	53.407	56.174	54.034	63.362
на 100.000	904	761	804	778	918
УКУПНО ПРИВАТНА БЕЗБЕДНОСТ	1	1.375	1.109	1.520	1.762
на 100.000	0	20	16	22	26

У следећој табели (Табела 2) приказани су прекршаји који су највише откривени систематизовани према члану закона. Од 2018. године енумерација чланова је измењена тако да се добијени резултати морају додатно протумачити. У 2017. години полицијски службеници били су концентрисани на откривање прекршаја који се односе на:

- организовање јавних скупова,
- вршење послова приватног обезбеђења од стране привредних субјеката или физичког лица који немају лиценцу,
- недостављање обавештења о закљученом уговору, анексу уговора или о раскиду уговора у прописаном року,
- недостављање извештаја, са мишљењем у року од 48 часова од употребе средстава принуде надлежној полицијској управи и
- коришћење услуга приватног обезбеђења без закљученог уговора.

Табела 2

2017.				2018.				2019.				2020.			
Чл.	ст.	тач.	бр. прек.	Чл.	ст.	тач.	бр. прек.	Чл.	ст.	тач.	бр. прек.	Чл.	ст.	тач.	бр. прек.
82	2		170	76	3		262	78	4		183	78	4		385
82	1		168	76	1	6	258	77	1	10	113	76	1	3	234
80	1	2	157	79	1	13	92	79	1	21	100	79	1	21	53
76	1	6	146	83	1		61	76	1	3	81	77	1	11	49
76	3		112	77	1	1	41	79	1	20	59				
80	1	1	104												

У 2018. години хејуристичка делатност полиције била је усмерена на следеће прекршаје:

- недостављање извештаја, са мишљењем у року од 48 часова од употребе средстава принуде надлежној полицијској управи,
- недостављање обавештења о закљученом уговору, анексу уговора

или о раскиду уговора у прописаном року,

- непрописне радње са легитимацијом службеника обезбеђења (не-ношење, невраћање у прописаном року и сл.),
- организовање самозаштите без лиценце,
- пропуштање достављања лекарског уверења о провери психофизичке способности за свако физичко лице коме је издата лиценца (изменама и допунама Закона о приватном обезбеђењу из 2018. године овај прекршај је брисан).

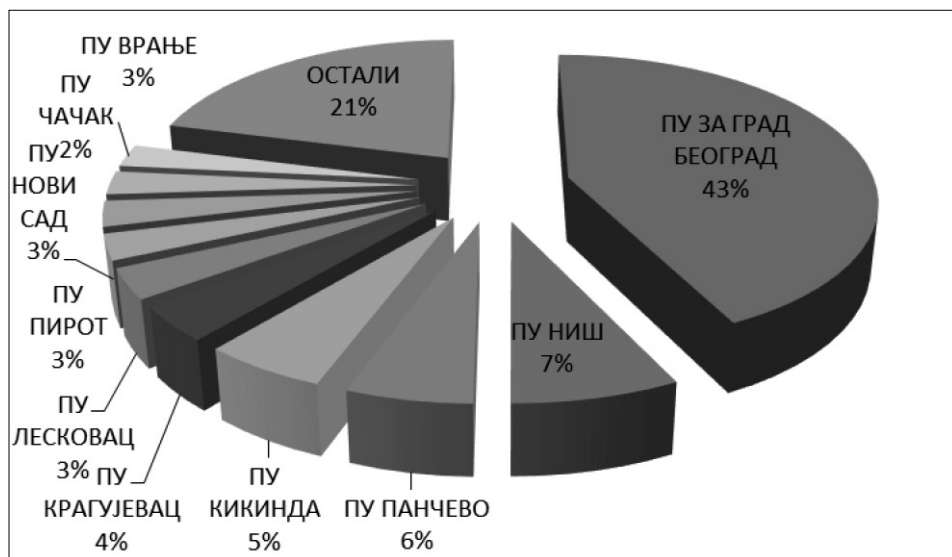
У 2019. години управни надзор и откривање прекршаја било је усмерено на:

- физичка лица која врше послове приватног обезбеђења или редарске службе без лиценце,
- привредне субјекте који у прописаном року не поднесу захтев за издавање легитимације службенику обезбеђења,
- непрописне радње са легитимацијом службеника обезбеђења (не-ношење, невраћање у прописаном року и сл.).

