

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број: 67/2023

Година XX

ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БАЊА ЛУКА, 2023.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:

Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ 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-дин Јован Чизмовић, члан; г-ђа Ирена Мојовић, члан; г-ђа Јасминка Широњић, члан

НАУЧНИ ОДБОР:

академик проф. др Рајко Кузмановић, председник, Република Српска;
академик Игор Леонидович Трунов, члан, Руска Федерација;
академик проф. др Владо Камбовски, члан, 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/І, Бања Лука, Телефон/факс:051/212-320

www.udruzenjpravnika.org

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Удружење правника Републике Српске основано је почетком 1996. године, а крајем 2003, доношењем статутарних, програмских и других докумената, обновљено 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

КОНСТИТУИСАЊЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ ОД ЛИСАБОНА ДО ДЕЈТОНА	13
Академик Рајко Кузмановић	

RELEVANTNOST PREZENTIRANJA FAZNOG MODELA STVARANJA JAVNIH POLITIKA KAO KRUŽNOG TOKA U POLICY PROCESU S POSEBNIM OSVRTOM NA PRAVNU REGULACIJU	29
Dr Milorad Ćururdija, Dejan Jović, mag. oec.	

ОДНОС БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ СА ЕВРОПСКОМ УНИЈОМ - СТАТУС ЗЕМЉЕ КАНДИДАТА	47
мр Наташа Савковић	

УПРАВНОПРАВНА КАТЕДРА

NOVI KONCEPT SAMOUSLUŽIVANJA I NUĐENJA USLUGA U „INTELIGENTNOJ” JAVNOJ UPRAVI.	65
Prof. dr. sc. Mladen Radivojević	

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА КРОЗ ПРАКСУ ОМБУДСМАНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.	87
Др Зоран Јовановић, Јелена Миливојевић	

IZAZOVI USPOSTAVLJANJA MENADŽERSKE ODGOVORNOSTI U JAVNOJ UPRAVI U BOSNI I HERCEGOVINI	101
Prof. dr Nevenko Vranješ, Prof. dr Vladimir Đurić	

PORESKO SAVJETOVANJE KAO INSTRUMENT ZAŠTITE PRAVA OBVEZNIKA I UNAPREĐENJA PORESKOG SISTEMA.	121
Dr Zorica Drljača	

КАНОНИ АУТОНОМИЈЕ МЕДИЈА У ПОРЕТКУ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ Др Милош Прица	145
--	-----

PRIMJENA I EVOLUCIJA SPORA PUNE JURISDIKCIJE Prof. dr Goran Branković.	167
---	-----

ЗНАЧАЈ УПРАВНОСУДСКЕ ПРАКСЕ ЗА УСАГЛАШАВАЊЕ ЗАКОНА Доц. др Сања Голијанин	183
--	-----

ИЗАЗОВИ УПРАВЉАЊА ЉУДСКИМ РЕСУРСИМА У ДРЖАВНОЈ
УПРАВИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – МОТИВАЦИЈА ДРЖАВНИХ
СЛУЖБЕНИКА199
Доц. др Милица Торбица

РАДНОПРАВНА КАТЕДРА

НЕКЕ ОБЈЕКТИВНЕ НОМОТЕННИЧКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ
ЗАКОНА О БЕЗБЕДНОСТИ И ЗДРАВЉУ НА РАДУ
У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ217
Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur

ЗАШТИТА ПОСЕБНИХ КАТЕГОРИЈА РАДНИКА У СМИСЛУ
ОДРЕДАБА ЗАКОНА О РАДУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ227
Др Рајко Кличковић, дипл. правник Милан Ђурановић

ПРАВНИ АСПЕКТ ЗАШТИТЕ ЛИЧНИХ ПОДАТАКА У ЗДРАВСТВУ.....249
Dr Nedeljko Z. Milaković

ГРАЂАНСКОПРАВНА КАТЕДРА

ЗНАЧАЈ КРИВИЦЕ У МОРАЛНОЈ
И ПРАВНОЈ ОДГОВОРНОСТИ277
Др Миодраг В. Орлић

КА СИСТЕМУ СТВАРНОГ ПРАВА: ТРАКТАТ О НАЧЕЛИМА299
Др h.c. Душан Николић

ПОЈАМ И ЗАСТОЈ ЗАСТАРЕВАЊА СА ОСВРТОМ НА
РЕШЕЊА ПРЕДНАЦРТА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА ИЗ 2015.321
Др Илија Бабић

УГОВОР О НАЈМУ ЈАНТЕ И ВРОДИЦЕ
(NOVI UGOVOR HRVATSKOG POMORSKOG PRAVA).....343
Dr. sc. Dragan Bolanča

КУПОПРОДАЈА ПОКРЕТНИХ СТВАРИ У
ДРЕВНОРУСКИМ ИСПРАВАМА.....357
Др Александар Ђорђевић

ОТКЛАЊАЊЕ НЕПРАВИЛНОСТИ УЧИЊЕНИХ
ПРИ СПРОВОЂЕЊУ ИЗВРШЕЊА375
Стојана Петровић

ПРИВРЕДНОПРАВНА КАТЕДРА

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ И СУДСКА
И АРБИТРАЖНА ПРАКСА. 395
Академик др Мирко Васиљевић

ПРАВНИ ОКВИР ЕЛЕКТРОНСКОГ ПОСЛОВАЊА
ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ 417
Проф. др Зоран Васиљевић

УГОВОРИ О ПРУЖАЊУ УСЛУГА У ОБЛАСТИМА ДИСТРИБУЦИЈЕ
И СНАБДИЈЕВАЊА ЕЛЕКТРИЧНОМ ЕНЕРГИЈОМ У ЕНЕРГЕТСКИМ
ПРОПИСИМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ 441
Мр Драган Балтић

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА КАТЕДРА

ПОНИШТЕЊЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ. 465
Академик проф. др Витомир Поповић
Дејан Пилиповић, мср

КОЛИКО ЈЕ СТРОГА ДОКТРИНА СТРОГЕ
САОБРАЗНОСТИ У ДОКУМЕНТАРНОМ АКРЕДИТИВУ. 489
Проф. др Радован Д. Вукадиновић

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО У ДОБА АПСОЛУТИЗМА
И ВЕЛИКИХ КОЛОНИЈАЛНИХ ОСВАЈАЊА (XVI –XVIII в.). 505
Академик проф. др Boris Krivokapić

НЕКА ПИТАЊА ПРАВНЕ РЕГУЛАЦИЈЕ ЕЛЕКТРОНСКЕ
ТРГОВИНЕ ЗЕМАЉА НАСТАЛИХ НА ТЛУ БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ. . . 531
Проф. др Драго Љ. Дивљак

ЗАШТО ЈЕ СВЈЕТСКА ТРГОВИНСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ВАЖНА
И ЗАШТО ЈЕ У КРИЗИ? ОДГОВОРИ НА ТРЕНУТНЕ ИЗАЗОВЕ У
MULTILATERALНОМ ТРГОВИНСКОМ СИСТЕМУ 551
Prof. dr. Genc Trnavci

АРБИТРАЖА И АЛТЕРНАТИВНО РЈЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ ПРАВА
ИНДУСТРИЈСКОГ ВЛАСНИШТВА, ПОСЕБИЦЕ ПРАВА ЖИГА 565
Dr. sc. Mile Lasić, Gabrijela Zrno, mag. iur

РЕШАВАЊЕ ПАТЕНТНИХ СПОРОВА
У ЕВРОПИ И FORUM SHOPPING 593
Проф. др Јелена Теранић Перишић

ZNAČAJ NOVOG ZAKONA O KULTURNOM NASLEĐU
ZA OSTVARIVANJE I ZAŠTITU KULTURNIH PRAVA U SRBIJI.611
Dr Marko Stanković

УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНОГ ИСЦРПЉЕЊА
ПАТЕНТА НА ПРОМЕТ РОБЕ ИЗМЕЂУ ДРЖАВА.625
Његослав Јовић, мср

КРИВИЧНОПРАВНА КАТЕДРА

KAZNA DOŽIVOTNOG ZATVORA
– STANJE I OŠEKIVANJA U REPUBLICI SRPSKOJ643
Dr Ljubinko Mitrović, dr Miroslav Janjić, Jelena Mitrović, msr

КРИВИЧНО ДЈЕЛО ШУМСКА КРАЂА И ПУСТОШЕЊЕ ШУМА
У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ669
Проф. др Вељко Икановић

SISTEM MEĐUNARODNIH STANDARDA
I RAČUNARSKA KRIVIČNA DELA691
Prof. dr Dragan Jovašević

ДВИЈЕ ДЕЦЕНИЈЕ ОДРЕДАБА О ОРГАНИЗОВАНОМ
КРИМИНАЛИТЕТУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВНИ717
Проф. др Миле Шикман

MLAĐI PUNOLETNICI U KRIVIČNOM POSTUPKU U
DOMAĆEM I UPOREDNOM PRAVU737
Dr Zoran Pavlović

MALOLJETNIČKO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO CRNE GORE I
MEĐUNARODNI PRAVNI STANDARDI757
Prof. dr Darko Radulović

KAZNA DOŽIVOTNOG ZATVORA U
NOVELI KRIVIČNOG ZAKONIKA SRBIJE781
Dr Gordana Nikolić

ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНИМ
СТВАРИМА И РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ
ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ797
Академик проф. др Станко Бејатовић

ULOGA VELIKE POROTE U KRIVIČNOM POSTUPKU SAD841
Akademik prof. dr Miodrag N. Simović Prof. dr Vladimir M. Simović	
ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ПРИМЈЕНЕ „НОВОГ“ ЗАКОНА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У БиХ – РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ875
Проф. др Миле Матијевић	
ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЂЕЊА (ОПРАВДАНОСТ УВОЂЕЊА ИНСТИТУТА У КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ)891
Проф. др Младенка Говедарица	
УТИЦАЈ КОНСЕНЗУАЛНИХ КРИВИЧНИХ ПОСТУПАКА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ907
Др Раденко Јанковић	
ZELENA KRIMINOLOGIJA I DELINKVENTNO PODRUČJE935
Prof. dr Miomira Kostić Prof. dr Marina M. Simović	
ОБАВЕШТАЈНЕ СЛУЖБЕ У БОРБИ ПРОТИВ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА С ОСВРТОМ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ И РЕПУБЛИКУ СЕВЕРНУ МАКЕДОНИЈУ953
Dr Vanda Božić Dr Zoran Jovanovski	

ДРЖАВНОПРАВНА КАТЕДРА

КОНСТИТУИСАЊЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ ОД ЛИСАБОНА ДО ДЕЈТОНА

Академик Рајко Кузмановић*

Апстракт: Рад под насловом „Конституисање Републике Српске од Лисабона до Дејтона“ обухвата период од љета 1992. до децембра 1995. године. У томе периоду је тзв. међународна заједница утемељила Бадинтерову комисију за тражење мировног рјешења у распадајућој Југославији. За главног арбитра за Босну и Херцеговину именован је угледни португалски дипломата Жозеф Кутиљеро, са сједиштем у Лисабону.

Кутиљеро је предложио рјешење за Босну и Херцеговину, тако да се БиХ састоји од три територијалне јединице унутар којих је десетак малих јединица (области или кантони). Тако би се са три јединице остварио национални интерес сваког од три народа. Међутим, бошњачка страна није прихватила предложена рјешења, познатом изјавом Алије Изетбеговића да ће жртвовати мир за цјеловиту Босну и Херцеговину. Рат је настављен, али су настављени напори да се ријешу рат у БиХ. Тако су за три ратне године извршени покушаји рјешења и то: предложена је као рјешење Венс-Овенова мапа. Пошто ова мапа није усвојена, предложена је нова Венс-Столтенбергова мапа, а потом је предложена мапа Контакт групе. Како ни један план није успио, па су велике силе: САД, Велика Британија, Њемачка, Француска и Русија, подuzeле енергичне мјере да се заврши рат у БиХ. Тако су усвојени коначни принципи у Женеви, а потом у Њујорку. На крају, као коначно рјешење, коначно је парафиран Међународни споразум о миру и уређењу БиХ у Дејтону, а потом средином децембра 1995. године, потписан Мировни споразум за БиХ.

* Предсједник Академије наука и умјетности Републике Српске

Кључне ријечи: Дејтон, споразуми, принципи, глобализација, Република Српска, Федерација БиХ, Устав Републике Српске, Устав БиХ, анекси, Женева, мир.

1. Уводна ријеч о предметној теми

Данас након 27 година постојања Дејтонског мировног споразума с правом се поставља питање какви су његови ефекти. У формално-правном смислу, овај споразум је добро конципиран, сагласно стању и односима у БиХ, па остаје само да се дословно примијени – не у духу устава, већ примјеном слова устава. То значи да Дејтонски споразум, посебно Анекс IV, треба примјењивати а не мијењати. Споразум је велико компромисно рјешење, које објективно даје исте могућности и иста права свим људима у БиХ, без обзира на њихова лична својства. Очигледно је да Дејтонски споразум, као акт, није у кризи, већ су у кризи вануставне одредбе овог споразума, које су присилно наметнули високи представници својим одлукама, као и неки акти донесени и уставовљени прегласавањем у легалним институцијама БиХ. Дејтонски споразум је стабилан, без обзира на то што се на њега атакује, јер се он, као међународни уговор, не може мијењати, осим Анекса IV – Устава БиХ, који се може мијењати, али по посебно прописаној процедури. Заговорници вануставних промјена теже за тим да се, „пузећом“ методом, наруши постојећи државни поредак и установи неко нереално (унитарно) уређење. У ствари, жеља им је да изврше потпуну ревизију Дејтонског споразума, посебно Анекса IV, радикалним промјенама или „распакивањем“ и „препакивањем“ изворног документа, што је против устава и воље народа. Они се позивају на могућност промјене путем „Дејтона два“ и примјене духа умјесто слова закона, што је такође противуставно.

Гледано са временског становишта, можемо запазити да се историја понавља у нашем случају, али и у свијету. 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, сјевер-

розападном 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. Како је познато 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 тзв. Република Босна и Херцеговина.

2. Друштвене промјене као свеопшта законитост

Друштвена кретања ширих размјера одвијају се код нас и у свијету 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 људи 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 загладено 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 такође 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 одбацити процесе промјена, али треба тражити најбољи модел, онај који ће бити претежно прихваћен. Чини се да је прихватљивији и свијету ближи мултиполарни модел.

Добро је што друштво није статично и што је законитост, 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, загладан у будућност и најчешће полаже наде у то да ће она бити боља од садашњости.

Одвајкада се у свијету одвијају друштвенополитички процеси, а посебно су били интензивни у XX, па и на самом прагу XXI вијека. У том периоду десиле су се крупне позитивне друштвене и техничко-технолошке промјене, које су човјечанству дале значајна општа добра да би уживали у њима, а посебно у остваривању економско-социјалних и политичких права и слобода. Изгледало је да смо на прагу стварања здравог друштва, друштва будућности за XXI вијек, умјесто болесног друштва из ранијих времена и његових рецидива у савременом добу. Међутим, десило се много тога лошег што је засјенило створене добробити. Само у XX вијеку догодиле су се велике азијске, афричке, блискоисточне, балканске и неке друге миграције становништва. Процјењује се да је око 300 милиона људи напустило своје завичаје у потрази за условима живота бољим од ратних дејстава и других непогода. Такође, процјењује се да је у XX вијеку, у два свјетска рата и преко 70 регионалних и локалних су-

коба, настрадало око 160 милиона људи. И народи бивше Југославије у том катаклизмичном вијеку претрпјели су милионске губитке у људству (посебно Срби), миграције и пет ратова: два свјетска, два регионална (балканска) и један грађански (одбрамбено-отаџбински).

За наше савремене услове значајни су процеси и збивања из деведесетих година прошлог вијека, који, различитим интензитетом, трају све до данас, а односе се углавном на националне интеграције у свим државама новонасталим на рушевинама СФРЈ, као и очигледне дезинтеграције видљиве на распадима СФРЈ, СССР и Чехословачке. У наведеном времену видно је изражена тенденција пада једних уставности и државности, и успостављања других. Такви процеси, карактеристични за Балкан али и за цијели свијет, захватили су и бивше југословенске републике, међу којима је најлошије прошла Босна и Херцеговина, која је искусила тамну страну глобализма.

Босна и Херцеговина нашла се у вртлогу глобализације неспремна, разједињена, национално посвађана, политички незрела, економски заостала и подложна свим утицајима са стране, без обзира на то одакле долазе – са регионалног, европског или свјетског нивоа. То је довело до грађанског рата и потпуног нарушавања људских права.

3. Успон и пад идеје глобализације у ери великих друштвених промјена

Глобалне промјене нису тражили они народи и државе код којих су се највише осјетили негативни ефекти глобализације, већ су то тражиле империјалистичке силе које су жељеле униполарни свијет предвођен Сједињеним Америчким Државама. Тај модел уређења свијета назван је глобализам. У другој половини XX вијека отпочео је планетарни процес глобалних промјена, с циљем претварања биполарног у униполарни свијет. У ствари, циљ је уједначавање и приближавање цивилизација на планети. Снажан механизам глобализације, са свим својим противрјечностима – предностима али и недостацима, исходиште је и покретач великих друштвених промјена у већини земаља свијета, а нарочито у бившим социјалистичким земљама средње и југоисточне Европе, дијела Азије и Африке. Распади, дисолуције или дебаклације држава, сукоби народа и етничких група, грађански ратови, падови једних уставности и државности и успостављања других, општа друштвена гибања и тран-

зиција – све су то, на овај или онај начин, стварне посљедице глобализације, односно новог свјетског поретка.

Глобализација или нови свјетски поредак осмишљен је у Сједињеним Америчким Државама након завршетка хладног рата и најаве слома биполарне подјеле свијета. Ту је запаљена иницијална каписла и почео је да тиња пламен глобализације, који се затим разбуктао у Источној Европи и бившем СССР-у (уз помоћ перестројке), да би добио велику снагу на Западном Балкану – претежно у Босни и Херцеговини. Многи доступни извори потврђују да је идеја новог свјетског поретка коначно уобличена на почетку предсједничког мандата Џорџа Буша старијег. Тад је (1991) нови свјетски поредак дефинисан као „свијет уређен од стране Сједињених Америчких Држава као једине преостале суперсиле у свијету“.

Виспрени политичар и теоретичар Збигњев Бжежински у својој књизи *Између двају полова* тврди: „Глобализацијски процес је природни процес који треба да подстичу и воде Сједињене Америчке Државе. Њима су на располагању више од свих економија, новчани капитал, идеологија, па и војна сила“. То се показало апсолутно тачним.

Писац политичких расправа, Американац француског поријекла Рејмон Вернон у књизи *Економске и политичке консеквенце у мултинационалним друштвима* пише: „Савремене државе морају се навићи да живе са губитком своје економске моћи, морају схватити да њихов идентитет, њихова вриједност није у пропорцији с новим таласом“.

Дакле, очигледна је порука интелигенције и политике Сједињених Америчких Држава да се свијет мора уредити по њиховим мјерилима, тј. да сав свијет треба да буде уређен према њиховим једностраним интересима. Сасвим озбиљно и логично поставља се питање: има ли одмјерености у таквом ставу? Чини се да нема, без обзира на добре намјере покретача глобализације. Силно би се противио таквој мјери стари и познати филозоф Хераклит који је још прије двије и по хиљаде година рекао: „Свијет овај исти за све, није створио и не мијења га ниједан бог, ниједан човјек, он је био, јест и биће ватра што се с мјером пали и с мјером гаси.“

Југославија је ушла у процес глобализације почетком деведесетих година прошлог вијека са невјероватним негативним политичким набојем од крајње конзервативних и националистичких снага, преко умјерених и разумних, па до оних прогресивних. Док су се друштвени расплети у већини земаља свијета, посебно у бившим социјалистичким

земљама, одвијали релативно мирно и разумно, дотле је Југославија постала епицентар друштвених потреса, немира и ратних сукоба. Унутар Југославије БиХ је најснажније осјетила тамну страну глобализације и транзиције, јер се дјеловање њених чинилаца овдје одразило изразито негативно. Босна и Херцеговина, као федерална јединица СФРЈ, нашла се у вртлогу политике глобализације неспремна и разједињена. Зато је глобализацијски расплет завршен грађанским ратом у којем су учествовали „сви против свију“, а који је окончан након четири године.