У 2020. години делатност на откривању прекршаја из Закона о приватном обезбеђењу била је усмерена на:

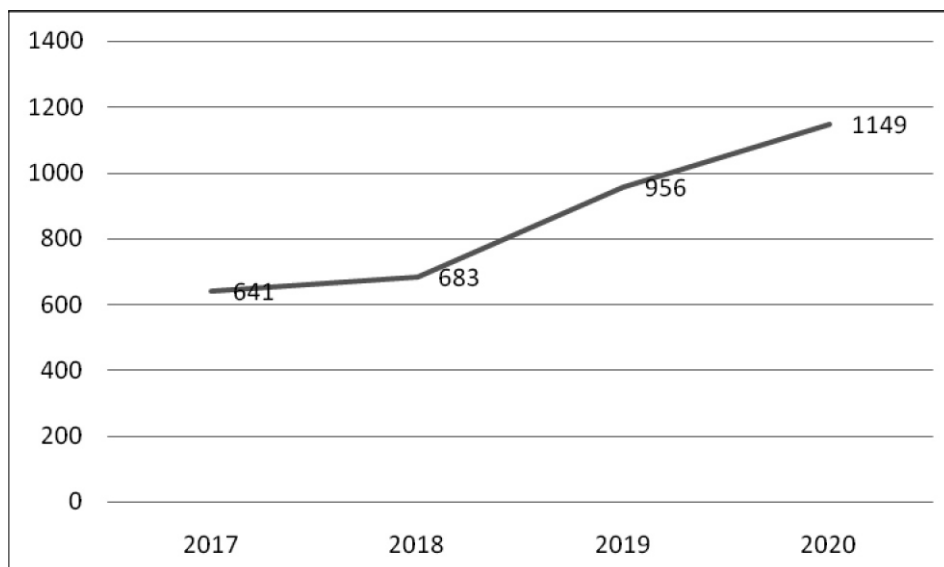
- физичка лица која врше послове приватног обезбеђења или редарске службе без лиценце,
- невраћање легитимације службеника обезбеђења у прописаном року.

Ако посматрамо територијалну дистрибуцију хејуристичке делатности полиције (Графикон 6) у посматраном периоду видимо да је највише прекршаја откривено на подручју ПУ за град Београд (43%) а затим следе ПУ Ниш (7%), ПУ Панчево (6%) и друге полицијске управе.



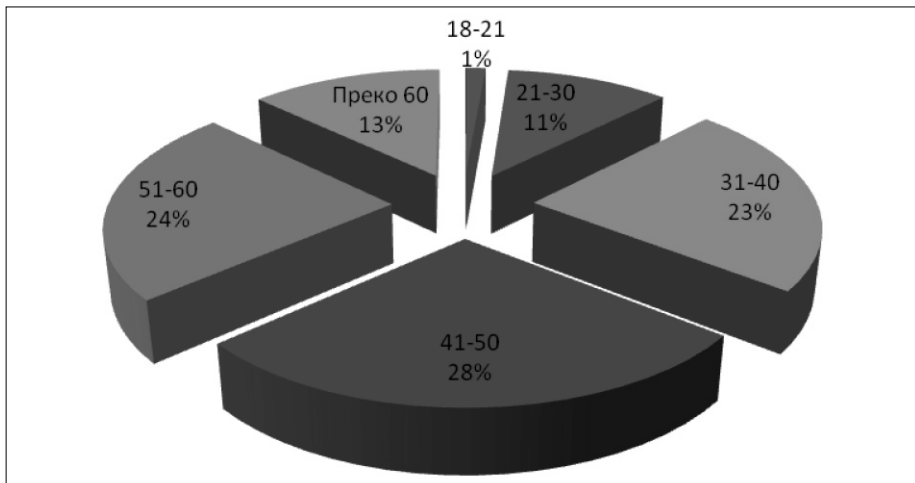
Графикон 6

Као што је број откривених прекршаја из области приватног обезбеђења растао, тако је растао и број извршилаца прекршаја (графикон 7). Оно што је интересантно јесте да 2018. године није дошло до пада броја извршилаца као што је то случај са бројем откривених прекршаја.



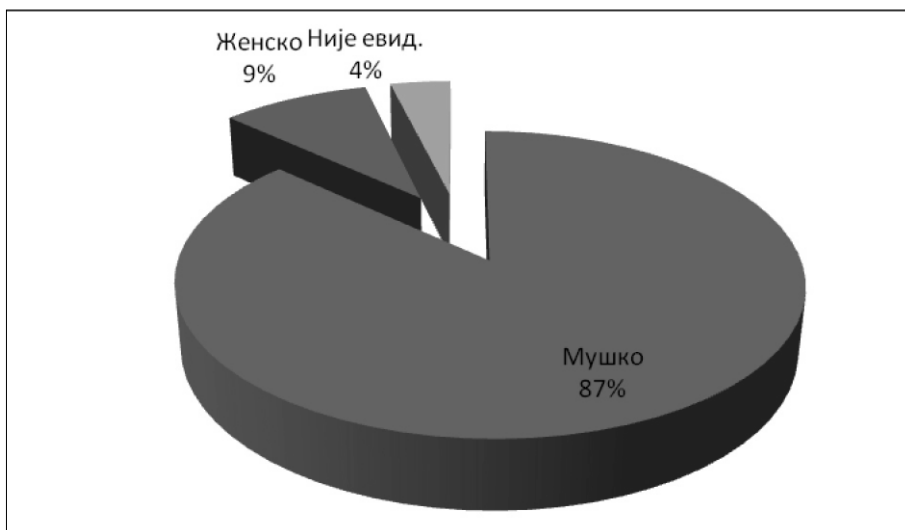
Графикон 7

Сви извршиоци су пунолетна лица, где је највећи број, 28%, између 41 и 50 година, затим између 51 и 60 година – 24%, следе извршиоци између 31 и 40 година – 23% и преко 60 – 13% (графикон 8).



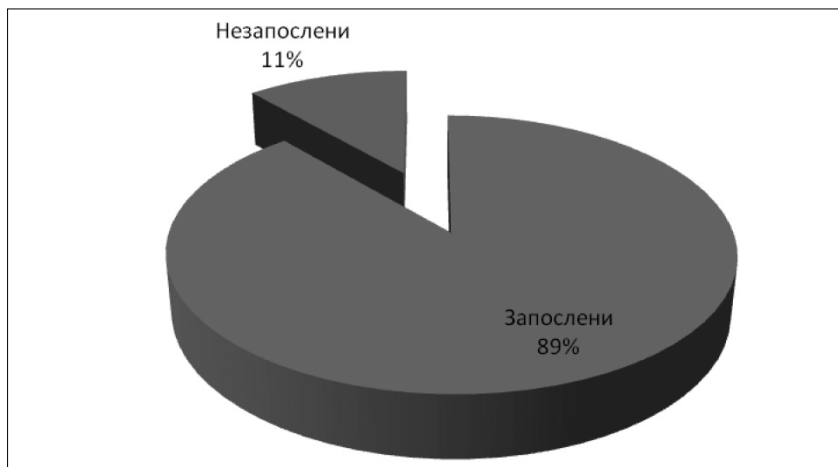
Графикон 8

Ако анализирамо податке о извршиоцима према полу (графикон 9), уочавамо да су већина извршилац мушкарци (87%), док је број жена које учествују у извршењу прекршаја занемарљив (9%).



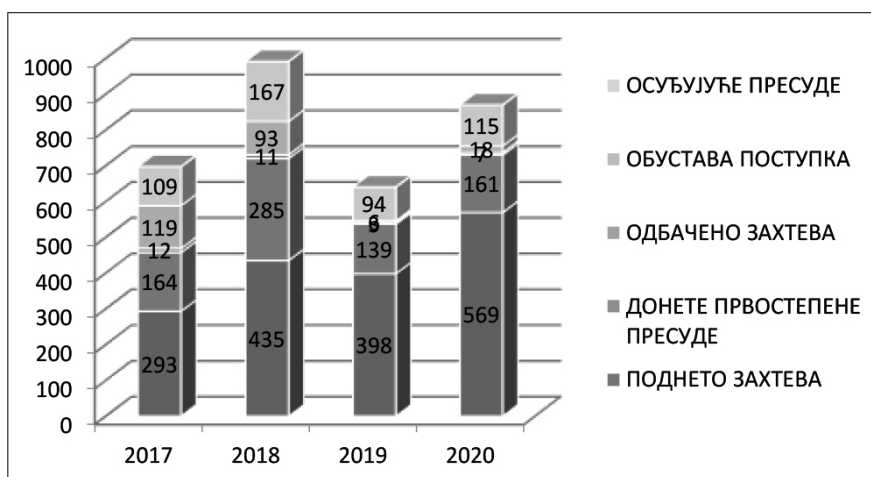
Графикон 9

Анализирајући податке запослености извршилаца прекршаја (графикон 10), уочавамо да је већина извршилаца запослена (89%), док је учешће незапослених занемарљиво (11%).



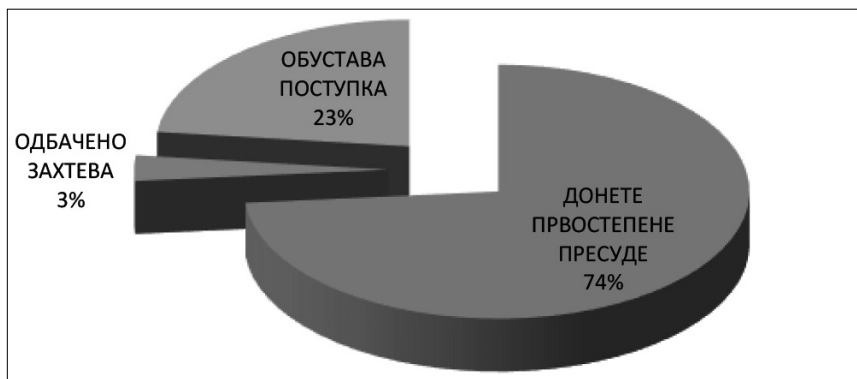
Графикон 10

Када су питању прекршајни поступци само покретање од стране овлашћених подносилаца захтева (МУП-а) и Прекршајних судова кренуло је 2017. године. Као што се може видети на графикону 11, највећа активност прекршајних судова бележи се 2018. године, када је било највише поднетих захтева, донетих првостепених пресуда и осуђујућих пресуда.