У случају Босне и Херцеговине, вјероватно и других, глобализација није оправдала визију покретача овог процеса. Борба за нови свјетски поредак, доминацију, престиж, моћ и нова тржишта добија планетарна обиљежја. Свијет у којем живимо обилује парадоксима и противрјечностима, потресају га економске и политичке кризе, његову социјалну кохезију разарају експлоатација, дискриминација, самовоља и неправда. Све те појаве уносе сумњу и невјерицу у модел уређења који нам се нуди глобализацијом. Зато се данас пред носиоцима овог процеса постављају бројна питања. Можемо ли без страха и сумње прихватити глобализацију? Можемо ли имати повјерења у глобализацију која оставља свијет на атомским складиштима? Може ли глобализација која свијет приближава еколошкој катастрофи имати кредибилитет? Можемо ли се поуздати у глобализацију која продубљује јаз између богатих и сиромашних? Можемо ли вјеровати у глобализацију која подстиче ратове, а може да изазове и свјетски рат? Могли бисмо набројати још много питања и увјерени смо да би скоро сви одговори ишли на штету глобализације.

4. 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 до Француске револуције. Тада је направљен гигантски корак у правној теорији и пракси успостављањем устава као највишег правног акта (*lex superior*).

Други циклус великих друштвених промјена остварен је у XX вијеку, у периоду од Првог и Другог свјетског рата, па до краја вијека. У том вијеку дошло је до пада устава и уставности многих 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.

Правни и политички поредак Социјалистичке Југославији био је нов у политичком и 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. 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. Односи се, углавном, на процес

глобализације, који су његови утемељивачи означили као процес зближавања 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, са тенденцијом потпуног нестанка (СССР, Источна, Југоисточна Европа и СФРЈ).

5. Процес конституисања нових држава и других државотворних реалитета као реклекс глобализма

У завршној фази распада СФРЈ настала је права трка како конституисати нове државе. Већина бивших република формирана је како-тако, уз обилату помоћ међународног фактора, али је Босна и Херцеговина запала у велике потешкоће, па се није могла конституисати у разумном року. Разлози за то су вишеструки, а могу се сврстати у двије групе: прво су унутрашњи фактори, а друго су вањски фактори. Унутрашњи фактори подразумијевали су бројне битне елементе, почев од тога да је БиХ, економски и у другом смислу, заостајала за осталим републикама, а поготово за свјетски развијеним државама, да је била политички недовољно зрела, да јој је мањкало политичке културе, да јој је видно недостајала међусобна вјерска, национална и политичка толеранција и смисао за компромис. У Босни и Херцеговини одвајкада живе три конститутивна народа (Срби, Хрвати и Бошњаци) и припадници бројних мањина. Када се СФРЈ распала, сваки од три конститутивна народа имао је своју визију новог државног уређења. Срби су жељели да се БиХ прикључи Савезној Републици Југославији или да Република Српска буде самостална и суверена држава. Бошњаци су жељели исламску републику или унитарну БиХ. Хрвати су жељели Херцег-Босну и конфедерацију са Хрватском. Коначно, Дејтонским споразумом те жеље се нису испуниле. Једино што је подржано и што је остала константа свих споразума и рјешења то је да БиХ не може бити унитарна већ децентрализована (као федерално-конфедерална) држава.

Вањски фактори који су утицали на то да се БиХ не конституише у разумном року такође су многобројни и углавном се огледају у моћној свјетској политици глобализације. Такозвана међународна заједница пружила је БиХ „добре услуге“ које су ову републику увеле у грађански рат.

Још у другој половини 1991. године Република Српска је почела своје конституисање. Први корак био је оснивање Скупштине српског народа у БиХ, у хотелу „Holiday inn“ у Сарајеву, 24. октобра 1991. године. Потом је проведен референдум (плебисцит) српског народа, 9. и 10. новембра 1991. године, а 9. јануара 1992. године Народна скупштина је прогласила Републику Српског народа у БиХ. Након тога донесен је Устав Републике Српске, 28. фебруара 1992. године. Дакле, Република Српска је конституисана прије почетка грађанског рата, што значи да је она мирнодопска творевина. Завршни чин конституисања Републике Српске је парафирање Дејтонског мировног споразума, 21. новембра 1995. године и потписивање Споразума 14. децембра 1995. године у Паризу.

6. Примјењивати или мијењати Дејтонски споразум, посебно Анекс IV

Дејтонски мировни споразум, као завршница босанско-херцеговачке драме донио је, након скоро четворогодишњег рата, мир и стабилност, и успоставио одговарајуће државно уређење у Босни и Херцеговини, тој несрећној земљи и напаћеним народима који у њој живе. Дејтонски споразум дошао је као „дар божији“, у ствари као дар великих сила, уз значајну подршку Европске заједнице и великих сила, и уз пристанак – макар и формално – свих трију сукобљених страна (Срби, Хрвати и Бошњаци). Први пут у својој историји Босна и Херцеговина је постала држава трију конститутивних народа (Срба, Хрвата и Бошњака). Истина, она је у неким фазама свога развоја била држава, али је увијек била некеме потчињена и вазалска.

У Босни и Херцеговини вођен је типичан грађански рат, са другим примјесима. Био је то рат „сви против свију“ (Бошњаци и Хрвати против Срба, Хрвати и Бошњаци између себе, Бошњаци против Бошњака итд.). Тај несрећни сукоб био је примјер опште конфузије, мржње и неслоге међу конститутивним народима, иако је свима јасно да су ти народи упућени једни на друге, да живе и да ће живјети и даље једни са другима или једни поред других.

На поменутој мировној конференцији у Дејтону израђен је и донесен Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, као политичко-правни документ који је у пракси прихваћен и под називом Деј-

тонски споразум. Он садржи једанаест анекса, од којих је најзначајнији Анекс IV – Устав БиХ. Зна се да се овакви споразуми не могу мијењати већ се морају примјењивати, у складу са правним правилом: *Pacta sunt servanda*. Творци споразума оставили су могућност ревизије (измјена и допуна) само Анекса IV – Устав БиХ. Неки бошњачки представници и дио међународне заједнице, незадовољни дејтонским рјешењима, траже измјене Устава – легално или илегално. Република Српска нема ништа против промјене Устава, али само у складу са чланом 10 Устава БиХ, којим је прописано доношење одлуке двотрећинском већином, а то значи и уз сагласност Републике Српске. Из тога се јасно види да се Устав може мијењати општом сагласношћу сва три конститутивна народа, а не наметањем од било кога из земље и иностранства. Позивајући се на дух закона, сарајевски политички естаблишмент злоупотребљава правни институт духа и слова закона и Устава. Дух закона или Устава не подразумијева стварање нових норми у законима или Уставу, како то неки желе и тумаче, већ је дух закона методолошки пут и начин проналажења најбољег provedбеног рјешења неке уставне или законске норме – слова закона.

Потребом промјене Устава и реформом у Босни и Херцеговини бавила се и Венецијанска комисија, као орган за право и демократију Европске уније, 2005. и 2012. године. Став Комисије изнесен је 2005. године у документу, у којем се констатује да је тешко, чак и немогуће, одржаваће „Дејтона два“. У ствари насилне промјене Устава и законâ од стране високих представника представљају неку врсту присилног Дејтона два, три и више, што се мора потпуно зауставити.

Није било лако доћи до дејтонског рјешења, јер су све стране у сукобу жељеле остварити своју визију државног уређења. Међу којима су се истицали модели унитарне и децентрализоване државе. Сва предложена рјешења, укључујући и Дејтонски споразум, заснивала су се на федерално-конфедералном концепту државног уређења БиХ, а не на унитарном моделу. У новије вријеме неки политичари поново и упорно настоје да оживе унитаристички модел државног уређења. То напросто није могуће, јер би се морао рушити Дејтонски споразум. Доста је сукоба и рата у БиХ, треба се окренути мировном рјешењу сваког питања, уз компромис и уважавање објективних интереса сваког народа.

Коме и зашто је стало до рушења Дејтонског споразума и Устава када се зна да је Дејтонски споразум један од најуспјешнијих међународних споразума у свијету? На врло утицајном америчком сајту у Чикагу пише

да Дејтонски споразум спада међу десет најуспјешнијих мировних споразума у савременој историји, поред споразума о миру између Израела и Египта (1979), споразума у Ел Салвадору (1992), споразума у Јужној Африци (1993), споразума у Гватемали (1996), споразума у Такицистану (1997), споразума у Сјеверној Ирској (1998), те споразума у Новој Гвинеји, Либерiji и Непалу.

Споразум у Дејтону писали су угледни правници и политиколози. Могли су они написати формалноправно бољи устав, али су се одлучили да пишу онакав какав ће бити проводив у БиХ. Знали су они да је устав обични лист папира ако се не примјењује. Зато је дејтонски Устав „жив“, и поред тога што су га међународни представници – посебно високи представници – обилато девастирали. Могу људи и институције бити незадовољни неким уставним рјешењима, али се она не смију рјешавати наметањем (октроисањем) на штету других, морају се свести у уставну процедуру. Чини се да неким одредбама Устава није задовољан ниједан од три конститутивна народа, јер нису добили све што су жељели, али треба признати да нису ни изгубили, јер са предвиђеним надлежностима могу заштитити свој идентитет и историјске вриједности.

7. Проблеми око рјешавања сукоба, страна у вези државног уређења Босне и Херцеговине

Историја је показала да су остали слободни са својим идентитетом само оне државе и народи који су имали државу. Држава је у перцепцији народа заштитник свих, и поред тога што се у политичкој и правној науци дефинише као носилац присиле.

Јаки спорови у бившој Југославији, а посебно у Босни и Херцеговини, воде се око тога, хоће ли се облик звати унитарни, федерални или федерално-конфедерални.

Дакле у балканским споровима, а посебно у Босни и Херцеговини јесте питање државе и њеног облика уређења. Јасно се види да на примјер, Словенци хоће своју државу, Хрвати, Срби, Црногорци и Македонски хоће своју државу, што су и остварили. Борба је у томе, да се види који облик државног уређења ће се прихватити, Срби западно од Дрине.

У вези стварања нових држава, посебно имају интерес носиоци глобализма, тако што се велике државе чине још јачим, а мале још слабијим.

Међународна заједница увидјела је да процес дезинтеграције СФРЈ неће ићи лако, па је крајем 1991. године организовала Мировну конференцију о Југославији у Хагу, која се затим преселила у Брисел и на концу у Женеви. Требало је тражити оптимално војнополитичко рјешење и државно уређење. Велики проблеми јавили су се у БиХ, па је предсједавајући конференције лорд Питер Карингтон формирао тим за рјешење проблематике у БиХ. На чело тог тима поставио је искусног португалског дипломату Жозефа Кутиљера. Задатак му је био да пронађе и предложи мировни план за БиХ.

Кутиљеров план је први план за мировно рјешење несрећног сукоба у БиХ, настао у првој половини 1992. године. Овај план назван је Лисабонским споразумом, а негдје чак Карингтон–Кутиљеровим планом. Кутиљеро је са сарадницима брижно и савјесно радио да би упознао БиХ и њене народе, њихове тежње и објективне могућности. На тој основи предложио је мировни план, према којем би БиХ била држава са три конститутивне јединице, које би чиниле савезну републику Босну и Херцеговину. План је садржавао два документа: Принципе за уставно уређење Босне и Херцеговине и Мапу о подјели Босне и Херцеговине на три конститутивне јединице. Уз подршку и посредовање тадашње Европске економске заједнице (касније Европске уније) и творца споразума Кутиљера, позвани су Изетбеговић, Карацић и Бобан да потпишу споразум (план) у Лисабону. Сва тројица представника БиХ потписали су тај споразум управо онако како је предложио Кутиљеро. По повратку у Сарајево, Изетбеговића је посјетио амерички дипломата, амбасадор Ворен Цимерман и наговорио га да повуче свој потпис са тек парафираног Лисабонског споразума, што је Изетбеговић и учинио. Тада је у јавности изрекао чувену реченицу: „Жртвоваћу мир за унитарну БиХ“. И било је тако. Жртвовао је мир, али није добио, нити ће добити унитарну БиХ. Од тада се грађански рат распламсао. Творци Лисабонског споразума Лорд Карингтон и Жозеф Кутиљеро поднијели су оставке због неуспјешног мировног плана.

Други споразум за успоставу мира и државног уређења у БиХ припремили су дипломате Сајрус Венс, изасланик Уједињених нација, и лорд Дејвид Овен, изасланик Европске заједнице. Они су већ у марту 1993. године предложили нови мировни план за БиХ. Поново су попуњена два документа: Уставни принципи и Мапа о кантоналној подјели БиХ. Приједлог је утврђен по узору на швајцарски уставни систем. Овај план није прихватила српска страна, и поред снажног притиска.

Трећи мировни план сачинила је нова екипа угледних стручњака,

са лордом Дејвидом Овеном на челу и норвешким дипломатом Торвалдом Столтенбергом, почетком августа 1993. године. Поново су предложена два документа: Уставни споразум о савезу република Босне и Херцеговине и Мапа територијалне подјеле БиХ. Према предложеној мапи, БиХ би била подијељена на три републике, према три конститутивна народа. Овај трећи споразум (план) био је најбољи, али га нису прихватили Бошњаци.

Четврти покушај међународне заједнице да нађе адекватно рјешење за мир и државно уређење БиХ улиједио је формирањем Контакт групе, коју су сачињавали представници пет великих сила (САД, Француске, Велике Британије, Њемачке и Русије). Мировни план Контакт групе, назван Вашингтонским споразумом, из марта 1994. године, понудио је само дјелимично (непотпуно) рјешење. Према овом споразуму, требало је да буде створена Федерација БиХ, као држава бошњачког и хрватског народа, без српског народа и Републике Српске.

Пети мировни споразум припремила је, такође, тзв. Контакт група, у јулу 1994. године. Припремљена су два документа: Елементи за устав уније БиХ и Мапа разграничења између Федерације БиХ и Републике Српске. Мапа разграничења није била реална.

Шести споразум, назван Женевским принципима, утврђен је 8. септембра 1995. године, од стране експерата пет великих сила. Женевски принципи утврдили су устројство Босне и Херцеговине, односно да је БиХ сложена држава састављена од два ентитета, Републике Српске са 49% територије БиХ, и Федерације Босне и Херцеговине са 51% територије БиХ. Тиме су велике силе јасно ставиле до знања свима да се спрема коначно рјешење за БиХ.

Седми мировни план за БиХ донесен је 26. септембра 1995. године у Њујорку и назван је Њујоршким принципима. Тим документом дограђен је документ из Женева, тако што су утврђени допунски принципи који се углавном односе на успостављање потребних институција у БиХ. Те институције би омогућиле да држава буде одржива и да функционише на демократским принципима. Био је то посљедњи припремни договор за одржавање велике међународне мировне конференције.

Осми и коначни споразум постигнут је на мировној конференцији, одржаној од 1. до 21. новембра 1995. године у граду Дејтону, држава Охајо, САД. На тој конференцији усвојен је и парафиран документ под називом Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, тзв. Дејтонски споразум, који је потписан 14. децембра 1995. године у Паризу. Завршни

мировни преговори одржани су под директним руководством америчког дипломате Ричарда Холбрука и делегата пет великих сила: САД, Велике Британије, Русије, Француске и Њемачке. У преговорима су учествовали и делегати Савезне Републике Југославије, Републике Хрватске и Републике Босне и Херцеговине, као и делегације сва три конститутивна народа (стране), са 198 учесника – делегата. На овој мировној конференцији усвојена су два оквирна споразума: Општи оквирни споразум за мир у БиХ и Споразум о парафирању и обавези провођења Општег оквирног споразума. Општи оквирни споразум има 11 анекса или споразума.

8. Закључни став

Док су на једној страни тражена рјешења за цијелу БиХ, дотле је конституисана Република Српска. Први конститутивни акт био је формирање Скупштине српског народа у БиХ, 24.10.1991. године, а потом је установљена Република Српска, 9. јануара 1992. године, и на концу донесен је Устав Републике Српске, 28. фебруара 1992. године. Потписивањем Дејтонског споразума, као компромисног акта, почиње ново раздобље у историји Босне и Херцеговине.

Зауостављен је и окончан несретни грађански рат, успостављен је мир и створена је држава Босна и Херцеговина – сложена и децентрализована, састављена од два ентитета, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине. Таква држава функционише већ 30 година, иако је дошло до снажне девалвације Анекса IV и неких других анекса. У протекле три деценије представници међународне заједнице и претежног дијела бошњачког естаблишмента из Сарајева стално су нарушавали Дејтонски споразум. Та тенденција се и данас наставља, иако се Република Српска томе снажно супротставља.

Зато треба да упутимо јасну поруку домаћим и међународним факторима да се окану нарушавања Дејтонског споразума и тражења неких нереалних и неправедних рјешења и да се врате изворном Дејтону, а то значи да се строго придржавају Анекса IV – Устава БиХ и ентитетских устава. Свака територијална јединица треба да се држи својих надлежности, а правосуђе да се реформише и да ради по праву и правди, једнако за све. И на концу, треба да се елиминише страни фактор, прије свега у Уставном суду и ОНР-у. Ако се придржавамо наведених ставова и порука упућених домаћим и међународним факторима, увјерен сам да ће нам тада свима бити боље.

Academician Rajko Kuzmanovic**

CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SRPSKA FROM LISBON TO DAYTON

***Abstract:** The paper entitled “ The Constitution of the Republic of Srpska from Lisbon to Dayton ” covers the period from the summer 1992 to December 1995. In that period, the so-called international community established the Badinter Commission for searching a peaceful solution in the disintegrating Yugoslavia. The distinguished Portuguese diplomat Jose Cutileiro, based in Lisbon, was appointed as the chief arbitrator for Bosnia and Herzegovina.*

Cutileiro proposed a solution for Bosnia and Herzegovina, that Bosnia and Herzegovina should be consisted of three territorial units, within which there are ten small units (regions or cantons). Thus, with three units, the national interest of each of the three peoples would be reached. However, the Bosniak side did not accept the proposed solutions, with Alija Izetbegović’s famous statement that he would rather sacrifice peace for a whole Bosnia and Herzegovina. The war continued, but efforts to resolve the war in Bosnia and Herzegovina continued. Thus, during the three years of the war, attempts were made to find a solution: the Vance-Owen Map was proposed as a solution. Since this map was not adopted, a new Vance-Stoltenberg Map and then the Contact Group Map were proposed. Since not a single plan succeeded, the great powers: USA, Great Britain, Germany, France and Russia, took strong measures to end the war in Bosnia and Herzegovina. Thus, the final principles were adopted in Geneva, and then in New York. In the end, as a final solution, the International Agreement on Peace and Order of Bosnia and Herzegovina was initialed in Dayton, and then in mid-December 1995, the Peace Agreement for Bosnia and Herzegovina was signed.

***Key words:** Dayton, agreements, principles, globalization, Republic of Srpska, Federation of BiH, Constitution of the Republic of Srpska, Constitution of BiH, annexes, Geneva, peace.*

** President of the Academy of Sciences and Arts of the Republic of Srpska

RELEVANTNOST PREZENTIRANJA FAZNOG MODELA STVARANJA JAVNIH POLITIKA KAO KRUŽNOG TOKA U POLICY PROCESU S POSEBNIM OSVRTOM NA PRAVNU REGULACIJU

Dr Milorad Ćupurdija*
Dejan Jović, mag. oec.**

Sažetak: Cilj ovog rada je razmotriti relevantne činjenice i na argumentiran način prikazati povezane procese stvaranja javnih politika putem pripadajućeg faznog modela u obliku kružnog toka. Rad donosi neke od temeljnih pojmova vezanih uz stvaranje javnih politika koji se protežu njenim problemskim definiranjem, razvojem, legitimacijom, provedbom, te evaluacijom i tumači ulogu, važnost, odgovarajuće elemente, međusobne odnose, ciljeve, značaj, kao i posljedični utjecaj za zajednicu. Kao orijentir u proučavanju ove politološke poddiscipline preuzet je najčešće korišten model od pet faza, a zbivanja i proizašle posljedice u svakoj pojedinačno (sažeto) su prikazana. Slijedom navedenog, ovakav policy pristup omogućava na racionalan način dati odgovore na neka od najosnovnijih pitanja vezanih uz stvaranje javnih politika i zaokružiti ih u jedinstvenu cjelinu. Poseban naglasak u policy procesu u ovom radu stavljen je na regulativu. On se prije svega odnosi na promišljanje regulativne moći koja ovisi od društvenih i političkih odnosa, funkcioniranja pravne države, političke i pravne kulture, učinkovitosti i povjerenja građana u institucionalnu vladavinu i drugih čimbenika. Nastojat ćemo ukazati na samo neka od bitnih pitanja navedene teme. Cjelokupni diskurs ograničenog obujma pokušat ćemo svesti u paralelnoj komplementarnosti teorijskih i praktičnih aspekata.