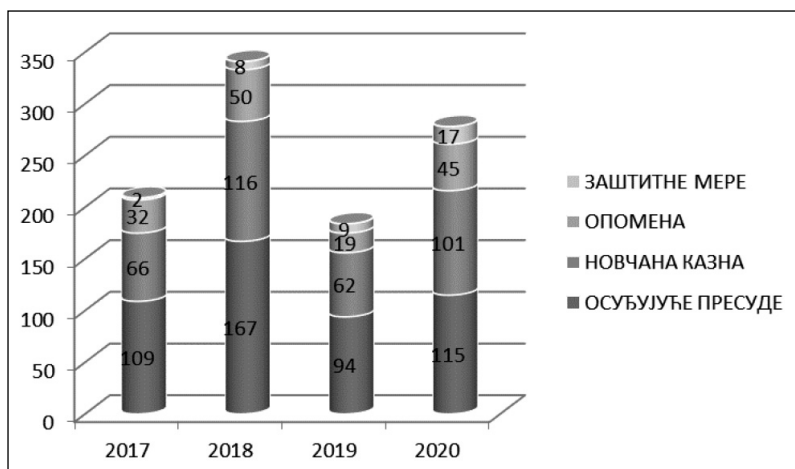
Графикон 11

Ако посматрамо окончане прекршајне поступке према начину окончања поступка, уочавамо да је у 74% донета првостепена одлука, у 23% случајева дошло је до обуставе поступка док је у 3% захтев одбачен (графикон 12). Ако посматрамо однос поднетих захтева и донетих првостепених пресуда тај однос опада из године у годину (2017-56%, 2018-66%, 2019-35, 2020-28%) и у просеку је решено 44% предмета из области приватне безбедности.



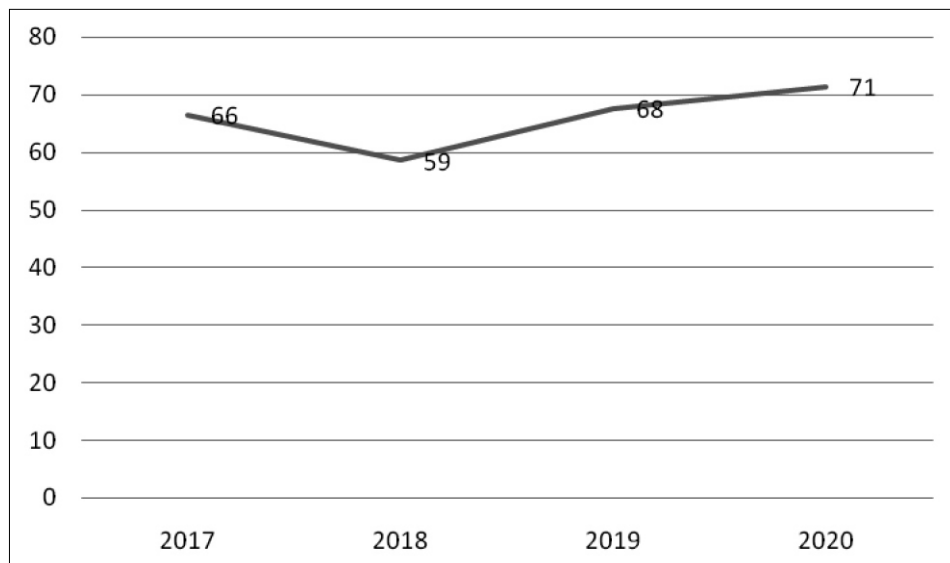
Графикон 12

Највећи број донетих осуђујућих пресуда био је 2018. године, када је највећи број изречених новчаних казни и опомена. Од 2018. године за одређене прекршаје изрицање заштитне мере је обавезно док је пре тога било факултативно. Највећи број изречених заштитних мера био је 2020. године (графикон 13).



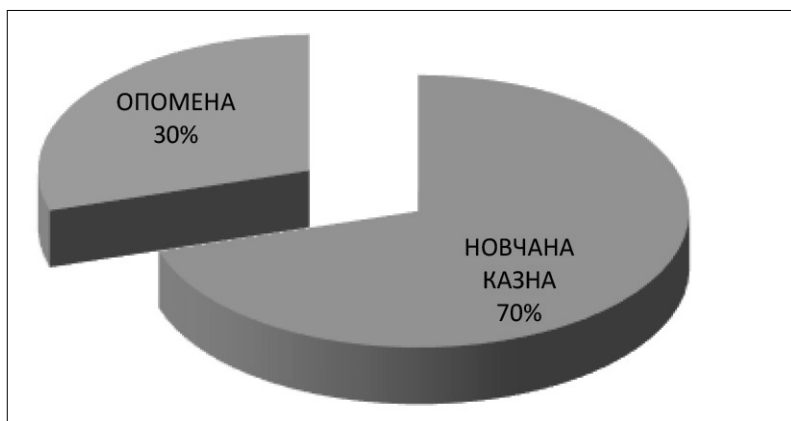
Графикон 13

Анализирајући однос донетих првостепених пресуде и осуђујућих пресуда, видимо да је проценат осуде у посматраном периоду био изнад 50% и просечно износи 65% процената, што је изузетан резултат са аспекта превенције и постизања сврхе кажњавања.



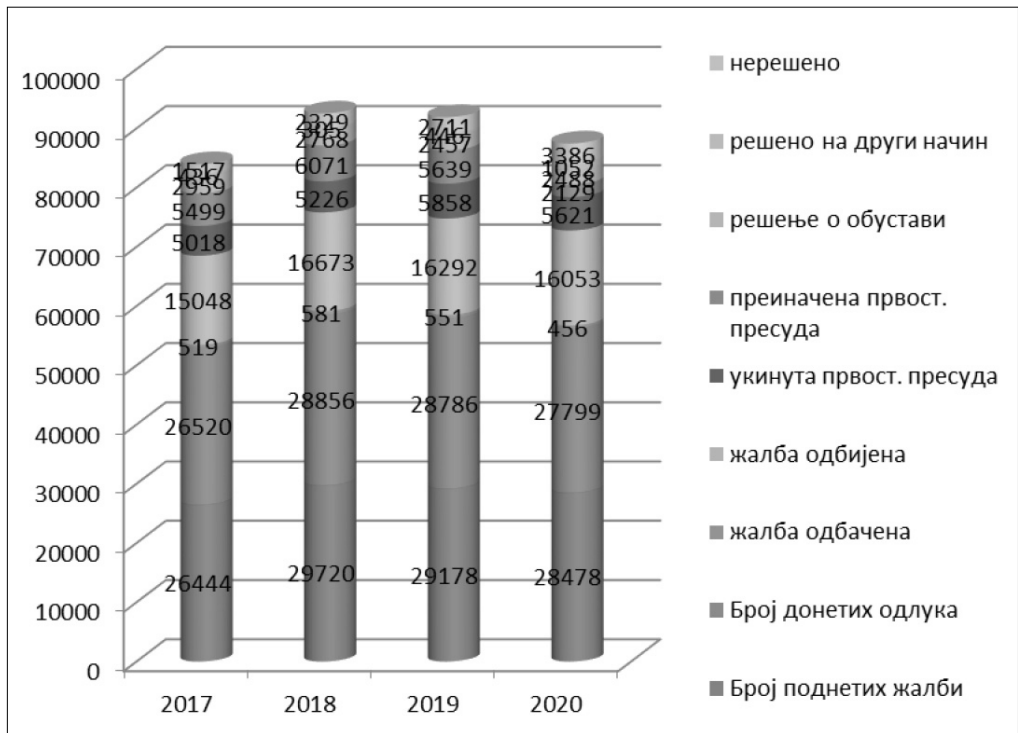
Графикон 14

Сагледавајући осуђујуће пресуде, уочавамо да је највећи број изречених новчаних казни (70%), док су у 30% предмета прекршајни судови применили блажу казнену политику и изrekli опомену (графикон 15).



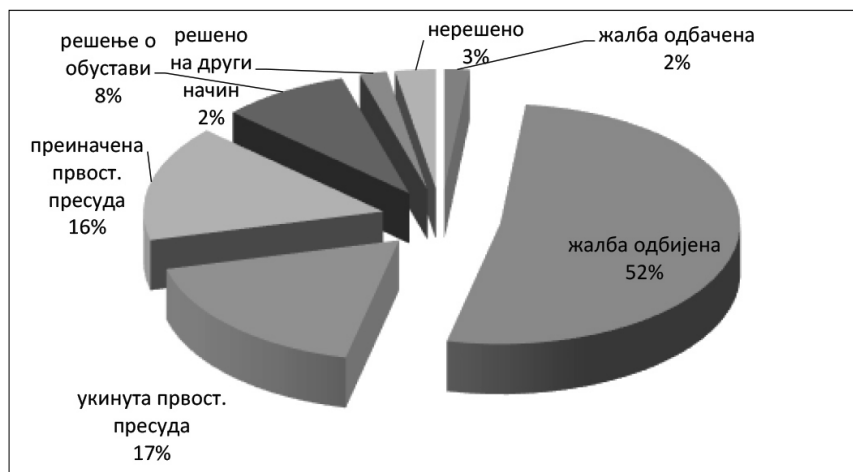
Графикон 15

Морамо се осврнути и на поступање Прекршајног апелационог суда у поступцима по жалби на првостепене одлуке. На графикону 16 приказани су подаци о поступцима по жалбама на првостепене одлуке по свим прописима у којима су прописани прекршаји. Уочавамо да је број поднетих жалби релативно исти у посматраном периоду, да је број донетих одлука такође исти и да се већина жалби одбија и потврђују првостепене одлуке.