* Veleučilište Baltazar Zaprešić, Vladimira Novaka 23, 10290 Zaprešić, e-mail: misoc@net.hr

** Hrvatski sabor, Trg Sv. Marka 6, 10000 Zagreb, e-mail: djovi990@gmail.com

Ključne riječi: *fazni model, javne politike, policy pristup, regulativa, pravni sustav*

UVOD

Postupak stvaranja izvjesnih (javnih) politika u izrazito velikoj mjeri duboko je ukorijenjen u pravnu regulaciju države. Kako bi država uopće mogla postojati u okvirima međunarodnog prava mora zadovoljiti postojanje određenih uvjeta, od kojih je jedan i vlast¹. U pripadajućim procesima koji se vežu uz sam postupak od utvrđivanja jednog ili više društvenih problema, preko kreiranja i implementacije javnih politika, vlast ima značajnu ulogu. Svakako se može reći da ona općenito gledajući na spomenute procese u užem smislu posjeduje stanovitu moć da nešto učini ili ne učini, a cilj javnih politika je u teoriji, najkraće rečeno, oduvijek bilo rješavanje društvenih problema, prije svega putem utvrđivanja zakonskog okvira i sustava pripadajućom pravnom regulacijom, čime se daje na značaju vladavini prava, odnosno pravnoj državi. Ovakav proces može se prikazati kroz određene faze. U faznom modelu kakav je ovaj pojedini teoretičari javnih politika (policy procesa) ne slažu se oko samog broja spomenutih faza. Nastavno na iznesenu teoriju, oni će određene faze razdvojiti i prikazati ih kao odvojene. To svakako nije pogrešno, međutim većina vodećih priručnika ili udžbenika o javnim politikama kao orijentir faze stvaranja javnih politika prikazuje kao proces koji se odvija u pet vezanih faza. Prema Petak, Z. i Petković, K. (2022: 53) „(...) fazni model, s različitim sekvencama stvaranja politika (postavljanje dnevnog reda, formulacija, legitimiranje, implementacija i vrednovanje politika), pokazao se plauzibilnim načinom da se taj proces pojednostavi i prikaže što je moguće preciznije, te je i dalje sastavni dio identiteta diskursa javnih politika.“ Faze dolaze neposredno jedna iza druge, a da bi proces mogao uspješno preći iz jedne faze u narednu potrebno je ispunjavanje određenih preduvjeta. Nepobitna činjenica koja je vezana uz fazni model policy procesa, a oko koje se (praktički svi) teoretičari usuglašavaju jest ta da se ovakav fazni model može prikazati kao jedan kružni tok u kojemu je izvjesno da faze dolaze jedna iza

¹ Haramija, P. (2011: 76–77) naglašava općeprihvaćene pravne kriterije i osnovne elemente koji čine državu, a koji su utvrđeni regionalnom američkom Montevidejskom konvencijom potpisanom 1933. g., čija su načela posvuda prihvaćena kao precizan izričaj običajnoga međunarodnog prava.

druge, da se ponavljaju i da proces zapravo nikad ne prestaje. Petak, Z. (2008: 457) zaključuje da „umjesto legalističkog proučavanja institucija ili kvazitrižinskih stanja, upravo je uvođenjem faznog pristupa omogućeno metodološki osamostaljivanje discipline s njezinom usmjerenošću na rješavanje problema.“ U nastavku će stoga biti prikazano kako proces zapravo izgleda.

1. FAZE STVARANJA

1.1. Postavljanje političkog dnevnog reda i odlučivanje o (društvenom) problemu (ili više njih)

Svaka faza sa sobom nosi i selektira određene elemente kojima se utvrđuju njeni cjelokupni značaji i ciljevi. U početnoj fazi u kojoj vlast uopće odlučuje o postavljanju političkog dnevnog reda nalazi se najveći broj sudionika od svih faza koje se protežu u procesu. Razlog tomu je što ova faza uključuje i one aktere koji se nalaze izvan struktura vlasti. Oni ne posjeduju političku moć donošenja odluka, ali su izravno pogođeni politikom te na njih utječu određene odluke/politike vlasti. Svjedoci smo različitih zahtijevanja određenih prava, pa i organiziranja skupova ili prosvjeda gotovo na tjednoj bazi, kao i krajnje mjere stupanja u štrajkove kao konačni odgovor u istjerivanju i ispunjavanju svojih traženja², a što se smatra legitimnim pravom kako bi se njihov problem približio javnoj sferi i privukao željenu (potrebnu) pozornost koja je nužna za njegovo rješavanje. Zajednička stvar svim tim ljudima je težnja prema boljem položaju u društvu te dostojanstvenijem životu i ostvarivanje određenih prava za sebe i svoje obitelji, a za koja (opravdano) smatraju da im pripadaju. Posebice se ovdje ističu neke od najranjivijih skupina u društvu poput djece, osoba s invaliditetom, umirovljenika, nezaposlenih osoba ili neadekvatno plaćenih radnika i sl. U prvom planu nalazi se dakle postojanje određenog/ih (društvenog/ih) problema. Ipak, vlast kao kreator javnih politika diktira aktivnosti i javno usmjerava svoje zamisli. Colebatch, H. K. (2004: 57) u tom kontekstu smatra da „nije riječ samo o tome da oni imaju različite ideje o tome što treba raditi s problemom, oni mogu imati i posve različita gledišta o tome što problem uopće jest.“ Zbog širokog raspona najrazličitijih tema nerijetko se događaju dodatne (ponekad nepotrebne) polemike

² Ovakve reakcije i javno iskazivanje nezadovoljstva rezultat su pogrešno usmjerenih i dovoljan pokazatelj loše vođenih javnih politika.

koje mogu pridonijeti svjetonazorskim i ideološkim podjelama u društvu. Po pitanju problema, gledajući na javne politike u užem smislu, kaže se da vlast stoga posjeduje moć da nešto učini ili ne učini.

Prva, početna faza policy procesa dakle donosi identifikaciju problema i davanje značaja njegovom iznošenju u javni prostor te definiranje političkih prioriteta i ciljeva politike koje će određena zajednica slijediti. Prema Friedrich, C. J. (1963: 70), „za pojam *policyja* od bitne je važnosti postojanje cilja, svrhe ili potrebe.“³ Takve ciljeve moguće je razvrstati na dugoročne (opće) i specifične (operativne). Njihova najveća razlika naravno je u vremenskom roku koji je potreban za njihovo dostizanje. Pritom je bitno napomenuti kako su specifični (operativni) ciljevi brzo mjerljivi, dobar su pokazatelj smjera u kojem se izvjesna politika kreće, a istodobno pokrivaju manji (ciljani) dio grupe unutar šire zajednice za razliku od dugoročnih (općih) ciljeva koji obuhvaćaju širu zajednicu na koje se predložene politike odnose, a često puta takvi ciljevi nisu najjasnije niti određeni, upravo zbog činjenice da s većim protekom vremena dolaze i veće vjerojatnosti nastanka novih situacija (problema) ili utjecaja. Petak, Z. (2013: 14–15) nastavno uočava u kontekstu izvršne vlasti kao kreatora politika na postojanje potencijalne mogućnosti za nastanak neželjenih posljedica jer se „(...) praktički vrlo mali broj politika oblikuje isključivo u jednom ministarstvu te je stoga vrlo važno da pojedinačna ministarstva slijede vladinu politiku u pojedinom sektorskom području. Primjerice, politiku zapošljavanja suoblikuje možda pet ili šest ministarstava, i ako ne postoje međusobno povezani kapaciteti koordinacije može doći do „rasplinjavanja“ vladine politike u nekom području.“

1.2. Formulacija (razvoj) politike

Postavljanjem određenog problema (ili više njih) na politički dnevni red te koncipiranjem političkih prioriteta završava prva faza nakon koje slijedi formulacija i razvoj politike, koji čine drugu fazu policy procesa. Petak, Z. (2009: 285–286) o fazi formulacije/razvoja politike ukazuje: „To je, dakle, faza procesa stvaranja politike u kojoj zainteresirani akteri definiraju, raz-

³ „Po Aristotelovu shvaćanju država koja naravno i ispravno funkcioniše ne postoji protiv pojedinca, nego postoji zbog njegovih potreba. Ljudi se udružuju u zajednicu zbog međusobnog pomaganja, dakle nije normalno stanje općeg rata kako misli Hobbes. Aristotel naglašava načelo supsidijarnosti države (od lat. *subsidiium* = pomoć), tj. da se ona ne treba baviti svim stvarima, nego samo onima koje manje zajednice ne mogu same riješiti“ (Zelić, I., 2006: 281).

matraju, prihvaćaju ili odbacuju opcije koje se pojavljuju kao mogući način rješavanja nekog problema s kojim se suočava zajednica.“ U ovoj fazi broj sudionika manji je nego što je to u prethodnoj buduću da se isključuju svi oni akteri na koje se predmetne politike ne odnose, međutim u ovoj fazi u procesu stvaranja javnih politika uključuje se ekspertiza. Ekspertiza je uz vlast i po redak treći bitan i neizostavan element u policy procesu. Važnost ekspertize vizualizira se u činjenici što ona ima institucionalno mjesto na području policya buduću da predstavlja poveznicu između vladinih i nevladinih stručnjaka u policy zajednici. Ekspertiza usko surađuje sa vlašću na izradi planova, strategija i najboljih politika u rješavanju određenih pitanja u policy procesu. Ekspertizu prije svega čine stručnjaci koji posjeduju prijeko potrebna znanja o problemskom području i o pravcima djelovanja, ali su i poučeni određenim (vlastitim) iskustvima što svakako pomaže u odabiru najprihvatljivijih opcija. Savjetodavna funkcija ekspertize stoga je vrlo važna. Osim procjene učinaka za svaku opciju potrebno je izraditi konkretne instrumente (mehanizme) i mjere koji predstavljaju oruđe politike u ostvarivanju gore spomenutih ciljeva. Howlett, M. (1991: 2) tvrdi da je zapravo „odabir instrumenata (...) stvaranje javnih politika“, a Hood, C. (1986) ih klasificira prema kriterijima: „nodalnost (korištenje informacijama), ovlasti (upotreba pravnih ovlasti), bogatstvo (korištenje novca) i organizacija (primjena formalnih organizacijskih aranžmana)“. Spomenuti instrumenti strukturirano pokazuju u kojoj je mjeri nužna uključenost države, a također su i realan pokazatelj proporcija vjerojatnosti mogućih otpora. Detaljna formulacija politike bit će jamac razvoja politike s konkretnim, a ne samo simboličnim učincima za one kojima je namijenjena. Jedna od prednosti u policy pristupu, a koja dolazi do izražaja u ovoj fazi je uključenost zainteresirane zajednice putem javne rasprave na način da će zainteresirana javnost biti informirana o prijedlozima novih zakona i upitana za mišljenje o njima.

Iako je vlast vidljiva (najviši državni dužnosnici javne su osobe koje se uistinu svakodnevno pojavljuju u medijskom prostoru), osim ekspertize postoji i skupina ljudi za koju svi znaju; ona je tu svakodnevno i bez nje vlast ne može do kraja razviti svoje zamisli kroz javne politike, no ova skupina ljudi nije toliko eksponirana (za time niti nema potrebe). Riječ je dakako o državnim službenicima. Oni čine neizostavni dio uprave, a na njih se može gledati sa stanovišta okomite dimenzije u procesima stvaranja javnih politika. Prema Kekez Koštro, A. (2013: 65), „javne politike doživljavaju se kao tvorevina najviše rangiranih političara koju potom, u čisto tehničkom smislu, provodi hijerarhijski niži administrativni aparat.“ Pošto se vlast hijerarhijski

nalazi na vrhu i donosi određene odluke, „spustiti“ će ih višim državnim službenicima nalažući im da od njih učine konkretne zakonske prijedloge koji će sukladno utvrđenoj proceduri danom stupanja na snagu biti provođeni od strane službenika sa srednje i/ili niže razine. Težnja je ovakve ishode učiniti što institucionalnijim i profesionalnijim pa se timski rad političara i službenika nameće kao logičan slijed događanja u razvojnoj fazi policy procesa. Zbog svega iznijetog „stvarno mjesto“ stvaranja javnih politika stoga je teže precizno odrediti. Vlast očigledno stvara javne politike, no prije donošenja odluke o egzaktnoj formulaciji politike zainteresirane strane pregovaraju o njima pa su u nekoj mjeri mogući određeni utjecaji (i/ili preslagivanja) na razvoj javne politike.

1.3. Legitimacija političke odluke

Nedvojbeno je činjenica da se ne ostvare sve predviđene javne politike putem pravnih akata (prije svega zakona), no visok postotak javnih politika svoj daljnji „rasplet“ pronalazi upravo kroz zakone. Još je Motesquieu u svom čuvenom djelu *O duhu zakona* govorio: „Zakoni u najširem značenju jesu nužni odnosi, koji potječu iz prirode stvari“ (Pejović, D., 1957: 155). Naime, zakoni se u čitavom procesu pojavljuju kao najvažniji instrument⁴ za realizaciju odluka nositelja javnih politika. To je razvidno iz temeljnih postavki funkcioniranja države kao globalne društvene organizacije (zajednice). Da bi društvo globalne društvene zajednice, odnosno države moglo funkcionirati i ostvarivati svoje potrebe, moraju kroz očitovanje državne volje putem zakona dobiti opću važnost. Na taj način društveni odnosi poprimaju obilježja pravnih odnosa, a subjekti takvih odnosa postaju pravni subjekti (fizičke i pravne osobe). Uobičajeno, pravni odnos definiramo kao odnos između pravnih subjekata koji imaju određena prava i obveze u odnosu na pravni objekt. Međutim, pravo ne može samostalno uređivati društvene odnose, strukturu i

⁴ Instrumenti javnih politika (engl. policy instruments) „tehnički je izraz za oruđa politike (policy tools) koja su nužna za ostvarivanje ciljeva javnih politika. Moderne zajednice koriste se vrlo širokim spektrom instrumenata, od prisilnih do dragovoljnih. U razmatranju različitih vrsta instrumenata često se najčešće pomisli na različitu vrstu regulative, na zakonska i podzakonska rješenja, kojom se određuju pravila ponašanja u nizu sektora, od kulture do zaštite okoliša. No, u velikom broju slučajeva, od obrane i nacionalne sigurnosti, do socijalne skrbi, puko postojanje odgovarajuće regulacije ne pokazuje se dovoljnim uvjetom te je potrebno da se različite razine vlasti izravno uključe u pribavljanje pojedinih usluga“ (Petak., Z., 2009: 287).

procesu. Organizacija društvenog života to i ne dopušta pravu, a niti je ono u svojoj definiciji i značenju takvo da to i preferira. Ono je još uvijek u službi odgovarajućeg i aktualnog konteksta politike, štoviše, u velikoj je mjeri na marginama kada se određuju značajniji društveni odnosi (Ćupurdija, M. i Subašić, S., 2007: 91). Mogli bi smo reći da je s aspekta policy procesa bitniji sociološki pristup pravu, jer nas on upućuje na analizu (prije svega, načina) koje i čije interese odražava formalizirana volja pretočena u zakon, odnosno da li je to volja samo određene grupe, stranke, ili većine građana i slično.

Ovdje se dakle ne radi ni o kakvom žalu glede pozicije prava u odnosu na politiku. Naime, sasvim je jasno da je politika ispred prava te da se pravo kako smo to već istakli pojavljuje kao instrument provedbe političkih odluka.⁵ Problem se pojavljuje u pitanju koliko pravna znanost sudjeluje u kreiranju određenih sadržaja koji se uređuju pravnim normama. Vrlo je važno za svako demokratsko društvo, te za vladavinu prava i pravnu državu, da li pravna znanost aktivno sudjeluje u procesu ili je samo pasivni sudionik ili pak na marginama kada se uređuju značajniji društveni odnosi. Ovo, prije svega, iz razloga, što svaka odluka koja se želi donijeti mora imati svoj pravni temelj. Drugo pitanje koje se postavlja pred nositelje javnih politika je da li je odluka koja se upućuje adresatima i koja se želi primijeniti u praksi uopće provediva ili je ona samo stvar želja, ili pak plod mašte, populizma, voluntarizma i sl. Stoga je uloga pravne znanosti od iznimne važnosti u tijeku kreiranja određenih sadržaja koji se uređuju pravnim normama.

Prema tome, pravo nije samostalni bitak koji se izdiže iznad društva i politike i koji se pretvara u apsolutno znanje, već instrument putem kojeg se nastoje ostvariti ciljevi društvenog razvoja sukladno postavljenim vrijednostima i programima nositelja javnih politika. Treba poći od činjenice da je pravo institucionalni fakticitet u dvojakom smislu, ponajprije socijalnom

⁵ O tome pišu Sokol S. i Smerdel B. u udžbeniku iz ustavnog prava, i to: „Svako je pravo izraz određene politike. Gotovo je svaki pravni propis, naime, pravna transpozicija određenog užeg ili šireg društvenog interesa – pošto se on manje ili više demokratski (to ovisi ponajprije o tome da li se u slučaju suprotstavljenih pojedinačnih odnosno grupnih interesa odluka donosi dominacijom jednog interesa ili kompromisom) odgovarajućim političkim procesom, unutar kojeg kao aktivni subjekti koji ga stvarno, iako ne i formalnopravno, oblikuju, sudjeluju interesne grupe i političke stranke, artikulira i integrira u cjelinu političkog sustava određene države. Prema tome, pravo je uvijek, između ostalog, i produkt odgovarajućeg političkog procesa ili, drugim riječima, svaki pravni propis istodobno je, ako se razmatra društveni aspekt njegova donošenja, više ili manje i politička odluka“ (Sokol, S., Smerdel, B., 1992: 4).

i sociološkom, a zatim i u teorijskom i normativnom. Uglavnom se barata s mišljenjem da je pravo apstraktna kategorija jer se nalazi u sferi trebanja, idealiziranja, a samo ponašanje po njemu daje mu konkretnost. Prema tome, propisi kao instrumenti pravne regulacije kojima se ostvaruju *ciljevi* javnih politika moraju biti izraženi objektivnim težnjama i subjektivnim željama onih koji ih stvaraju i kojima oni i služe. *Cilj* je ono što je zadano, što se stvara i čemu se teži. Dakle, cilj nije nešto što je dano i što je već gotovo, već nešto što treba odrediti i nastojati ostvariti. Ukoliko su ciljevi nerealanost postavljene, u praksi nastaje raskorak između normativnog i stvarnog, odnosno ukoliko propisi nisu izraz realnog društvenog konteksta, oni postaju „sami sebi svrha“. To drugim riječima znači da su pravne norme više programskog i ideološkog karaktera, a ne odraz stvarnog stanja. Bolje rečeno, onda kada pravne norme pokazuju samo elemente dinamičnosti, prelaze u sferu metafizike i ideologije. Pravne norme i pravni akti moraju imati i elemente statičnosti i dinamičnosti. U tom kontekstu spomenut ćemo i ustav, temeljni pravni akt na kojem, slobodno možemo reći, počiva (pravna) država, a na osnovu kojeg se donose ostali zakoni.⁶ Stoga je pitanje regulative od iznimne važnosti na nositeljima javnih politika, a to je u demokratskim državama koje funkcioniraju prema modelu diobe vlasti uvijek izvršna vlast.