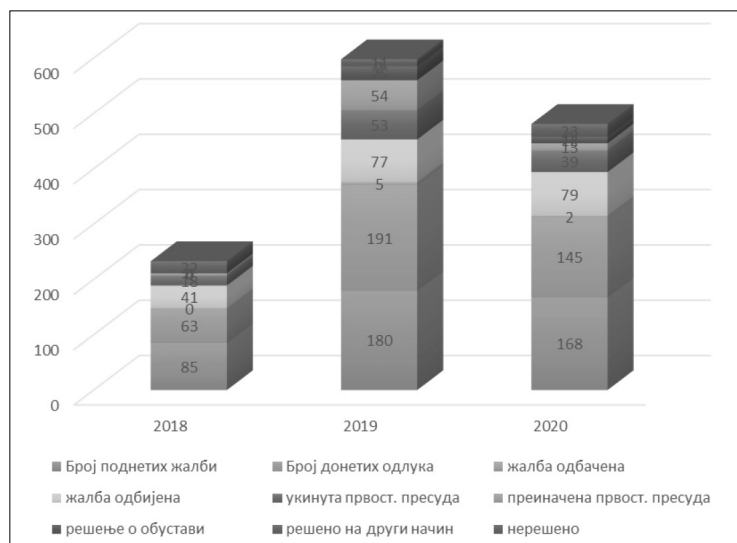
Графикон 16

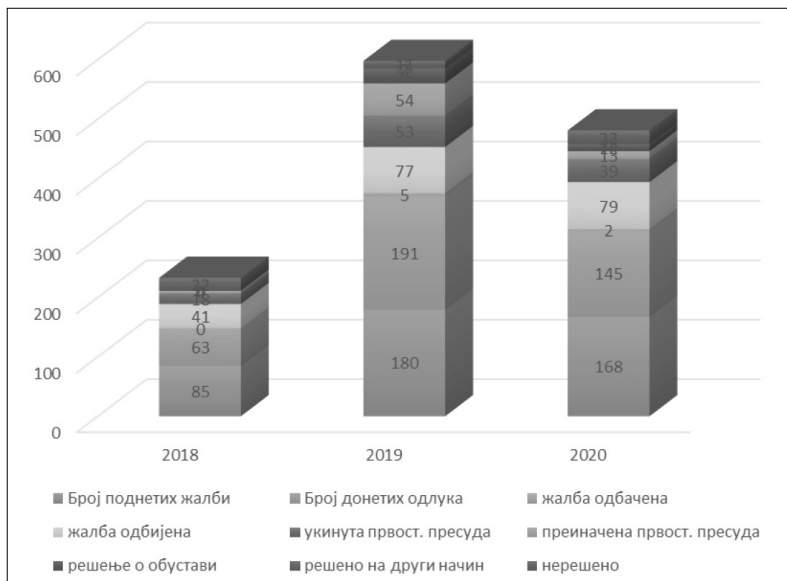
Детаљније можемо видети на графикону 17, где видимо да је Прекршајни апелациони суд у 52% случаја одбио жалбу и потврдио првостепену пресуду, у 17% случајева укинуо првостепену пресуду, у 16% преиначио првостепену пресуду и у 8% случајева донео решење о обустави. Уочавамо да другостепени орган у посматраном периоду генерално није много интервенисао у измени првостепених пресуда јер је однос одбијених жалби према укинутим, преиначеним и обустављеним поступцима 52% према 41%.



Графикон 17

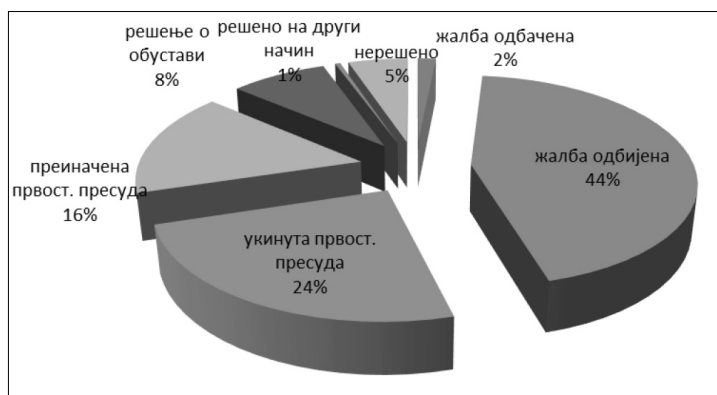
На графикону 18 приказани су подаци о поступцима по жалбама на првостепене одлуке по ЗПО-у. Уочавамо да број поднетих жалби није исти у посматраном периоду и да је 2019. поднето највише, да број донетих одлука прати тенденцију поднетих жалби и да се већина жалби одбија и потврђују првостепене одлуке. Закључујемо да су тенденције у области приватне безбедности нешто другачије него генералне тенденције другостепеног поступка.





Графикон 18

Начин поступања другостепеног органа по жалбама на пресуде у области приватног обезбеђења можемо видети на графикону 19, где је у највећем броју случајева жалба одбијена и првостепена одлука потврђена (44%), следи укидање пресуде (24%), затим преиначење првостепене пресуде (16%) и решење о обустави 8%. Другостепени орган је у области приватне безбедности нешто више интервенисао него иначе јер је однос одбијених жалби према укинутим, преиначеним и обустављеним поступцима 44% према 38%.



Графикон 19

6. ДИСКУСИЈА

Делатност откривања прекршаја из области приватне безбедности од стране полиције усмерена је на различите правне субјекте – учеснике у систему приватне безбедности. Као што смо могли видети у почетку откривачка делатност полиције била је усмерена на кориснике услуга приватног обезбеђења а у каснијим годинама се усмерава на привредне субјекте са лиценцом. Ова делатности након измена и допуна ЗПО-а 2018.године и увођења редарске делатности требала је бити усмерена на организаторе јавног окупљања а посебно на спортске приредбе, што није случај.

Стопа прекршаја из области приватне безбедности бележи стални пораст у посматраном периоду. Једино се 2018. године бележи пад стопе прекршаја, иако је исте године извршено највише надзора над субјектима приватне безбедности. Учешће ових прекршаја у укупно откривеним прекршајима је занемарљив и просечно износи 2,5% по години.

Посматрајући најчешће откривене прекршаје, закључујемо да су то прекршаји који се односе на вршење послова приватног обезбеђења или редарске службе без лиценце као један од тежих прекршаја и непрописне радње са легитимацијом службеника обезбеђења као лакши прекршај.

Из анализе територијалне дистрибуције прекршаја закључујемо да су полицијски службеници у Београду били најактивнији. То је и очекивано јер је највећи број субјекта приватне безбедности концентрисан у главном граду који има и највећи број становника. Оно што чуди јесте мали проценат откривања у Новом Саду, Крагујевцу, Шапцу и Ваљеву. Из истраживања можемо одредити профил извршиоца прекршаја из области приватне безбедности. То је домаћи држављанин мушког пола који је пунолетан и запослен, старије старосне доби, између 40 и 60 година.

У истраживаном узорку прекршајних судова највећа активност бележи се 2018. године, када је активност полиције била најмања. Већина предмета из области приватне безбедности решена је доношењем првостепене пресуде, што је веома похвално имајући у виду да је ЗПО релативно млад. Процент решености предмета је испод 50% у посматраном периоду за истраживани узорак. Такође, у овој области бележи се значајан проценат осуђујућих пресуда што указује на то да је и квалитет вршених надзора и поднетих захтева за покретање прекршајног поступка добар.

Са аспекта казнене политике у истраживаном узорку опомена је изречена у готово трећини предмета али се ипак преферира новчана казна. Изрицање заштитних мера је за одређене прекршаје обавезујуће од 2018.

године и њено изрицање у константном порасту у посматраном периоду.

Уочава се повећана интервенција Прекршајног апелационог суда у предметима из области приватне безбедности у односу на остале предмете, што је разумљиво имајући у виду да је ова област тек у последње четири године ушла у законске токове.

7. ЗАКЉУЧАК

Критички осврт на ЗПО наводи нас на закључак да је законодавац одређене ствари погрешно проценио. Поједине радње није уопште прописао као прекршај, док је одређене радње са високим степеном друштвене опасности прописао као прекршај уместо као кривично дело. Такође, прописујући новчане казне, законодавац је онемогућио примену одређених поједностављених форми поступања у прекршајним стварима као што је прекршајни налог.

Иако је учешће откривених прекршаја из области приватне безбедности занемарљиво, ипак су ови прекршаји у правном систему веома значајни због области којој су посвећени а то је безбедност. Због тога радује чињеница да је проценат решености предмета пред прекршајним судовима добар и да је велики проценат осуђујућих пресуда, што указује на квалитетан рад на откривању прекршаја.

Како би се унапредило стање у области приватне безбедности, предлажу се следеће мере:

- Сагледати могућност инкриминације одређених радњи прекршаја као кривичног дела ради побољшања заштите вредности овог друштва а то је безбедност;
- Императивне норме које немају своју инкриминацију у казним одредбама или брисати или обезбедити казнену одредбу;
- Откривачку делатност полиције сумеравати на основу извршених процена и сталног праћења стања и тенденција у области приватне безбедности;
- Наставити спровођење прекршајних поступака што ажурније.