Brojni su čimbenici koji utječu na proces ostvarivanja i primjene prava u nekoj državi. Pravna država može se ostvariti samo postupno i to ostvarivanjem i funkcioniranjem njenih instituta i institucija, a naročito funkcioniranjem ustavnopravnih pretpostavki. Moderna država mora biti pravna država – država ograničena pravom. Država ne može izlaziti izvan okvira koju joj je omeđio pravni sustav. „U pravnoj državi mora biti zajamčen opći karakter pravne norme; to je arhimedovska točka pravne države. To je pravilo izuzetno važno pri formulaciji općih odredbi“ (Posavec, Z., 1990: 142). Sigurnost u pravu mora imati dva aspekta, a to je sadržajni i formalni aspekt. Sadržajni aspekt nalazi se u zahtjevu da pravna norma osigura jednakopravnost subjekata, a time i njihovu sigurnost da pravna norma vrijedi za sve članove društva i da egzistira u sasvim određenom prostoru i vremenu. Drugi aspekt sigurnosti je

⁶ Elemente statičnosti i dinamičnosti kod pravnih akata, prije svega ustava, razmatra i Posavec Z. u svom radu: „U svakom ustavu postoji element dinamike i statike bitka i trebanja o kojima se mora moći odvojeno misliti. Neki smatraju da država i ustav treba da važe samo kao trebanje (Kelsen), a drugi hoće izbaciti svaku normativnost iz ustava (Carl Schmitt) i svesti ustav na čisti odnos moći. Ustav države jest nesumnjivo proizvod ne samo pravne dogmatike, nego je on u prvom redu izraz odnosa moći u nekoj situaciji“ (Posavec, Z., 1990: 141).

formalni, a to je da pravna norma bude formulirana na sasvim jasan, konzistentan i učinkovit način, te da bude povezana s drugim normama u adekvatan i ostvariv pravni sustav i pravni poredak. Formalne vrijednosti su značajne jer na izvjestan način doprinose realizaciji sadržajnih vrijednosti. Naime, pravo je definiralo državnu prisilu⁷ kao mehanizam i iz takvog promišljanja cilj je pravnih vrijednosti da osiguraju što veći stupanj primjene pravnih normi. Tamo gdje pravne norme postanu sastavni dio ponašanja ljudi bez prijetnje prisile nestaje pravo u svom izvornom značenju. Zato u konačnici možemo ustvrditi da je jedna od pravnih vrijednosti i ustavnost i zakonitost, kao i vladavina prava i pravna država (Ćupurdija, M. i Subašić S., 2007: 96). Zakonodavni postupak u Republici Hrvatskoj propisan je poslovničkim odredbama. „Tako Poslovnik Hrvatskog sabora propisuje oblik i sadržaj koji treba imati svaki prijedlog zakona, utvrđuje kako tekst prijedloga zakona mora biti izrađen u skladu s jedinstvenim metodološko-nomotehničkim pravilima za izradu akata koja donosi Sabor, kako treba biti jezično pregledan, odnosno ispravljen, kako se uz prijedlog zakona treba dostaviti i izvješće o provedenom savjetovanju sa zainteresiranom javnošću i iskaz o procjeni učinaka propisa te kako prijedlog zakona obvezno mora sadržavati obrazloženje“ (Đerđa, D. i Šamanić, P., 2022: 720–721). Predlagateljima zakonskih rješenja u interesu je da su zakoni uređeni na način da su jasno i nedvosmisleno uređeni, da su dosljedni i konzistentni te da je njihova provedba primjenjiva. Kako bi se potonji principi osigurali, nužno je prilikom izrade voditi se određenim, općim načelima (u iznimnim slučajevima i posebnim). Pravna literatura tako naglašava četiri opća načela za izradu zakona: (1) načelo ukupnosti sadržaja, (2) načelo jasnoće, kvalitete i kvantitete stila, (3) načelo odnosa jezičnih izraza i logičkog smisla i (4) načelo utvrđivanja i izražavanja egzistencijske i sadržajne ovisnosti nižeg propisa o višem.

Za načelo ukupnosti sadržaja nužno je predvidjeti sva pitanja koja se

⁷ Čista pravna teorija, ili bolje rečeno, pravni normativizam, nalazi se u osnovi načela ustavnosti i zakonitosti. U svim normativnopravnim teorijama čija se definicija prava svodi na normu, a pravo i država su izjednačeni, s tim da se državna volja izvodi iz sile, čime se dolazi do teze da je pravo sila (Recht ist Macht, Macht ist Recht). Thomas Hobbes (1588–1679) tvrdio je „vlast a ne istina čini zakon“ a u odnosu na pravdu „pravo nije ono što je pravedno, nego ono što je naređeno“. Međutim, pravo se ne može svoditi samo na prisilu, iako se mora priznati da je ona stalno prisutni element u pravu i da pravo bez prisile ne može postojati. Pravu je, uz prisilu, jedan, prisili suprotan element, a to je uvjerenje... Dakle, autonomija i heteronomija, uvjerenje i prisila, stalni su elementi prava (Perić, B., 1992: 158).

predmetnim zakonom nastoje urediti. Time se, po mišljenju Đerđa, D. i Antić, T. (2017: 100) izbjegavaju „(...) posljedice nepotpunoga normiranja, pravne praznine, nužnost preuranjenih izmjena i dopuna toga propisa i sl.“ Intervencije i zadiranje u pojedine segmente (ili čak cijela) područja u nekom sektoru, u vidu prečestih zakonskih izmjena, otvaraju mogućnost pobuđivanja sumnji u neadekvatnost javne politike i manjkavost rješenja. Đerđa, D. i Antić, T. (2017: 109) naglašavaju da „(...) koliko god izmjene i dopune nekoga zakona bile opravdane, kada se njegov sadržaj mijenja često i u velikom opsegu, pridonosi se nestabilnosti područja koje je uređeno takvim zakonom.“ Načelo jasnoće, kvalitete i kvantitete stila odnosi se na razumljivost samog zakona. Zakon ne smije biti dvosmislen i stvarati nejasnoću kod primjenjivača, a primjena njegovih odredbi i namjera zakonodavca mora biti precizno iskazana. Korisno je također uvrstiti značenja određenih pojmova koji se protežu kroz zakon. Sljedeće načelo, načelo odnosa jezičnih izraza i logičkog smisla odnosi se na primjenu logike koja je ugrađena u normu i u njeno naknadno apstraktno tumačenje. Prema Borković, I. (1996), „u pravnoj literaturi ističe se kako je logika uvijek prisutna u pravu i pri izradi propisa i pri tumačenju njihova sadržaja, zbog čega je poznavanje njezinih pravila nužna pretpostavka uspješne izrade pravnih propisa.“ Načelo utvrđivanja i izražavanja egzistencijske i sadržajne ovisnosti nižeg propisa o višem stvara kompaktnu cjelinu gdje su propisi (zakoni) u međusobnoj korelaciji. Niži propis mora biti usklađen u potpunosti s onim višim, a obuhvaća i njime su regulirani samo oni odnosi koje je predvidio viši propis (zakon). Još jednom valja napomenuti da većina javnih politika ima svoj nastavak kroz pravnu regulaciju sadržanu u zakonima. Zakoni dakle čine pravni temelj javnih politika. Treba spomenuti i to da zakone može donijeti jedino i isključivo parlament pa je u ovoj fazi broj sudionika manji nego što je to slučaj u svim ostalim fazama. Usvajanjem zakona i njegovim stupanjem na snagu daje se legitimacija političkoj odluci koja predstavlja prihvaćanje javne politike čime ova faza završava, a započinje slijedeća, nova.⁸

⁸ Znakovito je ovdje spomenuti razmišljanja Sabine P. Ramet koja u djelu *Postkomunistička Europa i tradicija prirodnog prava (Eastern Europe and the Natural Law Tradition)* o pitanju legitimnosti u petom poglavlju knjige, pod nazivom „Legitimnost ili poredak – što je uporište?“, navodi sljedeće: „Moć bez legitimnosti ne može trajati, a poredak bez potvrde legitimnog autoriteta u najboljem je slučaju kratkotrajan, prolazan. Jedino legitimnost sustava može predstavljati temelj za stabilan politički život. Što je sustav legitimniji (u moralnoj, političkoj i gospodarskoj sferi), to su veće mogućnosti za njegovu stabilnost i trajnost. Što je manje legitiman (u bilo kojoj od te tri sfere), veća je izvjesnost da će

1.4. Implementacija (provedba) rješenja

Javne politike svoj vrhunac i svrhu iskazuju upravo u fazi implementacije gdje se provode ranije definirana rješenja. Prije svega, policy proces primarno je usmjeren i kreiran za potrebu maksimiziranja određenih ciljeva usvojenih prethodnim odlukama. Implementacija rješenja uključuje administraciju (kroz upravu) koja će koordinirati provedbu rješenja, ali i motriti učinkovitost takve provedbe. Pritom se razrađuje provedbeni logički model kojim se dorađuju sredstva, aktivnosti te priželjkivani rezultati. Uloga koja je namijenjena akterima, kao i oblici njihovih međuodnosa te pojedinačna nadležnost u svakom koraku ustanovljeni su provedbenom strukturom. Prema mišljenju mnogih relevantnih teoretičara, u prvom redu iz akademske zajednice, faza implementacije ili provedbe rješenja ključna je i najbitnija faza u cjelokupnom procesu nastanka javnih politika. U prilog toj tezi idu dva vrlo važna indikatora iz kojih su razvidna očekivanja od određene javne politike. Prvo, faza implementacije pokazuje vrstu donesenih mjera. Drugo, još važnije, faza implementacije razotkriva konkretne posljedice za zajednicu opterećenu takvom politikom proizašle iz donesenih mjera. Bitnu ulogu u ovom dijelu procesa odigrat će uprava (birokracija). U tom odnosu javna uprava pojavljuje se kao instrument vlasti koja bitno utječe na funkcionalnost svih mehanizama i odnosa vlasti. Najveći broj (državnih) službenika uglavnom se nalazi na srednjoj ili nižoj razini. Ipak, to ne znači da oni ne posjeduju apsolutno nikakvu „moć“. Zbog svoje česte interakcije s ljudima s više razine, važan su kotačić u provedbi javnih politika, a poželjno bi bilo, i očekuje se, da predstavljaju reprezentativnu i odgovornu birokraciju. Međutim, „savršena“ administracija u stvarnosti ne postoji pa je nerijetko pojavljivanje stanovitih ograničenja u upravi. Nekoliko je razloga tomu, od problema koji čine implementacijski deficit svojom organizacijskom (ne)povezanošću na različitim razinama, problemi transformiranja političkih odluka, smanjenje dostupnih sredstava, ali i oprečni stavovi, odnosno vrijednosti u samoj implementaciji i sl., kao i postojanje tzv. „birokrata ulične razine“ za koje prema Hill, M. (2010: 249) vrijedi „(...) još uvijek relevantna teorija koju su razvili sociolozi

se građanski poredak urušiti i da će se državne institucije pokazati nestabilnima. Postoje razne vrste ravnoteže sustava. No, samo potpuno legitiman sustav može dugoročno ostati uravnotežen: kad dopusti svojim institucijama i zakonima da postanu korumpirani (to jest, dopuštajući dotad demokratskim institucijama da se razvijaju u instrumente plutokracije), sustav sam sebi dosuđuje smrtnu presudu“ (Sabrina P. Ramet, 2004: 96).

pod utjecajem Maxa Webera, a koja ističe način na koji rad u birokratskim organizacijama može uključivati selekciju (ili stvaranje) ljudi koji će strogo poštovati pravila i nastojati više pozornosti pridavati sredstvima kojima se politike provode, a ne njihovim ciljevima.“ Hill, M. (2010: 249) spomenutu teoriju uspoređuje „(...) sa stajalištem Michaela Lipskoga koje se bavi „birokracijom ulične razine“. Ono ima važne učinke na one koji rade u relativno nerutiniziranim službama i koji imaju profesionalne uloge, jer stavlja naglasak na brojne načine na koje službenici mogu kreirati politike.“ Suvremena država i njena uprava u smislu konačnog cilja javnih politika, kao što je ranije rečeno, u fokusu bi primarno trebalo da imaju rješavanje društvenih problema i budu usmjerene prema očuvanju prava i potreba građana. U demokratskom društvu sa razvojem lokalne i područne samouprave moderna uprava ubrzano se institucionalno širi i razgranava.⁹ „Suvremena upravna organizacija po svojoj definiciji je vrlo fleksibilna, organizacijski i funkcionalno usmjerena na brzo reagiranje u procesu odlučivanja (decision-making). Sukladno brzim i radikalnim transformacijskim procesima, traži se brza i učinkovita usluga u odnosu prema korisnicima“ (Lozina, D. i Klarić M., 2003: 255). U tom kontekstu nužno je u javnoj upravi razvijati profesionalizam i osigurati dobre standarde zakonodavne tehnologije – planiranje, pripremu, donošenje i izvršavanje pravnih normi.

1.5. Evaluacija (procjena) rezultata javne politike

Kulminacija procesa stvaranja javnih politika događa se procjenom ostvarenih rezultata pojedine politike, a koji su striktna posljedica ranije učinjenih (ili propusta činjenja) poteza iz prethodnih faza policy procesa. U *Pojmovniku javnih politika*, prema pisanju Petak, Z. i Kekez Koštro, A. (2014: 60), „kao faza procesa stvaranja politika, evaluacija se ponajprije odnosi na uspostavljanje vrijednosnih pretpostavki o tome kako je neka politika provedena.“ Smisao je evaluacije utvrditi spoznaje koje će kreatorima javnih politika približiti opseg ispunjenih (operativnih i/ili općih) ciljeva te sukladno ustanovljenim saznanjima djelovati u izvjesnom smjeru. Sustavnim pristupom monitoringu politike i procjene rezultata, osim ostvarenja teženih ciljeva vrši se vrednovanje rješavanja problema definiranih javnom politikom, ocjena stanja koristi društvu u

⁹ Državna uprava sastavni je dio šireg pojma javne uprave koji osim državne uprave obuhvaća lokalnu i područnu regionalnu samoupravu te javne službe, a kojima je zajednički cilj zadovoljavanje općih interesa i javnih potreba.

cjelini od takve politike, ali i određena načelna, ili pak ideološka pitanja koja se na to vezuju. Zbog toga se može reći da u policy procesu evaluacija u velikoj mjeri uči kreatore o određenim javnim politikama. Slijedom toga, izgledno je nekoliko scenarija. U najidealnijem, javne politike polučile su izvrsne rezultate, iskazuju se opipljive vrijednosti za društvo kojem su predestinirane, stoga se kao najprihvatljivije rješenje nameće nastaviti ih provoditi u istom smjeru kao do tada (smisleno je da ono što je dobro nema potrebe mijenjati). Suprotno, provedena evaluacija može dovesti do spoznaje za potrebom preinake određenih manjih elemenata ili instrumenata politike. Instrumenti nesumnjivo mogu biti tema neke druge, šire rasprave o javnim politikama, pa iako su oni sastavni dio faznog modela procesa njihovog stvaranja, budući da su spomenuti ranije u ovome osvrtu, u ovom kontekstu nije potrebno o njima do u detalje govoriti. Spomenimo jedino detalj kako se ponekad pojedini modeli namijenjeni jednim politikama nakon nekog vremena koriste u druge svrhe i za druge politike. Učiniti određene promjene nije uvijek jednostavno, međutim promjene mogu početi po ispunjenju odnosnih uvjeta. Mršić, A. (2018: 44) rezimira da je za to potrebno prepoznati problem na koji događaj upozorava, da se predloženo rješenje uklapa u postojeće političke prakse i da se to uklapa u preferencije aktera i da postoje institucionalni kapaciteti aktera kako bi riješili problem (pod uvjetom da je sukladan njihovim preferencijama), i po navedenoj autorici najvažniji, postojanje diskurzivne sposobnosti uvjeravanja relevantnih aktera i javnosti za promjenom politike. Sažetije rečeno, evaluacija (procjena) rezultata javne politike čini petu fazu policy procesa u kojoj se vrednuju rezultati na temelju kojih će se donijeti odluka o daljnjem djelovanju u dužem vremenskom razdoblju, potrebi uvođenja novih elemenata ili potpunom okončanju takve politike. U onoj najtežoj varijanti, kada se neka javna politika pokaže vrlo lošom, ili je zbog svoje složenosti te ostalih vanjskih čimbenika poput određenih globalnih utjecaja nemoguće postići isplative i održive rezultate, tada je nužan potpuni zaokret u vođenju politika, a politika koja se vodila do tog trenutka u potpunosti se odbacuje. Rezultat tako vođene politike predstavlja novi problem (ili više njih), što samo po sebi dovodi do logičnog slijeda događaja u kojem se dolazi do opetovane potrebe za novim postavljanjem političkog dnevnog reda i pristupanju njegovom rješavanju i formulaciji novih, adekvatnijih politika poučenim iskustvima uviđenim i utvrđenim u fazi evaluacije. Za samu evaluaciju može se kazati da je politička aktivnost, a iz ovakvog slijeda događaja razvidno je koliko je zapravo policy složen proces, a kružni tok vjerodostojan pokazatelj faznom pristupu u prikazu procesa stvaranja javnih politika.

ZAKLJUČAK

Za proces stvaranja javnih politika (policy proces) doista se može ustvrditi kako je riječ o složenom (i često dugotrajnom) procesu. Kao što je opisano, ovaj se proces najčešće prikazuje faznim modelom kroz njegovih pet faza. Brojnost i uloga samih aktera koje fazni model uključuje ovisi od pojedine faze i njenih popratnih komponenti, no javne politike u potpunosti se dotiču i imaju utjecaja na (cjelokupno) građanstvo. Konačni cilj javnih politika je ponuditi adekvatno rješenje putem zadanih i dostupnih instrumenata i mjera te aktivnosti o određenom društvenom problemu/ima. Pritom se u obzir uzima i sve ono što je vlast propustila učiniti. Postavljanje problema na dnevni red ne događa se automatizmom, već isključivo političkom odlukom, uzimajući pritom u obzir opseg problema, vremenski tok i određene interesne sfere. Osim vlasti bitni elementi u procesu stvaranja su ekspertiza i poredak¹⁰ koji do izražaja dolaze u drugoj fazi prilikom formuliranja konkretne politike koja će se provoditi, a koja će biti legitimno i potvrđena (u parlamentu kao ovlaštenom institucionalnom donositelju zakona koji općenito predstavljaju daljnji „rasplet“ javnih politika) u trećoj fazi. Pri tome od iznimne važnosti za vladavinu prava i funkcioniranje pravne države je da su zakoni kao instrumenti javnih politika stvarno i usmjereni ka ostvarivanju ciljeva javnih politika. Naime, vladavina prava ne može se mjeriti brojem pravnih akata već njihovom kvalitetom i kvalitetom odnosa koje reproduciraju zakoni. Formalne potvrde bitnog rješenja kako bi ono i politički postalo legitimno može donositi malen krug ljudi koji ima odgovarajuće ovlasti, kao što su vlada i parlament. Stoga dionici u ovoj fazi policy procesa treba da djeluju na način da pokazuju javnosti da je čitav njihov vrijednosno motivacijski sustav usmjeren ka reformi i demokratskim procesima. Implementacija, odnosno provedba rješenja predstavlja četvrtu, ključnu fazu u cjelokupnom policy procesu jer daje odgovor na pitanja o vrsti donesenih mjera i o konkretnim posljedicama proizašlim iz njih, a koje se odnose na zajednicu prema kojoj je usmjerena predmetna politika. U tom kontekstu nužno je u javnoj upravi razvijati profesionalizam i osigurati dobre standarde zakonodavne tehnologije. Završna faza, faza evaluacije, otkriva rezultate same politike i daje uvid o njenom daljnjem, budućem ishodu temeljenom na zaključcima dobivenim vrednovanjem proizašlih rezultata. Proces stvaranja javnih politika događa se na više razina; taj se proces konstantno oblikuje pa je teško odrediti jednu točku gdje se on stvara,

¹⁰ Primjerice državni, organizacijski, institucionalni.

čime se proces zbog toga i zbog novonastalih situacija opetovano ponavlja, što dovodi do relevantnog argumenta da se na fazni model stvaranja javnih politika zaključno može gledati sa stanovišta kružnog toka gdje nakon isteka svih njegovih faza proces kreće ispočetka.

POPIS LITERATURE

1. Borković, I. (1996). *Nomotehnika*. Split: Pravni fakultet u Splitu.
2. Colebatch, H. K. (2004). *Policy*. Zagreb: Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu.
3. Ćupurdija, M. i Subašić, S. (2007). *O pravnosti prava i pravu kao znanosti*. Hrvatska pravna revija (7-8), 91–97.
4. Đerđa, D. i Antić, T. (2017). *Izrada pravnih propisa u Hrvatskoj – studija slučaja*. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 38 (1), 93–130.
5. Đerđa, D. i Šamanić, P. (2022). *Pravila izrade pravnih propisa u hrvatskom i usporednom pravu*. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 43 (4), 717–736.
6. Filipović, V. (1956). *Filozofija renesanse*. Matica hrvatska, Zagreb.
7. Friedrich, C. J. (1963). *Man and His Government*. New York: McGraw-Hill.
8. Haramija, P. (2011). *Korporacija i država – ustrojstvo i sposobnost za odgovornost*. Obnovljeni život 66 (1), 75–87.
9. Hill, M. (2010). *Proces stvaranja javnih politika*. Zagreb: Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu.
10. Hood, C. (1986). *The Tools of Government*. Chatham, NJ: Chatham House.
11. Howlett, M. (1991). *Policy instruments, policy styles and policy implementation: National approaches to theories of instrument choice*. Policy Studies Journal 19 (2), 1-21.
12. Kekez Koštro, A. (2013). *Što se misli pod implementacijom javnih politika?* Političke analize 4 (13), 65–67.
13. Lozina, M. i Klarić, M. (2003). *Nova javna uprava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split.
14. Mršić, A. (2018). *Procesi definiranja problema i prioriteta u stvaranju inovacijske politike u Hrvatskoj iz perspektive diskurzivnog institucionalizma* (disertacija). Zagreb: Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu.

15. Pejović, D., (1957). *Francuska prosvjetiteljska filozofija*. Matica hrvatska, Zagreb.
16. Perić, B., (1992). *Država i pravni sustav* (5. izdanje). Narodne novine, Zagreb.
17. Petak, Z. (2008). *Javne politike i problemi modernog upravljanja*. Hrvatska javna uprava 8 (2), 443–462.
18. Petak, Z. (2009). *Pojmovnik*. Hrvatska javna uprava 9 (1), 283–295.
19. Petak, Z. (2013). *Policy pristup u hrvatskoj javnoj upravi*. Musa, A. (ur.). 4. forum za javnu upravu, Zagreb: Zaklada Friedrich Ebert, Institut za javnu upravu, str. 9–25.
20. Petak, Z. i Petković, K. (2022). *Izlazak iz jednine? Razvoj istraživanja javnih politika u Hrvatskoj 1962.-2022*. Politička misao 59 (3), 47–76.
21. Petek, A. i Petković, K. (2014). *Pojmovnik javnih politika*. Zagreb: Fakultet političkih znanosti Sveučilišta u Zagrebu.
22. Posavec, Z. (1990). *Ustav moderne države*. Politička misao 27 (2), 138–144.
23. Ramet S. P. (2004). *Postkomunistička Europa i tradicija prirodnog prava*. Alineja, Zagreb.
24. Sokol, S. i Smerdel B. (1992) *Ustavno pravo*. Školska knjiga, Zagreb
25. Visković, N. (1997). *Država i pravo* (drugo, izmijenjeno izdanje). Biro-tehnika, Zagreb
26. Zelić, I. (2006). *Vodič kroz filozofiju*. Verbum, Split.

**Dr Milorad Ćupurdija
Dejan Jović, mag. oec.**

**THE RELEVANCE OF PRESENTING THE PHASE MODEL
OF PUBLIC POLICY CREATION AS A CIRCULAR FLOW IN
THE POLICY PROCESS WITH SPECIAL REFERENCE TO
LEGAL REGULATION**

Abstract: *The aim of this paper is to consider relevant facts and present interconnected processes of public policy creation through the associated phase model in the form of a circular flow. The paper introduces some fundamental concepts related to public policy creation, which encompass its problem definition, development, legitimization, implementation, evaluation, and interpretation. It explains the role, significance, relevant elements, interrelationships, goals, importance, as well as the consequential impact on the community. The most commonly used five-phase model serves as a guide in studying this political science sub-discipline, and the events and resulting consequences in each phase are succinctly illustrated. Accordingly, this policy approach enables rational answers to some of the most basic questions regarding public policy creation and integrates them into a cohesive whole. The paper places a specific emphasis on regulation within the policy process. It primarily pertains to contemplation of regulatory power, which depends on social and political relations, the functioning of the rule of law, political and legal culture, the effectiveness and citizens' trust in institutional governance, and other factors. We will attempt to highlight only a few essential questions of the aforementioned topic. The comprehensive discourse within the limited scope will be condensed into the parallel complementarity of theoretical and practical aspects.*

Keywords: *phase model, public policies, policy approach, regulation, legal system*

ОДНОС БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ СА ЕВРОПСКОМ УНИЈОМ - СТАТУС ЗЕМЉЕ КАНДИДАТА

мр Наташа Савковић¹

Сажетак: Европска унија је, након успостављања регионалног приступа и потписивања Пакта о стабилности, према земљама региона, који је назван “Западни Балкан”, водила посебну политику или процес стабилизације и придруживања. Потписивањем споразума о стабилизацији и придруживању између Европске уније и држава региона успоставља се нова врста билатералних односа, у којем држава региона стиче статус „новог потенцијалног придруженог члана“. У овом раду је приказан пресјек тренутног стања у Босни и Херцеговини према извјештајима Европске комисије из 2021. и 2022. године. Наиме, Босна и Херцеговина треба да испуни 14 кључних приоритета, по Мишљењу Комисије из маја 2019. године, да би Комисија препоручила отварање преговора са Босном и Херцеговином о приступању ЕУ.

Упркос негативном Извјештају из 2021. године, Босна и Херцеговина је у децембру 2022. године званично добила статус државе кандидата за чланство у Европској унији, али условно. Основ за овакав заокрет у политици Европске уније према земљама овог региона узрокован је ратом у Украјини. Опредјељење Европске уније је, по свему судећи, геостратешко улагање на простору Балкана ради покушаја да се стабилизује европски континент, што је у овом моменту од изузетног значаја.

У раду ћу се осврнути и на могућности које Босна и Херцеговина има поред евроатлантског пута, као и перспективу балканских земаља као једног регионалног савеза држава.

¹ Шеф Сектора за правне послове у Фонду за заштиту животне средине и енергетску ефикасност Републике Српске, Бања Лука (natasa.savkovic@ekofondrs.org)

Кључне ријечи: Европска унија, “Западни Балкан”, Босна и Херцеговина, Споразум о стабилизацији и придруживању, статус државе кандидата

1. ИСТОРИЈАТ СПОЉНЕ ПОЛИТИКЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Споразум о стабилизацији и придруживању је претходио статусу земље кандидата који Босна и Херцеговина има од децембра 2022. године, а настао је као продукт потребе за дефинисањем сопствене спољне политике Европске уније.

Наиме, Европска унија се почетком 90-их година прошлог вијека нашла пред изазовом да покуша да спроведе сопствену спољну политику према европским државама нечланицама. У том смислу ЕУ је наступила са политиком ширења свог чланства закључивањем потпуно нове врсте *sui generis* уговора, нама познатих као европски споразуми о придруживању са скоро свим државама централне и источне Европе, те са новонасталим балтичким државама, насталим распадом СССР-а и након распуштања СЕВ-а. Овим споразумима је заинтересованим државама дата могућност да, након што испуне веома захтјевне политичке и економске услове, могу остварити пуноправно чланство у ЕУ у догледној будућности. Такође, са Русијом, правном сљедбеницом СССР-а, ЕУ је закључила својеврстан Споразум о сарадњи и партнерству.

Распадом и цијепањем бивше Југославије (СФРЈ) пред спољну политику ЕУ је стављен нови изазов на који је ЕУ одговорила отварањем процеса стабилизације и придруживања, чему је претходила политика регионалног приступа и пакт о стабилности за југоисточну Европу. Приступ ЕУ политика према земљама централно – европског и Балтичког региона се значајно разликовао у односу на приступ према земљама Балканског региона. Према Балканском региону је ЕУ, до пада Берлинског зида, водила политику појединачног приступа, што је правдано недостатком заједничких институција, односно недостатком мултилатералне сарадње на Балканском полуострву. Иако је овај регион третиран као јединствена геополитичка цјелина, није био признат као организовани регионални ентитет. У том смислу је било неколико иницијатива, крајем 80-их година прошлог вијека, да се земље југоисточне Европе организују у погледу међусобне мултилатералне сарадње, те је дошло до реализације идеје о балканској регионалној економској сарадњи у циљу

стварања балканске зоне слободне трговине, али су ратна дешавања на простору тадашње СФРЈ пресјекла овакву врсту организовања.

2. РОАЈОМОНСКИ ПРОЦЕС И ПАКТ О СТАБИЛНОСТИ

У вријеме Париске мировне конференције за Босну и Херцеговину, крајем 1995. године, Европска унија је на иницијативу Француске, промовисала прву иницијативу за сарадњу држава југоисточне Европе, првенствено бивших југословенских република, под називом Процес из Роајомона о добросусједству и стабилности у југоисточној Европи (Роајомонски процес). Већ наредне године, ЕУ је свој поглед на овај дио Европе исказала кроз регионални приступ, са циљем да се учврсти мир и стабилност, те да се подстакне и помогне економска обнова. Овај циљ се могао остварити одговарајућим билатералним односима ЕУ са земљама овог региона, уз промовисање демократије, успостављање владавине права и правне државе, заштиту људских права и права мањина, трансформацију тадашње привреде у савремене токове тржишне привреде, те што већи степен сарадње међу земљама региона.

Затим слиједи Пакт о стабилности, усвојен у Келну, коме су државе југоисточне Европе приступиле, чиме су се обавезале на спровођење корјених демократских и привредних реформи, те на међусобну билатералну и регионалну сарадњу, у циљу убрзања своје интеграције у евроатлантске структуре. Ове интеграције ће се вршити на појединачној основи и спровођењем процеса стабилизације и придруживања између Европске уније и одговарајућих држава², за шта је предвиђен правно институционални инструмент Споразум о стабилизацији и придруживању. Потписивањем овог споразума између ЕУ и државе региона успоставља се нова врста билатералних односа, у којем држава региона стиче статус „новог потенцијалног придруженог члана“.

² Видјети Commission Communication to the Council and European Parliament, COM(99) 235,26.5.1999. и тачку 10, трећег дијела Пакта о стабилности

3. ПРОЦЕС СТАБИЛИЗАЦИЈЕ И ПРИДРУЖИВАЊА И УСЛОВИ ЗА ЗАКЉУЧИВАЊЕ СПОРАЗУМА О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ

3.1. Процес стабилизације и придруживања

Европска унија је, након успостављања регионалног приступа и потписивања Пакта о стабилности, према земљама овог региона, који је назван “Западни Балкан”³, водила посебну политику или процес стабилизације и придруживања. Процес стабилизације и придруживања представља правно политички оквир за постепено партнерство између треће државе и Европске уније које је у почетку засновано на комбинацији трговачких повластица (аутономних трговинских мјера - АТМ), економске и финансијске помоћи (CARDS програм) и уговорног односа институционализованог у споразуму о стабилизацији и придруживању (ССП)⁴

На састанку Европског савјета одржаном у Солуну, 19. и 20. јуна 2003. године, потврђен је приједлог Европске комисије да се процес стабилизације и придруживања обогати неким елементима из политике ширења. На истом састанку, Европски савјет је утврдио “Солунску агенду”, тј. дневни ред, за процес пријема држава такозваног “Западног Балкана”. Такође, Савјет је предложио увођење новог инструмента у процесу придруживања под називом “Европско партнерство”. Овај инструмент има за циљ идентификовање краткорочних и средњорочних приоритета, које свака земља има обавезу да утврди.

3.2. Услови за закључивање споразума о стабилизацији и придруживању (ССП)

Пактом о стабилности предвиђен је радикалан и обрнут приступ у односу на регионални приступ, којим је државама региона било стављено у изглед дугорочно постепено потписивање билатералних

³ Западни Балкан је политичко-географски појам, који подразумева земље настале распадом СФРЈ без Словеније (Босна и Херцеговина, Србија, Хрватска, Црна Гора и Македониј), којима је придружена и Албанија

⁴ Вукадиновић, Радован, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2014, стр.488.

споразума са Европском унијом, који су зависили од постигнутог нивоа међусобне регионалне сарадње те од испуњености веома захтјевно постављених економских и политичких услова. Наиме, државама региона је дата могућност да, од јануара 2000. године, отворе преговоре за потписивање нове врсте споразума, под условом да испуне одредбе Амстердамског уговора и критеријуме Европског савјета из Копенхагена, из јуна 1993. године.

Критеријуми Европског савјета из Копенхагена, које су требале да испуне државе које су претендовале да закључе споразум о придруживању са Европском унијом, су:

- способност да се испуне обавезе које призилазе из чланства, првенствено ацџуис поммунаутаире;
- демократска стабилност, поштовање закона, поштовање људских права И права мањина;
- постојање и функционисање тржишне привреде;
- прихватање циљева Европске уније и
- способност привреде да се одупре притиску конкуренције унутар ЕУ.

Наведеним критеријумима су додани и услови са Луксембуршког савјета из априла 1997. године.

Европска унија је, након што је констатовала да су испуниле све услове, са земљама такозваног “Западног Балкана” потписала споразуме о стабилизацији и придруживању, како слиједи:

- 2001. године са Македонијом и Хрватском,
- 2006. године са Албанијом,
- 2007. године са Црном Гором,
- 2008. године са Србијом и Босном и Херцеговином.

Само је Република Хрватска до сада окончала преговоре и закључила Уговор о пријему са Европском унијом, док остале земље имају статус кандидата, који је посљедња добила Босна и Херцеговина, и то у децембру 2022. године.

Основне обавезе, из Споразума о стабилизацији и придруживању, које стране преузимају његовим потписивањем се огледају кроз међусобну обавезу да на уговором предвиђен начин развијају сарадњу у следећим областима:

- демократизација и изградња цивилних установа,
- правосуђе и унутрашњи послови,
- међународни трговински односи,

- економска и финансијска помоћ и
- политички дијалог.⁵

Државе су се, такође, обавезале да успоставе и омогуће функционисање слободног тржишта у предвиђеним роковима, а Европска унија се обавезала да укине сва ограничења на увоз свих роба (индустријских и пољопривредних) из придружених чланица. Наизглед једнострану уступак Европске уније подразумеје да новопридружене чланице морају укинути увозне дајбине на производе из ЕУ, како би се успоставила “зона слободне трговине”. С обзиром на то да ће новопридружене чланице у режиму слободне трговине трпити одређене губитке по основу укинутих царина, предвиђено је да, кроз отварање приступа различитим фондовима, Европска унија надокнади дио тих губитака. Са друге стране, напредак у политичком развоју је услов за коришћење финансијске помоћи за реконструкцију и развојне привредне програме, тако да само “подесне” земље могу рачунати на та средства након потписивања ССП-а. Коришћење наведених и других подстицајних економских инструмената има за циљ оспособљавање привреде земаља региона да буду конкурентне чланицама Европске уније.

3.3. Заједнички елементи споразума о стабилизацији и придруживању (ССП)

Сваки споразум о стабилизацији и придруживању (ССП), поред преамбуле и општих начела, садржи следеће елементе: политички дијалог; регионална сарадња; слободно кретање робе, радника, услуга и капитала; усклађеност правних прописа, њихово спровођење и правила конкуренције; правда, слобода и безбиједност; политике сарадње; финансијска сарадња; институционалне, опште и завршне одредбе. Такође, споразуме прате анекси и протоколи, те заједничке и једностране декларације.

Општи циљеви споразума о стабилности и придруживању су двојаки, и то:

- 1) да омогуће и подстакну стабилизацију треће државе и
- 2) да омогуће несметано одвијање процеса придруживања.

⁵ Детаљније погледати у Declaration of the „Europa South-East“ policy forum on the Stability Pact, Ljubljana, 18-20 Juli 1999. Internet: <http://www.ceps.be/>

Стабилизација је циљ чије остваривање подразумејева демократизацију, владавину права, поштовање људских и мањинских права и слобода, реформу државне управе и изградњу институција, унапређење сарадње у економским и другим областима (правосуђе и унутрашњи послови), при чему се највећа пажња даје јачању националне и регионалне безбиједности.

Придруживање је облик сарадње (и други циљ) који је обиљежен кроз слjedeће области:

- **политички дијалог** - унапређивање политичких односа између уговорних страна стварањем одговарајућег институционалног оквира за дијалог са трећим државама на билатералном и регионалном нивоу;

- **конкурентна тржишна привреде** - промовисање економских и трговинских односа кроз подстицање и помагање реформских процеса са циљем да се успостави конкурентна тржишна привреда и да се развијају усклађени економски односи и сарадња ради постепеног успостављања зоне слободне трговине;

- **регионална сарадња** – подстицање регионалне сарадње у свим областима које су обухваћене споразумом;

- **слободно кретање радника, услуга и капитала** – регулисање кретања радника, слободе настањивања, пружање услуга, текућих плаћања и кретање капитала;

- **хармонизација и усклађивање прописа** – постепено приближавање домаћих прописа прописима Европске уније;

- **успостављање односа сарадње у областима од комунитарног значаја** - успостављање односа сарадње у свим областима које су од комунитарног значаја (посебно правосуђе и унутрашњи послови);

- **либерализацију друмског саобраћаја** – потпуна либерализација друмског саобраћаја И развој пратеће инфраструктуре, и

- **оснивање институционалног оквира за надгледање и спровођење споразума.**

У споразуму је предвиђен шестогодишњи период за спровођење наведених циљева, а успостављени су и посебани институционални органи за придруживање, и то:

- 1) Савјет за стабилизацију и придруживање – који доноси одлуке и препоруке за остваривање циљева споразума
- 2) Одбор за стабилизацију и придруживање и
- 3) Парламентарни одбор за стабилизацију и придруживање.

4. ПРЕСЈЕК ТРЕНУТНОГ СТАЊА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ПРЕМА ИЗВЈЕШТАЈИМА ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ ИЗ 2021. И 2022. ГОДИНЕ

У овом раду ћемо проћи кроз пресјек тренутног стања у Босни и Херцеговини према извјештајима Европске комисије који се редовно подносе о напретку БиХ на њеном путу ка евроатланској интеграцији. Наиме, након подношења захтјева за чланство у ЕУ, 15. фебруара 2016. године, Босна и Херцеговина би требала да испуни 14 кључних приоритета по Мишљењу Комисије из маја 2019. године, да би Комисија препоручила отварање преговора са Босном и Херцеговином о приступању ЕУ. Приоритети су утврђени у области функционисања демократије, владавине права, основних права и реформе јавне управе. У Извјештају о Босни и Херцеговини за 2021. годину, стоји да Босна и Херцеговина наставља спроводити Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП), који се примјењује од 2008. године, и који је омогућио постепену либерализацију трговине и узајамни бесцарински приступ за већину производа. Међутим, Устав Босне и Херцеговине и даље је у супротности са Европском конвенцијом о људским правима, у вези са предметом Сејдић-Финци и другим повезаним предметима, такође стоји у Извјештају, као и да:

- у БиХ није постигнут напредак у погледу унапређења изборног оквира у складу са европским стандардима и осигуравања транспарентности финансирања политичких странака
- БиХ још није испунила препоруке OSCE/ODIHR, Венецијанске комисије и GRECO-а Вијећа Европе
- Национални програм за усвајање *acquis* ЕУ још увијек није израђен
- постигнут је ограничен напредак у осигуравању повољног окружења за цивилно друштво
- БиХ је у раној фази припрема за реформу јавне управе (PAR)
- одређени напредак је постигнут усвајањем акционог плана за реформу јавне управе као и стратегија о управљању јавним финансијама на свим нивоима власти
- земља мора осигурати професионалну и деполитизовану државну службу и координиран приступ изради политика на нивоу цијеле земље.⁶

⁶ Детаљније погледати у Извјештају о Босни и Херцеговини за 2021. годину, доступно

Из свега наведеног у Извјештају из 2021. године стоји закључак да је Босна и Херцеговина у раној фази, односно да има одређени ниво припремљености у погледу степена спремности и способности да преузме обавезе чланства у Европској унији и потребно је да значајно побољша усклађеност са *acquisem* ЕУ, те спроведе и примјени релевантно законодавство.

У Извјештају о Босни и Херцеговини за 2022. годину, стоји да Европска комисија, на основу закључака Савјета ЕУ из децембра 2019. године, своје годишње извјештаје о Босни и Херцеговини фокусира на спровођење 14 кључних приоритета из Мишљења⁷. Према Извјештају о БиХ за 2022. годину није постигнуто скоро никакав напредак БиХ на њеном путу ка евроатланским интеграцијама, као ни напредак у спровођењу 14 кључних приоритета из Мишљења Комисије из маја 2019. године.⁸

5. ЗНАЧАЈ СТАТУСА ЗЕМЉЕ КАНДИДАТА

ССП и његов Привремени споразум се примјењује од 2008. године, а омогућили су Босни и Херцеговини и њеним грађанима постепено либерализацију трговине и узајамни бесцарински приступ за многе робе, док од 2000. године, Босна и Херцеговина користи и аутономне трговинске мјере. Босна и Херцеговина је 2007. године приступила Средњоевропском споразуму о слободној трговини (СЕФТА), а преговори за приступање Свјетској трговинској организацији су у завршној фази. ЕУ је остала главни трговински партнер Босне и Херцеговине, у протеклом периоду.