8. ЛИТЕРАТУРА

1. Група аутора, Приручник за обуку службеника приватног обезбеђења, Београд, 2015
2. Дракић Д., Милић И., Утврђивање истине у прекршајном поступку – утврђивање прекршајне одговорности, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2018

3. Закон о изменама и допуна Закона о прекршајима, Службени гласник РС, бр. 47/2009
4. Закон о приватном обезбеђењу, Службени гласник РС, бр. 104/2013, 42/2015 и 87/2018)
5. Закон о прекршајима, Службени гласник РС, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019 – др. закон и 91/2019
6. *Јеличић М., Прекршајни налог и проблеми у пракси, Ревија за криминологију и кривично право* 1/2018
7. Јовашевић Д., Миладиновић-Стефановић Д., Прекршајно право, Правни факултет Универзитета, 2018, Ниш
8. Милић И., Прекршајни налог, Безбједност, полиција, грађани 1-2/2015
9. Мишљење Секретаријата МУП-а 02 бр. 011-327/19-1 од 08.03.2019. године
10. Дописи Прекршајног апелационог суда у Београду Су II 17А 28/2020-1 од 23.09.2020. године и Су II 17а-60/2021-3 од 01.09.2021. године,
11. Дописи Прекршајног суда у Београду Су II 17а-70/2020-1 од 24.07.2020.године и Су II 17а-161/2021-2 од 27.09.2021.године,
12. Дописи Прекршајног суда у Зајечару Су II 17а 7/2020 од 22.07.2020.године и Су II 17а 11/2020 од 24.08.2021.године,
13. Дописи Прекршајног суда у Кикинди Су II-17а 9/20-1 од 03.08.2020.године и Су II-17а 6/21 од 25.08.2021.године,
14. Дописи Прекршајног суда у Крагујевцу Су II-17а 10/20-1 од 04.08.2020.године и Су II-17а 40/21-1 од 01.09.2021.године,
15. Дописи Прекршајног суда у Нишу Су II-17а 14/20-1 од 30.07.2020.године и Су II-17а 30/21 од 25.08.2021.године,
16. Дописи Прекршајног суда у Новом Саду Су II-17а 25/20-1 од 12.08.2020.године и Су II-17а 31/2021 од 07.09.2021.године,
17. Дописи Прекршајног суда у Панчеву СУ II 17а 8/2020 од 27.07.2020.године и Су II-17а 6/21 од 31.08.2021.године,
18. Дописи Прекршајног суда у Чачку Су бр. II-17а 8/20 од 27.07.2020.године и Су бр. II-17а 9/21 од 26.08.2021.године
19. <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/stanovnistvo/procene-stanovnistva> (20.06.2022)

Branko Lestanin²¹
Zeljko Nikac, PhD²²

MISDEMEANOR RESPONSIBILITY IN THE AREA OF PRIVATE SECURITY IN SERBIA²³

Abstract: *The state and tendencies of misdemeanors is only one indicator of how the law is enforced. The aim of this paper is to review the situation and tendencies of misdemeanor responsibility in the field of private security in order to research the implementation of the law whose implementation began in 2017 and full implementation in 2019. The paper uses data from the Ministry of the Interior, misdemeanor courts and the Statistical Office of the Republic of Serbia. The normative and statistical method, the method of analysis and synthesis were used in order to draw certain conclusions. The obtained results show the manner of directing the detective activity of the police, the conduct of misdemeanor courts and the penal policy in the field of private security. It is concluded that certain mistakes were made during the adoption of the law, that the activity of detecting misdemeanor by the police was misdirected and that the misdemeanor courts have been slowly slowing down their work since the beginning of the implementation of the law.*

Key words: *supervision, private security, misdemeanor responsibility, police, misdemeanor courts*

²¹ Ministry of Interior of Republic of Serbia

²² Full Professor University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

²³ This paper is the result of the research on Internal project “Private security and detective work - legal aspects, manner of performance, perspectives”, UCIPS, 2021.

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: оригинални научни рад, прегледни научни чланак, кратко или претходно саопштење, научна критика, информативни прилог, приказ књиге.

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;
- аутори треба да куцају текст писмом којим желе да се рад објави;
- рукопис треба да буде коректан у погледу граматике и стила;
- структура рада треба да садржи: име и презиме аутора, звање, назив и адресу установе у којој ради, наслов рада, кратак апстракт (до петнаестак редова), кључне ријечи (до десет ријечи), (преведено и на енглески језик на крају рада) излагање суштине рада и закључак (до једне странице).

Извори (литература) се наводе у фуснотама, списак кориштене литературе на крају рада;

- 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”, Веселина Маслеше 28/1, 78000 Бања Лука.

Удружење правника Републике Српске
Веселина Маслеше 28/1
78000 Бања Лука
Телефон/факс: 051/212-320
е-mail: info@ud-pr.org

Издавач:
Удружење правника Републике Српске

За издавача:
Академик проф. др Рајко Кузмановић

Лектор и коректор:
Тања Атлагић Остојић

Припрема за штампу:
Grafomark

Штампа:



За штампарију:
Jelena Milinčić

Тираж:
4300 примјерака

Министарство просвјете и културе Републике Српске је својим 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.