Либерализација визног режима за грађане Босне и Херцеговине, који путују у Шенгенски простор, је на снази од децембра 2010. године (Споразум о реадмисији на снази је од 2008. године), а у 4. извјештају Комисије из августа 2021. године, закључено је да Босна и Херцеговина наставља испуњавати мјерила за либерализацију визног режима.

на https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/resevoint/1_polit_integr/izvjestaji_o_bih/Pages/

⁷ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/12/10/council-conclusions-on-commission-opinion-on-bosnia-and-herzegovina-s-application-for-membership-of-the-european-union/>

⁸ Детаљније погледи у Извјештају о Босни и Херцеговини за 2022. годину, доступно на https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/resevoint/1_polit_integr/izvjestaji_o_bih/Pages/

У контексту теме овог излагања, намеће се питање да ли статус земље кандидата доноси неке посебне бенефиције у смислу приступа неким посебним фондовима и слично. Одговор је да нема посебних фондова из којих се могу повлачити финансијска средства за реализацију пројеката са којима земља кандидат конкурише. Фондови су и до сада били отворени за све земље које имају статус кандидата или потенцијалног кандидата, али их нису сви подједнако користили. Наиме, да ли ће неки пројекат бити финансиран из неког европског фонда зависи прије свега од тога колико се земља бори да њен пројекат прође, да ли је то стратешки пројекат и слично. Када је у питању Босна и Херцеговина, као позитиван примјер може се навести Стратегија развоје транспортног система на нивоу БиХ, која је усвојена 2016. године и на основу које је БиХ од 2018. до 2020. године обезбиједила око 315 милиона евра за изградњу нових и санацију постојећих аутопутева - путева и жељезничких пруга. Док са друге стране нпр. у области пољопривреде БиХ нема стратешки документ нити заједничке институције на нивоу државе преко којих би пољопривредници из БиХ могли повлачити финансијска средства из ЕУ фондова. Неки стручњаци из области економије сматрају да ће БиХ са добијањем статуса земље кандидата имати индиректне користи као што је претпоставка раста директних страних инвестиција; унапрјеђење финансијске, тржишне и друге стабилности у земљи, већи број туриста и слично, као и да ће се кандидатским статусом побољшати њен имиџ. У погледу ЕУ институција новина је у томе што ће БиХ моћи неформално учествовати (присуствовати) састанцима Савјета министара иностраних послова ЕУ.

Чињеница је да је за БиХ из ЕУ фондова, од 2014. до 2020. године, поред већ наведеног, намијењено и око 9,1 милион евра за развој и пројекте цивилног друштва, а 10 милиона за рјешавање питања избјеглица и интерно расељених лица кроз Регионални стамбени програм. За обнову од полава из 2014. године намијењено је око 51 милион евра, а остала средства су намијењена за реформу јавне управе, унапрјеђење рада правосуђа, као и процесуирања корупције, организованог криминала и ратних злочина, реформу образовног система, тржиште рада те за мјере у области миграција.

ЕУ је од 1999. године, преко своје Европске инвестиционе банке (ЕИБ), за БиХ обезбиједила више од 2,4 милијарде евра повилићних кредита, а од 2014. до 2020. године више од 12.000 студената и професора судјеловало је у програмима размјене.

Слиједи и подаци о томе колико су земље региона повукле новца из ЕУ фондова:

- Република Србија, која је статус кандидата добила 1. марта 2012. године, од 2014. до 2022. године је обезбиједила више милијарди евра бесповратних средстава;

- Црна Гора има статус кандидата од 2010. године, а у периоду од 2014. до 2020. године обезбиједила је око 280 милиона евра из ЕУ фондова;

- Сјеверна Македонија је кандидат од 2005. године, а од ЕУ је за исти период добила 608 милиона евра бесповратних средстава;

- Косово није држава па не може ни добити статус кандидата, али је из ЕУ фондова за пројекте на тој територији намијењено око 602 милиона евра.

Чланство у ЕУ најбрже је добила Финска која је ушла у унију након само три године преговора, Шпанија је чекала најдуже и то 24 године, док је посљедња чланица Хрватска тај пут прешла за 9 година.

6. КО СНОСИ ОДГОВОРНОСТ ЗА ТРЕНУТНО СТАЊЕ

Слиједом свега до сада наведеног намеће се закључак да БиХ веома споро бауља на свом путу ка евроатланској интеграцији, што није само продукт (не)рада босанскохерцеговачких институција већ и Европска унија има значајан удио у томе. У погледу функционисања правосуђа, независност и самосталност носилаца правосудних функција, као европска и цивилизацијска вриједност, подразумијева се да тужиоци и судије не могу ни на који начин бити подвргнути било каквим вањским или унутрашњим притисцима, посебно не притисцима извршне и законодавне власти. Ту централну тачку, њихову независност, нико до сада није доводио у питање. Међутим, креатори америчке спољне политике узели су себи за право да стављају на своју „црну листу“ тужиоце и судије у другим земљама без спроведеног поступка утврђивања њихове одговорности и права да се о оптужбама претходно изјасне, што је сама суштина Европском повељом о људским правима загарантованих људских права и саме владавине права. Европске колеге су прећутно подржале своје прекоокеанске колеге, жмурећи на најдрастичније кршење права европских судија и тужилаца, али и права грађана који обављају политичке функције. Занемарене су европске вриједности стицане вијековима. У годишњим извјештајима о људским правима које објављују

надлежни органи OUN-a и OSCE-a, и неке невладине организације, о томе нема ни ријечи.

Као примјер навешћу случај судије Бранка Перића, од којег је, у оквиру пројекта „TAIEX Peer Review – Стручна анализа борбе против организованог криминала и корупције на основу конкретних предмета“⁹ тражено да објасни зашто је донио ослобађајућу пресуду у случају директора Обавјештајно безбиједносне агенције – ОСА Османа Мехмедагића. Перић каже да га је колегиница из Аустрије питала зашто је у том случају судио као појединац, те због чега је окончао суђење за два мјесеца. На његово питање да ли је прочитала пресуду и да ли је погледала законске одредбе на којима је засновао одлуку, одговорила је да није стигла, што говори о недостатку професионалности и достајанства иностраних службеника који се делегирају за представнике европских институција на Балкану. Неосновано је и неприхватљиво да се судија испитује зашто је донио неку пресуду и то од стране представника извршне власти из Брисела, од стране наводних експерата. Претпоставке слободе и независности у државама владавине права су да судија доноси пресуде на основу закона, при чему никоме ништа не треба накнадно објашњавати. У протеклом период смо свједоци да су се, у Босни и Херцеговини, европске судије ставиле у улогу оних који за високе хонораре и ко зна шта још, понижавају себе и своје босанско-херцеговачке колеге, водећи истраге зашто је неки случај пресуђен овако или онако.

У дјелу „Извјесна представа о правди“, Dick Marty је навео и извјештај који је поднио Парламентарној скупштини Савјета Европе, 16. новембра 2007. године, а који се тиче односа ЕУ институција према једном египатском привреднику. Једноставно је неко одлучио да му се одузме (блокира) сва имовина, без претходно спроведеног поступка у коме би се утврдила његова кривица. Овај извјештај је поднесен прије 15 година, па се са правом можемо упитати да ли су од самог почетка одредбе Европске повеље о људским правима досљедно примјењиване на сваког ко има право да се на њих позове или је ово све од почетка само механизам за дисциплиновање „непослушних“ и награђивање „послушних“.

Све чешће смо живи свједоци да су црне листе, на које су доспјели судије и тужиоци, механизма којим се урушавају људска права и слобо-

⁹ Пројекат је укључивао анализу осам ослобађајућих пресуда пред Судом БиХ. а Експертску комисију од три члана сачињавало је двоје судија и један државни службеник министарства иностраних послова из земаља ЕУ

де, па се можемо запитати да ли су политике Европске уније под демократском контролом или се повремено злоупотребљавају под исприком ширења демократије.

И на крају, хтјели не хтјели пред нас се поставља питање о којем ће се ускоро морати расправљати и негдје ће се морати поднијети рачун, а тиче се кршења Протокола 1. уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода (члана 1.) Питање се односи на бесправно одузимање имовине руским држављанима широм „демократске“ Европе, чему сви свједочимо.

7. ДА ЛИ БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА ИМА АЛТЕРНАТИВУ

Упркос негативном Извјештају из 2021. године, у децембру 2022. године Босна и Херцеговина је званично добила статус државе кандидата за чланство у Европској унији, али условно. Треба имати у виду да је основ за овакав заокрет у политици Европске уније према земљама овог региона који они зову “Западни Балкан” узрокован ратом у Украјини, те да је Европска унија определијељена за геостратешко улагање на простору Балкана ради покушаја да стабилизује европски континет, што је за Европску унију у овом моменту од изузетног значаја.

На крају ћу се осврнути на могућности које Босна и Херцеговина има и поред евроатлантског пута, као и перспективу балканских земаља као једног регионалног савеза држава, у смислу теорије Александра Дугина о успостављању цивилизацијских држава, што се подудара и са теоријом Семјуела Хантингтона, као и кинеског професора Џанг Веивеиа, као и многих других. Дугин каже да би се успостављањем цивилизацијских држава, Запад свео са глобалне на регионалну силу, а дефиниција нових граница Запада би уједно одредила будућност Украјине и Тајвана¹⁰. С тим у вези, земље БРИКС-а су почеле да развијају своје односе унутар нове парадигме, односно на објективан начин су разумјеле зонирање цивилизација, чиме је почело обликовање многополарног модела другог свијета насупрот досадашњој парадигми униполарног модела, у чему и овај регион може да сагледа своју перспективу.

¹⁰ Дугин, Александар, Теорија о цивилизацијској држави (3), Нови стандард, Београд, доступно на <https://standard.rs/> од 5.12.2022. године

8. ЗАКЉУЧАК

Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП), који се на Босну и Херцеговину примјењује од 2008. године, омогућио је постепено либерализацију трговине и узајамни бесцарински приступ за већину производа. Овај споразум, поред преамбуле и општих начела, садржи главне елементе и то: политички дијалог; регионална сарадња; слободно кретање робе, радника, услуга и капитала; усклађеност правних прописа, њихово спровођење и правила конкуренције; правда, слобода и безбједност; политике сарадње; финансијска сарадња; институционалне.

Европска унија је у креирању своје политике према новопрдруженим чланицама увела обавезу укидања увозних дацбина на производе из ЕУ, како би се успоставила “зона слободне трговине”, због чега новопрдружене чланице трпе одређене губитке, што доводи до сљедећег потеза Европске уније да, кроз отварање приступа различитим фондовима, надокнади дио неизбјежних губитака. Међутим, напредак у политичком развоју је услов за коришћење финансијске помоћи за реконструкцију и развојне привредне програме, тако да само “подесне” земље могу рачунати на та средства након потписивања ССП-а.

Босна и Херцеговина је званично добила статус државе кандидата за чланство у Европској унији, у децембру 2022. године, под условом да испуни 14 кључних приоритета из Мишљења Комисије од маја 2019. године, да би Комисија препоручила отварање преговора са Босном и Херцеговином о приступању ЕУ. Према посљедњем извјештају Комисије Босна и Херцеговина веома споро или скоро никако не напредује на свом путу ка чланству у Европској унији.

У овом тренутку је важно сагледати и друге могућности које стоје пред Босном и Херцеговином, као и перспективу балканских земаља, у смислу једног регионалног савеза држава, у свјетлу нове парадигме многополарног свијета по угледу на земље БРИКС-а, насупротив преовлађујућој парадигми западњачких хегемона о униполаризацији свијета.

ЛИТЕРАТУРА

1. Дугин, Александар, Теорија о цивилизацијској држави (3), Нови стандард, Београд, доступно на <https://standard.rs/> од 5.12.2022. године
2. Вукадиновић, Радован, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2014.
3. Declaration of the „Europa South-East“ policy forum on the Stability Pact, Ljubljana, 18-20 Juli 1999. Internet: <http://www.ceps.be/>
4. Извјештај о Босни и Херцеговини за 2021. годину, доступно на https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/resevoint/1_polit_integr/izvjestaji_o_bih/Pages/
5. Извјештај о Босни и Херцеговини за 2022. годину, доступно на https://www.vladars.net/sr-SP-Cyrl/Vlada/Ministarstva/meoi/resevoint/1_polit_integr/izvjestaji_o_bih/Pages/
6. Commission Communication to the Council and European Parliament, COM(99) 235, 26.5.1999.
7. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/12/10/council-conclusions-on-commission-opinion-on-bosnia-and-herzegovina-s-application-for-membership-of-the-european-union/>

MSc Nataša Savković

**RELATIONSHIP OF BOSNIA AND HERZEGOVINA
WITH THE EUROPEAN UNION
- STATUS OF THE CANDIDATE COUNTRY**

***Abstract:** After establishing a regional approach and signing the Stability Pact, the European Union pursued a special policy or stabilization and association process towards the countries of the region, which was called the “Western Balkans”. By signing the Stabilization and Association Agreement between the European Union and the states of the region, a new type of bilateral relations is established, in which the state of the region acquires the status of a “new potential associated member”. This paper presents a cross-section of the current situation in Bosnia and Herzegovina according to the reports of the European Commission from 2021 and 2022. Namely, Bosnia and Herzegovina needs to fulfill 14 key priorities, according to the Commission’s Opinion from May 2019, in order for the Commission to recommend the opening of negotiations with Bosnia and Herzegovina on EU accession.*

Despite the negative Report from 2021, in December 2022, Bosnia and Herzegovina officially received the status of a candidate country for membership in the European Union, albeit conditionally. The basis for this turn in the policy of the European Union towards the countries of this region is caused by the war in Ukraine. The determination of the European Union is, by all accounts, a geostrategic investment in the Balkans in order to try to stabilize the European continent, which is extremely important at this moment.

In the paper, we will look at the opportunities that Bosnia and Herzegovina has along the Euro-Atlantic route, as well as the perspective of the Balkan countries as a regional union of states.

***Key words:** European Union, “Western Balkans”, Bosnia and Herzegovina, Stabilization and Association Agreement, candidate state status*

УПРАВНОПРАВНА КАТЕДРА

NOVI KONCEPT SAMOUSLUŽIVANJA I NUĐENJA USLUGA U „INTELIGENTNOJ” JAVNOJ UPRAVI

Prof. dr. sc. Mladen Radivojević*

Sažetak: *U ovom radu bavimo se novim konceptom koji javna uprava može da ponudi svojim korisnicima, a to je samousluživanje i nuđenje usluga. Ako javna uprava želi da obezbijedi samousluživanje i nuđenje usluga svojim određenim korisnicima, mora koristiti koncept vještačke inteligencije koji je zasnovan na inteligentnim softverskim agentima, jedinstvenom skladištu podataka javne uprave, te većem broju baza znanja. Ovdje posmatramo primjenu novih tehnologije u radu i usluživanju javne uprave, od elektronske i mobilne do inteligentne javne uprave (e-m-i-Uprave). U radu ćemo navesti i neke ključne elemente koji se moraju uzeti u obzir pri implementaciji inteligentne javne uprave, te samousluživanja i nuđenja usluga. Navešćemo šta je potrebno da bi javna uprava obezbijedila samousluživanje i nuđenje usluga, a što je neophodno korisniku za korištenje novog koncepta dobijanja i korištenja digitalnih usluga. Da bismo vidjeli da li su korisnici usluga, pravna i fizička lica, spremni da koriste nove tipove usluživanja i da li su zadovoljni sadašnjim načinom usluživanja, proveli smo određeno istraživanje, a dio rezultata ćemo prezentovati u ovom radu.*

Ključne riječi: *javna uprava, samousluživanje, nuđenje usluga, inteligentni sistemi.*

* Internacionalni univerzitet Travnik, Bosna i Hercegovina
e-mail: radivojevicmladen60@gmail.com

1. UVOD

Da bi javna uprava bila uspješna i korektno usluživala svoje korisnike, neophodno je da kvalitetnije upravlja svojim uslužnim sistemom. Ako to želi ostvariti, neophodno je da brzo donosi odluke, a za to su joj neophodne odgovarajuće pravovremene informacije i znanja o potrebama korisnika njenih usluga. Da bi raspolagala odgovarajućim pravovremenim informacijama i znanjima, javnoj upravi su potrebni odgovarajući, lako dostupni podaci, kao i kvalitetne analize pomoću kojih se mogu dobiti informacije o potrebama korisnika za određenom uslugom. Sa puno kvalitetnih podataka o korisnicima usluga i njihovim potrebama javna uprava može efikasije obavljati svakodnevno usluživanje.

Živimo u digitalnom društvu, u društvu bez papira, pa će i usluge koje daje javna uprava biti u digitalnom obliku i kao takve ih posmatramo u ovom radu.

Da bi javna uprava mogla obezbijediti korisnicima samousluživanje i da bi im mogla ponuditi odgovarajuću uslugu u pravo vrijeme i kad je neophodna korisniku, mora svoje poslovanje prilagoditi novim tehnološkim rješenjima zasnovanim na elektronskom, mobilnom i inteligentnom radu, mora preći na novi koncept e-m-i-Uprave. Da bi to ostvarila, mora koristiti jedinstveno skladište podataka javne uprave.

Skladišta podataka (Basu, S., 2004) sa kojima ćemo se ovdje, pored ostalog, baviti, jesu novi koncepti prikupljanja, organizovanja, spremanja i dijeljenja podataka, informacija i znanja u svrhu nuđenja usluga od strane javne uprave svojim korisnicima. U ovom radu predlažemo implementaciju **jedinstvenog skladišta podataka javne uprave** u jednoj zemlji, koje sa **bazama znanja javne uprave i inteligentnim softverskim agentima** može obezbijediti **samousluživanje i nuđenje usluga** korisnicima.

To može da obezbijedi inteligentni informacioni sistem javne uprave u realnom vremenu, zasnovan na jedinstvenom skladištu podataka javne uprave, odgovarajućim bazama znanja, te neophodnim podacima o korisnicima usluga i njihovim potrebama, a odnose se na procese koji pomažu javnoj upravi da se prilagodi, adaptira i efikasno reformiše svoje usluge.

2. ŠTA PODRAZUMIJEVAMO POD JAVNOM UPRAVOM

Državna uprava ili državna administracija je izraz pod kojim se podrazumijevaju sve redovne aktivnosti koje vrši neka država, odnosno poje-

dinci u njoj – državni službenici. S obzirom na to da se te djelatnosti vrše u javnom interesu, za državnu upravu se takođe koristi i izraz javna uprava. U ovom radu mi ćemo koristiti izraz javna uprava, a ona daje usluge svojim korisnicima – pravnim i fizičkim licima (Theocharis, S., 2016).

Način organizacije, djelatnosti i metode rada javne uprave se razlikuju od jedne do druge države, u zavisnosti od socijalnih, ekonomskih i političkih prilika, ali i državnom uređenju (Balbín, C., 2014). U nekoj zemlji može postojati više uprava sa različitim ovlastima (državna uprava, federalna uprava, entitetska uprava, kantonalna uprava), a najniži nivo državne uprave je lokalna uprava ili lokalna samouprava.

Lokalna samouprava je autonomni sistem upravljanja lokalnim zajednicama na užim dijelovima državnog teritorija, a provode je gradovi i opštine na svom području. Razvijenost lokalne samouprave jedan je od uslova demokratije i pravne države. Samouprava u lokalnim zajednicama obično je propisana ustavom određene zemlje (Thapa, I., 2020).

Koliko je značajna lokalna samouprava svjedoči i usvojena Evropska povelja o lokalnoj samoupravi iz 1985. godine od strane Evropskog savjeta koja garantuje osnove lokalne demokratije, razrađujući i najvažnije elemente statusa lokalne samouprave. Najviše usluga građani i pravna lica dobijaju na nivou lokalne samouprave (opština i gradova) (Srivastava, 2016).

Teško je doći do potpune definicije javne uprave, zbog velikog broja zadataka kojima se bavi. Različiti autori su pokušali definisati što je to javna uprava:

- pa neki kažu da su to svi poslovi povezani sa vladom,
- drugi navode da se javna uprava sastoji od svih onih operacija koje imaju za svrhu ispunjenja ili provođenja javne politike,
- treći navode da je to detaljna i sistemska primjena zakona,
- neki navode da javna uprava nije ništa drugo nego politika, praksa, pravila i propisi koji se koriste u nekoj zemlji itd. itd. (Radivojević, M., 2012).

Većina se slaže da javna uprava pokriva tri grane državnog aparata: izvršnu, zakonodavnu i sudsku vlast – praksu.

Kako bismo u ovom radu mogli pratiti kako javna uprava pruža usluge, navodimo jednu od njenih definicija koja, po našem mišljenju, najbolje opisuje njen rad i ulogu: “Javna uprava je sistem organa, organizacija i tijela i međuzavisan skup odgovornosti, poslova i zadataka, posebno povezanih i vođenih sa ciljem primjena pravnih organizacijskih normativnih instrumenata, metoda upravljanja, procesa i postupaka radi zadovoljenja uslužnih potreba

svojih korisnika. Osnovne, temeljne funkcije su: uslužne, regulatorne, organizacijske i izvršne” (Kavran, 2003).

Ovdje ćemo se baviti samo jednom njegovom funkcijom – uslužnom, a to je pružanje usluga korisnicima. Korisnici usluga javne uprave su pravna i fizička lica te svi oni koji smatraju da ne pripadaju ni jednoj od ovih skupina korisnika, a dobijaju usluge (Bellochio, L., 2016)

U ovom radu mi ćemo se koristiti konstatacijom da javnu upravu čine organi uprave i jedinice lokalne samouprave (opštine i gradovi) koji daju javne usluge svojim građanima. Pod javnom uslugom ovdje podrazumijevamo usluge isporučene od strane javne uprave pravnim i fizičkim licima.

Da bismo vidjeli da li korisnici usluga žele samousluživanje i određene ponuđene usluge, proveli smo jedno istraživanje čije rezultate prezentujemo u nastavku rada.

3. REZULTATI PROVEDENOG ISTRAŽIVANJA

Da bismo mogli sagledati da li korisnici usluga žele samousluživanje ili dobijanje usluga koje im trebaju a nisu ih tražili, proveli smo istraživanje na uzorku od 1.267 korisnika. Željeli smo ustanoviti da li korisnici usluga žele da dobiju uslugu na računar, tablet ili mobilni telefon.

Istraživanje je provedeno u prva tri mjeseca ove (2023) godine. Nosilac istraživanja je bio Internacionalni univerzitet Travnik – Bosna i Hercegovina, sa konzorcijem više visokoškolskih ustanova. Cilj istraživanja je bio da se sazna koliko su pravna i fizička lica zainteresovana za samousluživanje i koliko su spremni prihvatiti ponuđenu digitalnu uslugu od strane javne uprave, a takođe i da se vidi koliko su zadovoljni sadašnjim načinom usluživanja. U provedenom istraživanju učestvovao je veliki broj redovnih, vanrednih i svršenih studenata. Podaci su prikupljeni putem anketnog upitnika koji se mogao koristiti i u digitalnom i u papirnom obliku. Prikupljeno je 1.267 korektno popunjenih upitnika, podaci su statistički obrađeni uz korištenje IBM SPSS i Microsoft Excel programskih alata.

Pripremljeni upitnik je prilagođen svim uzrastima i onima koji imaju samo završenu osnovnu školu, a i onima sa univerzitetskim diplomama.

U ovom radu navodimo samo mali dio prikupljenih i obrađenih podataka.

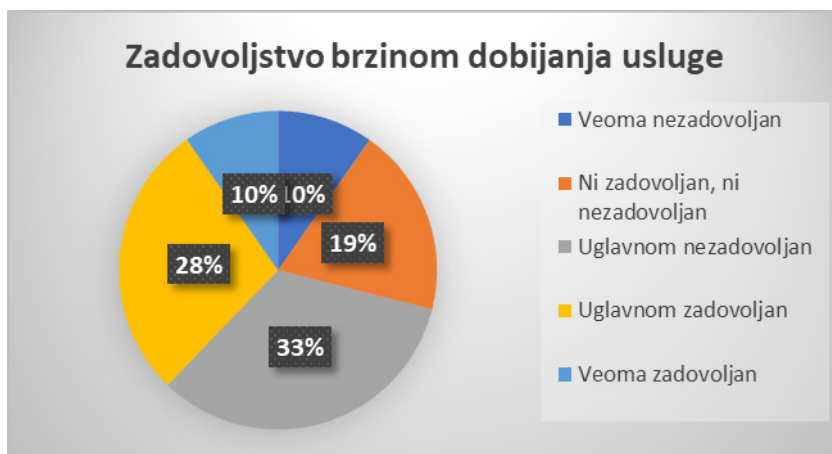
Jedno od anketnih pitanja odnosilo se na starosnu strukturu anketiranih, a ispitanicima je ponuđena starosna struktura u raspona: od 16 do 29 godina, od 30 do 49 godina, od 50 do 64 godine i preko 65 godina. Ovaj podatak nam

je bio neophodan da bismo mogli sagledati mišljenja i uslužne želje različitih starosnih struktura. Od 1.267 ispitanika, njih 488 pripadalo je starosnoj skupini od 16 do 29 godina, 414 ispitanika pripadalo je starosnoj skupini od 30 do 49 godina, a svi rezultati za ovo pitanje prikazani su na slici 1.



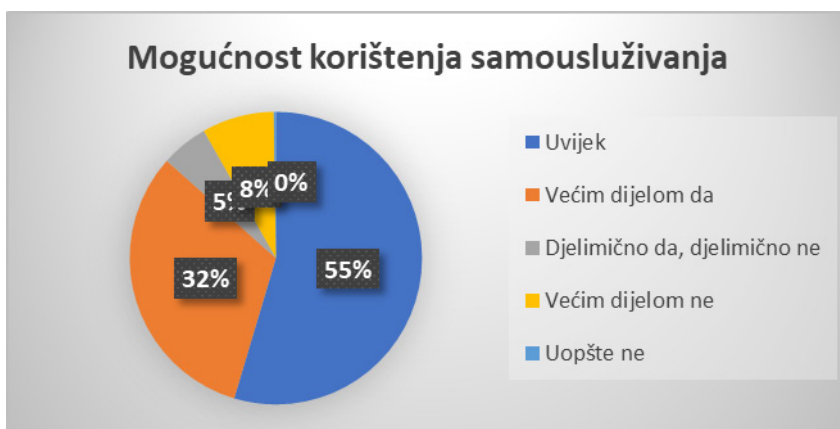
Slika 1. Starosna struktura ispitanika (Izvor: autor rada)

Jedno od pitanja odnosilo se na zadovoljstvo brzinom dobijanja usluga koje sada pruža javna uprava, a ponuđeni odgovori i rezultati prikazani su na slici 2. Može se vidjeti da je 33% (421) ispitanika navelo da je uglavnom nezadovoljno uslugama, a da je veoma zadovoljno uslugom odgovorilo je 10% (123) ispitanika.



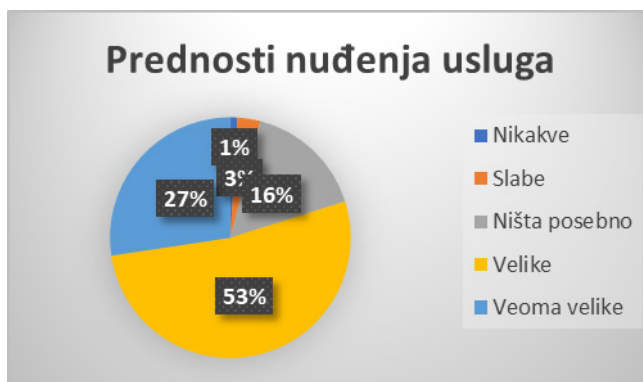
Slika 2. Zadovoljstvo brzinom dobijanja usluge (Izvor: autor rada)

Jedno od pitanja je glasilo: „Ako bi Vam javna uprava omogućila samousluživanje, da li biste ga koristili?” Rezultati i mogući odgovori prikazani su na slici 3. Od 1.267 anketiranih, 692 ili 55% bi ga koristilo uvijek, a od 488 koji su starosne dobi od 16 do 29 godina, njih bi 92% uvijek koristilo samousluživanje. Od 111 anketiranih koji su preko 65 godina, njih 82% ne bi uopšte koristili samousluživanje.



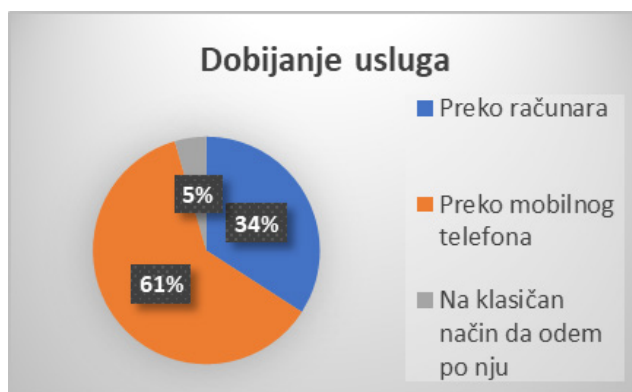
Slika 3. Mogućnost korištenja samousluživanja (Izvor: autor rada)

Na pitanje: „Koje prednosti može obezbijediti nuđenje usluga javne uprave?”, 27% anketiranih, ili njih 347, smatra da su veoma velike prednosti nuđenja usluga od strane javne uprave, a 53% anketiranih smatra da su velike prednosti nuđenja usluga korisnicima od strane javne uprave; 64% onih koji pripadaju dobi od 30 do 49 godina smatraju da nuđenje usluga od strane javne uprave mogu da obezbijede veoma velike prednosti, slika 4.



Slika 4. Prednosti nuđenja usluga (Izvor: autor rada)

Na pitanje: “Ako Vam javna uprava ponudi digitalnu uslugu, kako biste je željeli primiti?” ispitanici su mogli da biraju između sljedećeg: putem računara, putem mobilnog telefona i na klasičan način – doći po nju; 778 ispitanika željelo je uslugu dobiti putem mobitela, a njih 57 uslugu je željelo dobiti na klasičan način, odlaskom po nju. Rezultati ovog anketnog pitanja prikazani su na slici 5.



Slika 5. Dobijanje usluga (Izvor: autor rada)

Navodimo još mali broj rezultata do kojih smo došli u provedenom istraživanju, jer bi navođenje svih prevazišlo potrebe ovog rada.

- Od 1.267 ispitanika bilo je 111 starijih od 65 godina, od čega je 66% vrlo zadovoljno uslugom javne uprave na klasičan način odlaska na određeno mjesto u određeno vrijeme po usluge. Također, 86% starijih od 65 godina ne bi koristilo digitalno nuđenje usluge javne uprave.

- 767 ispitanika smatra da uz određene poteškoće dobija uslugu koju sada pruža javna uprava, dok samo njih 78 smatra da uslugu dobija na jednostavan način.

- U provedenom istraživanju sudjelovale su 604 osobe ženskog pola, od kojih je 79% u anketi odgovorilo da bi željelo dobiti ponuđenu uslugu na svoj mobilni telefon.

- U istraživanju je sudjelovao 651 ispitanik sa višom ili visokom školskom spremom, a njih 94% izjavilo je da općenito nije zadovoljno elektronskom i mobilnim uslugama koje trenutno pruža javna uprava.

- Jedno od pitanja odnosilo se i na vrijeme čekanja na uslugu, a neki od rezultata su: do 10 minuta – 117 ispitanika, od 11 minuta do jednog sata – 376, do 4 sata – 234 ispitanika, od 4 sata do jednog dana – 173, od 1 dana do 60 dana – 302, a preko 60 dana – 65 ispitanika.

Zbog ograničene dužine rada, ovdje smo naveli veoma mali dio rezultata istraživanja, ali se iz istraživanja može vidjeti da mlađa populacija više želi samousluživanje, dok ispitanici srednjih godina više vole nuđenje usluga.

Dobijene rezultate iz provedenog istraživanja nismo mogli upoređivati sa drugim provedenim istraživanjima istog ili sličnog sadržaja jer takvih rezultata koji se odnose na zadovoljstvo digitalnom uslugom, samousluživanjem i nuđenjem usluga u javnoj upravi jednostavno nema. Postoje istraživanja koja pokazuju da je uprava prekobrojna (Peña-López, I., 2016.), da se nove tehnologije nedovoljno koriste (Kim, P., 2017.), da pravne i fizičke osobe mogu samo putem mobilnog uređaja dobiti određene informacije od javne uprave (Linders, D., 2012.) i slično (Chernykh, S., 2020.).

Iz ankete smo mogli vidjeti da 61% anketiranih smatra da usluge javne uprave sada dobijaju sa određenim poteškoćama, da je 66% ispitanika djelimično zadovoljno uslugom koju javna uprava sada pruža, a 53% ispitanika smatra da bi im ponuda usluga donijela velike prednosti.

Cilj koji smo postavili ovim istraživanjem u potpunosti smo ostvarili.

Provedeno istraživanje nam je pokazalo da anketirani od 16 do 49 godina žele da više koriste digitalno usluživanje, a 80% ispitanika smatra da im nuđenje usluga obezbjeđuje velike ili veoma velike prednosti, a da bi 87% ispitanika koristili samousluživanje, pa cijela priča o novim uslužnim rješenjima ima smisla, a o njima u nastavku ovog rada.

4. RAZVOJ DIGITALNIH USLUGA

Da bi poboljšala svoje usluživanje, javna uprava mora da provede značajne administrativne reforme i da poveća svoju efikasnost kroz veće korištenje i primjenu informacionih i komunikacionih tehnologija u svom radu i usluživanju (Ponce, S., 2014).

Već su provedeni značajni koraci modernizacije računarske infrastrukture i informacionih sistema u javnoj upravi (Basu, S., 2004). Sada se radi na razvoju softvera koji implementiraju vještačku inteligenciju, a to predstavlja značajan potencijal za unapređenje elektronske, mobilne i inteligentne uprave (e-m-i-Uprave) (Radivojević, M., (2012). Na različite načine se razmjenjuju iskustava i šire najbolje prakse kako na nacionalnom tako i na međunarod-

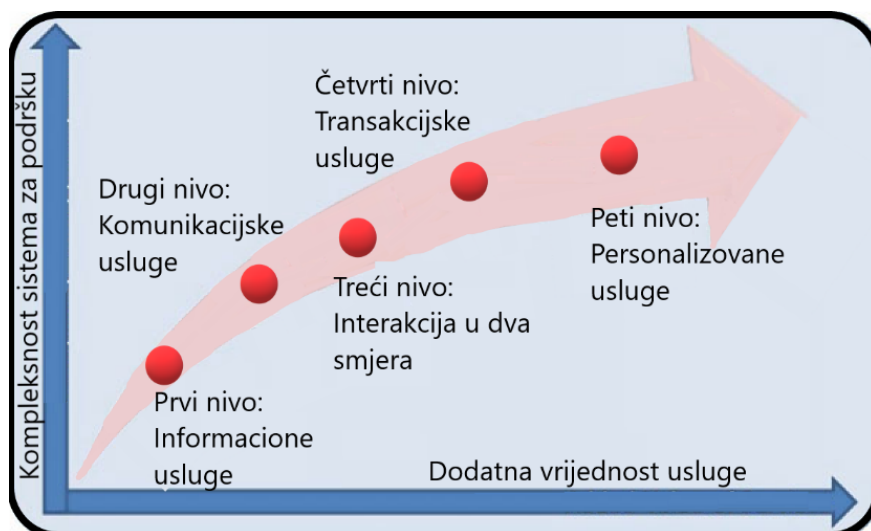
nom nivou novog relevantnog administrativnog znanja.

Javna uprava bi trebalo da provede značajne administrativne reforme. Očekivanja su da će se dijelovi ovih reformi ostvariti kroz dalju implementaciju novih tehnologija u javnoj upravi (e-m-i-Upravu) kao sredstva za povećanje efikasnosti, efektivnosti i transparentnosti njenog rada (Dixon, B., 2016).

Tokom prve faze projekta uvođenja e-Uprave u većini zemalja svijeta, informacione i komunikacione tehnologije (IKT) su uvedene u skoro sva ministarstva, uprave, upravne organizacije i jedinice lokalne samouprave (Gerard, M., 2015). Konkretno, računari su instalirani i opremljeni softverskim aplikacijama za podršku ključnim uslužnim procesima (Goudos, S., 2007). Istovremeno je instalirana potrebna mreža i razvijene web-stranice, portali i određeni informacioni sistemi.

Sredinom osamdesetih godina prošlog vijeka računari se počinju intenzivno koristiti u javnoj upravi. Njihova primjena omogućila je javnoj upravi da ponudi odgovarajuće usluge u digitalnom obliku (Goudos, SK., 2007). Ako posmatramo dodatne uslužne vrijednosti i kompleksnost sistema za podršku usluživanju, možemo vidjeti da je ta digitalna usluga prošla kroz pet nivoa (faza razvoja).

U ovom radu ćemo predstaviti najčešće korišteni koncept razvoja elektronske i mobilne usluge (slika 6). Taj koncept podrazumijeva razvoj digitalne usluge kroz pet faza.



Slika 6. Faze razvoja digitalne usluge (Izvor: autor rada)

• Faza jedan podrazumijevala je davanje **informacije o usluzi**. U ovoj fazi javna uprava nudi korisnicima svojih usluga informativne materijale o tome kako doći do usluge.

• Faza dva podrazumijevala je **komunikacijske usluge** – korisnici usluga mogu preuzeti odgovarajuće obrasce na svoj računar, odštampati ih i koristiti tokom klasičnog načina traženja usluge.

• Faza tri je podrazumijevala **dvosmjernu interakciju**, nude se on-line obrasci za popunjavanje i slanje u digitalnom obliku putem mreže javnoj upravi.

• Faza četiri je podrazumijevala **transakcijske usluge**, a podržava funkcije u kojima korisnik završava digitalne transakcije uključene u uslugu (npr. mobilno ili elektronsko plaćanje za dobijene usluge).

• Faza pet, koja se sada sve više počinje koristiti, podrazumijeva **personalizovane usluge (personalizaciju)**. Pošto se u praksi personalizovane usluge još uvijek u potpunosti ne koriste, smatramo da personalizovane usluge treba da obuhvate: **samousluživanje i nuđenje usluga**. To su upravo one usluge kojim se bavimo u ovom radu. Da bi se te usluge ostvarile, neophodno je uvođenje **inteligentne javne uprave**. Neophodna je implementacija vještačke inteligencije u javnu upravu (Kim, Pauline T., 2017).

Prvi korak koji bi sada trebalo provesti treba da ima za cilj obezbjeđivanje korisnicima usluge **samousluživanja**, a u drugom koraku (fazi) da javna uprava ponudi određene usluge korisniku u pravo vrijeme, na pravom mjestu, a koje su mu u tom trenutku neophodne, i to u digitalnom obliku, a to treba da obezbijedi koncept **nuđenja usluga**.

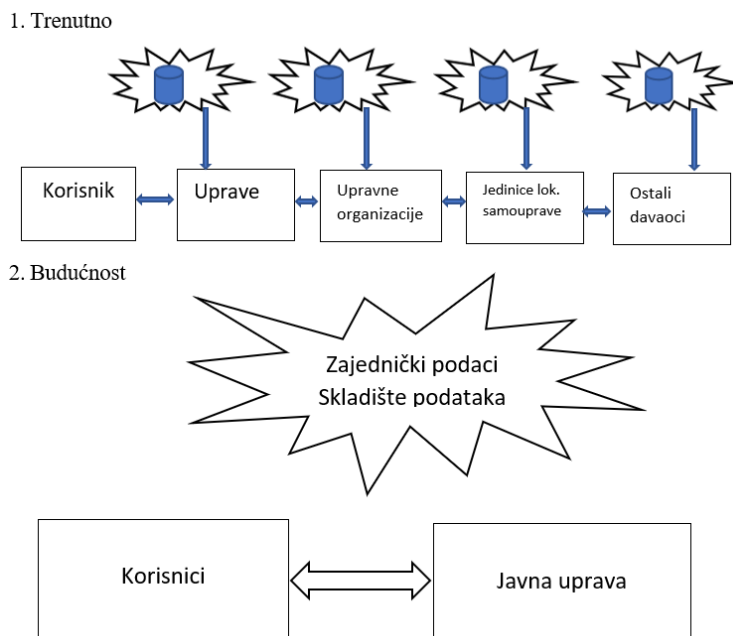
Pod samousluživanjem podrazumijevamo da sam korisnik sebe usluži, da na primjer svoj izvod iz matične knjige rođenih ili posjedovni list ili bilo koji dokument, sam korisnik proslijedi na mjesto gdje se to od njega traži.

Pod nuđenjem usluga podrazumijevamo da javna uprava ponudi određenu uslugu korisniku kada mu je ona neophodna, u pravo vrijeme.

Da bi se mogla obezbijediti i koristiti novo rješenje, neophodno nam je jedinstveno skladište podataka javne uprave. Sada se u svim zemljama u svijetu u javnoj upravi koriste baze podataka u kojima su spremljeni svi podaci neophodni za efikasniji rad i usluživanje. Da bi se korisnicima moglo obezbijediti samousluživanje ili da im javna uprava ponudi odgovarajuću uslugu u trenutku kad im je neophodna, javna uprava mora implementirati jedinstveno skladište podataka javne uprave (slika 7).

Jedinstveno skladište podataka treba da sadrži sve neophodne podatke na jednom mjestu od svih organa i organizacionih dijelova javne uprave. Svi

neophodni podaci javne uprave moraju biti u jedinstvenom skladištu podataka (slika 7).



Slika 7. Jedinstveno skladište podataka javne uprave (Izvor: autor rada)

Javna uprava mora preći sa onog što je trenutno, a to je da svaka vlada, svaka uprava ili uprava organizacija, te jedinica lokalne samouprave (opštine i gradovi), ima svoju izolovanu bazu podataka (Chen, Y., 2016), na koncept jedinstvenog skladišta podataka javne uprave. Jedinstveno skladište podataka javne uprave sadržavalo bi sve podatke javne uprave jedne zemlje na jednom mjestu.

Digitalizacija administrativnih dokumenata i podataka u kombinaciji sa razvojem novih elektronskih javnih servisa građanima i privredi kao ključno pitanje ima potrebu da se ogromna količina podataka koji su pohranjeni u relacionim bazama podataka vlada, uprava, upravnih organizacija i jedinica lokalne samouprave integrišu u **jedinstveno skladište podataka javne uprave**. Smatra se da postojeća rješenja ne zadovoljavaju u potpunosti cilj povećanja efikasnosti i efektivnosti rada (Suray I., 2019). Po tehničkim zahtjevima i po sadržaju, skladište podataka (Chen, Yu, 2016) u javnoj upravi mora biti drugačije organizovano od klasičnih baza u transakcijskim sistemima. Iako je operativna baza njegova pretpostavka, skladišta podataka se u svom dizajnu moraju oslanjati na višedimenzionalni koncept.

Promocija nove elektronske, mobilne i inteligentne uprave (e-m-i-Uprave) treba da uključi razmjenu znanja i iskustava o najboljim praksama kako na regionalnom, tako i na evropskom i svjetskom nivou, a u cilju širenja odgovarajućeg znanja i iskustva (Corvalán, J., 2017.).

Pored jedinstvenog skladišta podataka javne uprave (Lepri, B., 2016), neophodno je implementirati i **baze znanja** u kojoj bi se nalazila sva neophodna znanja neophodna za efikasno obezbjeđenje samousluživanja i nuđenja usluga korisnicima. U bazama znanja nalazila bi se sva zakonska rješenja koja regulišu proces usluživanja, kao i ko i pod kojim uslovima može da dobije određenu uslugu.

Ključni faktor uspjeha cjelokupnog novog sistema usluživanja je funkcionalno, efikasno i jedinstveno skladište podataka i **baze znanja** javne uprave u jednoj zemlji, a kasnije i šire.

5. INTELIGENTNI INFORMACIONI SISTEM JAVNE UPRAVE U REALNOM VREMENU

Jedinstveno skladište podataka javne uprave mora biti dizajnirano tako da inteligentnim softverskim agentima omogući njeno pretraživanje u realnom vremenu. Na osnovu dobijenih podataka, informacija i znanja o potrebama korisnika za uslugom, da im to **inteligentni informacioni sistem javne uprave u realnom vremenu** i ponudi.

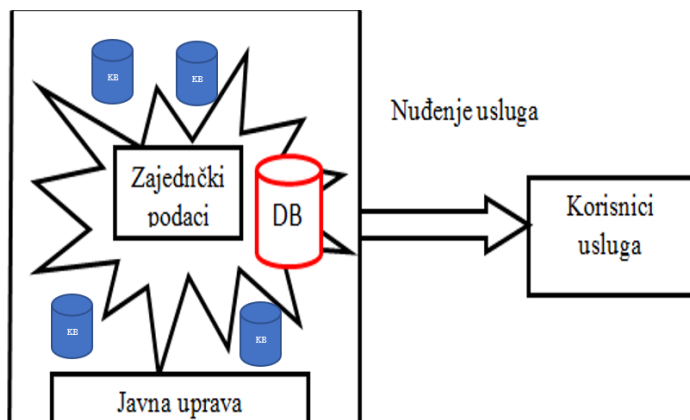
Novi inteligentni informacioni sistem u realnom vremenu u javnoj upravi trebalo bi da se sastoji od dva dijela (Suray, I., 2019), operativnog (uslužnog) i skladišta podataka i baze znanja (analitičkog), čime se postiže izdvajanje procesa za davanje usluga od procesa generisanja – stvaranja same usluge.

Ovakav novi koncept donosi mogućnost aktivnog pronalaženja i nuđenja odgovarajuće usluge određenom korisniku na određenom mjestu u realnom vremenu. Oni organi uprave koji budu prihvatili i koristili novi koncept usluživanja obezbijediće korisnicima usluga zadovoljstvo, a davaocima usluga značajnu strategijsku prednost u analizi modela usluživanja, trendova, alternativa, preoblikovanja uslužnih procesa (Tiwari, S., 2022).

To nije softversko rješenje koje obezbjeđuje bolje obavljanje onog što je obavljeno ranije, nego odgovarajuće sredstvo za obavljanje onoga što se nikad ranije nije ni koristilo, te ni na zadovoljavajući način obavljalo (West,

M., 2018). To je sredstvo preoblikovanja mase odgovarajućih podataka o korisnicima usluga i njihovim potrebama u upotrebljive informacije i znanja koja zadovoljavaju zahtjev: ponuđena prava usluga u odgovarajućem obliku određenom korisniku, u pravo vrijeme, na pravom mjestu, u neophodnoj količini. Novi inteligentni informacijski sistemi u realnom vremenu omogućavaju javnoj upravi da korisnicima usluga ponude neophodnu uslugu kada im je stvarno neophodna.

Inteligentni informacijski sistem javne uprave treba projektovati i implementirati na način da se može na jednostavan način i brzo prilagođavati svim promjenama, provedenim promjenama i zahtjevima u javnoj upravi. Pošto se radi o uslužnoj usmjerenosti (Hiller, J., 2017) pri modeliranju jedinstvenog skladišta podataka javne uprave, treba primjenjivati tehnike koje podržavaju uslužnu orijentaciju, te osiguravaju dovoljnu prilagodljivost da bi se tokom vremena mogli integrisati i podaci, informacije i znanja i iz mogućih drugih izvora (Kaka, S., 2015). Jedinstveno skladište podataka javne uprave treba da bude izvor stabilnih podataka, nezavisnih od eventualnih promjena u uslužnim procesima. Na slici 8 prikazan je neophodni koncept za nuđenje usluga. Pored jedinstvenog skladišta podataka javne uprave (na slici DB), za nuđenje usluga trebaju nam i odgovarajuće baze znanja (na slici KB).



Slika 8. Koncept nuđenja usluga (Izvor: autor rada)

Ako se u javnoj upravi bilo koje zemlje razmišlja o implementaciji jedinstvenog skladišta podataka javne uprave, jedinstvenim bazama znanja, te prelazak na inteligentni informacijski sistem javne uprave u realnom vremenu, treba da se ima u vidu nekoliko činjenica:

- ono mora biti partnerstvo svih,
- treba ga učiniti sigurnim i funkcionalnim,
- organi uprave, korisnici usluga te uslužni partneri moraju razmišljati kreativno i biti uključivi,
- treba da budu spremni na novi način rada, funkcionisanja i usluživanja,
- treba ga izgraditi tako da se može nadograđivati...

Koristeći nove tehnike i alate (softvere) za otkrivanje znanja (Kalogeraki, E., 2016) inteligentni informacioni sistem bi osigurao stalno pronalaženje novih informacija i znanja, zavisno od novonastalih uslužnih uslova i zahtjeva.

Procesi za generisanje informacija i znanja (ekstrakcije, agregacije, analize, izvještaji itd.) tako bi se mogli izdvojiti iz operativnih procesa, što znači da operativni nivo sistema više nije njima opterećen (Corvalán, J., 2017). Na taj način bi jedinstveno skladište podataka javne uprave postalo mjesto prikupljanja i pohranjivanja podataka i izvor uslužnih informacija za generisanje uslužnih potreba određenim korisnicima. To bi omogućilo inteligentnom informacionom sistemu (Mehr, H., 2017) javne uprave u realnom vremenu da ponudi neophodne usluge određenim korisnicima.

6. SAMOUSLUŽIVANJE KAO NOVI KONCEPT DOLAŽENJA DO USLUGE

U ovo vrijeme, nove tehnologije i sve ono što ih prati potaknule su nove ideje za poboljšanje dosadašnjih tehnoloških mogućnosti (Pitoura, E., 2017). Sadašnja ideja je da se poboljša pretraživanje weba – semantičkog weba. Semantički web nastoji ponuditi inteligentnije pretraživanje, a koje se ogleda u razumijevanju značenja mrežnog sadržaja u javnoj upravi (Hidirova, B., 2020). On bi trebalo da uzime u obzir svrhu i kontekst upita. **Semantičko pretraživanje u javnoj upravi** nije neko novo zasebno pretraživanje, već je nastavak razvoja sadašnjih pretraživača (Srivastava, P., 2016). Očekuje se da će semantičko pretraživanje u javnoj upravi u narednom periodu dovesti do poboljšanja funkcionalnosti usluživanja u javnoj upravi, koja bi trebalo da obezbijedi da računari postanu efikasniji u obradi, razumijevanju i prezentovanju podataka i informacija koje se za sada samo prikazuju.

Da bi novo pretraživanje postalo stvarnost, veoma je važno da velika količina različitih podataka, informacija i pravila zaključivanja u skladištu podataka javne uprave budu dostupna u određenom formatu memorisanja (Najmi, E., 2013). Sa njima se može upravljati odgovarajućim tehnologijama semantičkog pretraživanja. Bio nam je nekad potreban pristup podacima i informacijama, ali nam je sada potrebno da možemo pristupiti: izvodima, odlukama, rješenjima, uvjerenjima, saglasnostima, dozvolama, potvrđama, da bismo mogli efikasno koristiti samousluživanje (Regan, Priscilla M., 2017).

Podaci koji su dostupni na web-stranicama organa uprave i jedinica lokalne samouprave su različite strukture, formata, a i sadržaja. Problem je što za sada ne postoji jedinstvena organizaciona šema koja bi omogućila lakši pristup izvodima, odlukama, rješenjima, uvjerenjima i drugim neophodnim dokumentima u procesu samousluživanja. Takav okvir bi učinio pretraživanje jedinstvenog skladišta podataka javne uprave dostupnijim i jednostavnijim za korištenje i upravljanje.

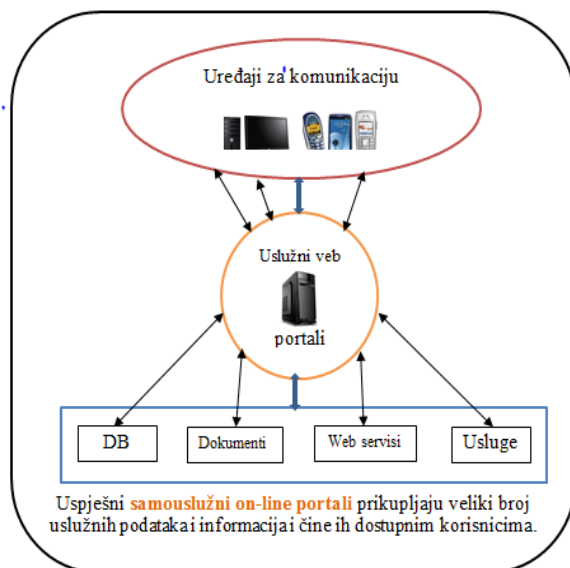
Samousluživanje u javnoj upravi podrazumijeva da korisnik sam sebe usluži, uslugom koja mu je u tom trenutku neophodna (Vincent, J., 2011). Da korisnik sebi obezbijedi neophodni izvod, odluku, rješenje, potvrdu, dozvolu, uvjerenje ili drugi neophodni dokument u digitalnom obliku.

Prilikom korištenja samousluživanja, korisnici bi pristupali jedinstvenom uslužnom portalu i jedinstvenom skladištu podataka javne uprave, a u procesu nuđenja usluga softverski agenti bi iz jedinstvenog skladišta podataka javne uprave i jedinstvene baze znanja nudili korisnicima digitalnu uslugu u trenutku kad im treba i na mjestu gdje se nalaze. Usluga bi im se nudila na njihov računar, tablet ili pametni mobilni telefon (Pitoura, E., 2017).

Na slici 9 prikazan je proces samousluživanja gdje korisnik uz upotrebu svojih digitalnih uređaja pristupa jedinstvenom uslužnom web-portalu i obezbjeđuje za sebe sve ono što mu je dozvoljeno.

Da bi koncept samousluživanja mogao efikasno funkcionisati, korisnik usluga mora da se identifikuje na jedinstvenom uslužnom portalu javne uprave. Ta identifikacija može da se obezbijedi upotrebom elektronskog potpisa, odgovarajuće pristupne kartice ili tokena, te odgovarajućih pristupnih softverskih identifikatora.

Poslije provedene identifikacije, uslužni portal javne uprave može korisniku, uz korištenje semantičkih pretraživača, obezbijediti odgovarajući neophodni dokument koji želi ovaj da proslijedi određenom organu koji je to od njega tražio.



Slika 9. Koncept samousluživanja (Izvor: autori rada)

Da bi javna uprava mogla obezbijediti samousluživanje, neophodno je imati odgovarajuću zakonsku osnovu za koje usluge (tražene dokumente) javna uprava obezbjeđuje samousluživanje.

7. ZAKLJUČAK

Za unapređenje postojećih sistema usluživanja, pored institucionalnih reformi, javna uprava fokus mora staviti na inovacije, najsavremenije tehnologije i sisteme za samousluživanje i nuđenje usluga svim korisnicima (pravnim i fizičkim licima).

Da bi se maksimalno iskoristile mogućnosti koje pruža samousluživanje i nuđenje usluga, moraju se identifikovati prepreke dostupnosti elektronske i mobilne usluge (e-m-Usluge).

Moderna javna uprava zasnovana na elektronskom, mobilnom i inteligentnom radu i usluživanju u kontekstu administrativne reforme i novog javnog upravljanja treba da razvije specifične karakteristike:

–Mora biti orijentisana na rezultate i ne mora se striktno držati formal-

nih pravila i procedura.

–U okruženju koje se stalno mijenja, javna uprava mora uočiti potrebe korisnika usluga i prilagoditi svoje djelovanje u skladu sa tim.

–Više raditi na interakciji javnog i privatnog sektora, te prepustiti dio usluga privatnom sektoru.

U ovom radu bavili smo se samousluživanjem i nuđenjem usluga u javnoj upravi, koje sada mogu da obezbijede nova tehnološka rješenja. Predstavili smo i dio rezultata provedenog istraživanja da bismo mogli sagledati želje korisnika usluga za drugačijim načinom dolaženja ili dobijanja usluga. Provedeno istraživanje pokazuje da je samousluživanje i nuđenje usluga nešto što korisnici sada očekuju od javne uprave.

Naveli smo da je osnova za to jedinstveno skladište podataka javne uprave i baze znanja. Naznačili smo ulogu i značaj inteligentnih softverskih agenata u procesu nuđenja usluga. Nove tehnologije, nova organizacija javne uprave, jedinstveno skladište podataka javne uprave, odgovarajuće baze znanja i inteligentni softverski agenti mogu da obezbijede, efikasnije, jeftinije i brže usluživanje, samousluživanje i nuđenje usluga.

8. LITERATURA

1. Basu, S., 2004. "E-Governance and Developing Countries: An Overview." *International Review of Law, Computers & Technology* 18, no. 1 (2004): 109-132.
2. Balbín, Carlos F. *Un Derecho Administrativo para la inclusión social.* A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, str. 33-59, van./dez. 2014
3. Bellochio, Lucía. *Access to public information in Argentina with particular reference to personal and institutional data protection.* A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 39-51, jul./set. 2016;
4. Brundage, Miles, et al. *Malicious Use of Artificial Intelligence: Anticipation, Prevention and Mitigation.* University of Oxford, 2018, *The misuse of artificial intelligence: prediction, prevention and mitigation,*
5. Dixon, Brian E. "Towards e-Government 2.0: Assessing Where e-Government 2.0 Is and Where It's Going." *Public administration and management* 15, no. 2 (2010): 418.
6. Chen, Yu-Che and Tsui-Chuan Hsieh. (2016). "Big Data for Digital Go-

- vernance: Opportunities, Challenges and Strategies.” In *Politics and Social Activism: Concepts, Methodologies, Tools and Applications*, p. 1394-1407. IGI Global.
7. Chernykh, S. (2020). Contemporary concepts of public administration and institutional risks. *Society and economy*. DOI: 10.31857/S020736760010114-4
 8. Cordella, A. and Bonina, CM (2012). A public value perspective for ICT enabled public sector reforms: a theoretical reflection. *State Information Quarterly*, 29(4), 512–520. doi:10.1016/j.giq.2012.03.004
 9. Corvalán, Juan Gustavo. *Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial*. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, str. 26-66, maj/prije. 2017.
 10. Corvalán, Juan Gustavo. *Inteligencia Artificial y derechos humanos (Parte I)*, *Diario DPI Cuántico, Diario Constitucional y Derechos Humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, n. 157,
 11. Gerard, Michael; Gerald, Gloria. *El libro de la biología*. Madrid: Ilus Books, 2015.
 12. Goudos, SK, Peristeras, V., Loutas, N., and Tarabanis, K. (2007). Public administration domain ontology for semantic discovery of e-government services. In the 2nd International Conference on Digital Information Management, ICDIM 2007. IEEE. <https://doi.org/10.1109/ICDIM.2007.4444233>
 13. Hidirova, B. (2020). The fundamental meaning of information technology in modern economic growth and development. Group: Specialized and multidisciplinary scientific research. DOI: 10.36074/11. 12.2020 in 1.10
 14. Hiller, J., & Blanke, J., (2017). “Smart Cities, Big Data and Privacy Resilience”, *Hastings Law Journal* vol. 68 (issue 2): 309-356.
 15. Kalogeraki, E.-M., Theocharis, S., Apostolou, D., Tsihrintzis, G., & Panayiotopoulos, T. (2016). Semantic approach for representing and examining business processes. In *Intelligent Computing Systems—New Areas of Application* (pp. 87–114)
 16. Kaka, S., (2015), “E-Government Adoption and Big Data Analytics Framework.” 1-28. 35 Power, DJ Using ,Big Data’ for analytics and decision support. *Journal of Decision Systems*, 23(2), 222-228.
 17. Kamensky, J., (2018). “The Role of Artificial Intelligence in the Future of Government.” IBM Center for the Business of Government, 19 Apr. 2018, businessofgovernment.org/node/2686.

18. Kavran, D. (2003.), *Javna uprava*, Beograd, Srbija.
19. Kim, Pauline T. (2017). “Data-Driven Employment Discrimination,” *William and Mary Law Review* Vol. 58 (issue 3): 857-936.
20. Lepri, B., et al (2016). “The tyranny of data? The bright and dark sides of data-driven decision making for social good,” *Transparent Mining for Big and Small Data* , vol. 32: 3-24.
21. Linders, D. (2012). From e-governance to mi-governance: defining a typology for citizen co-production in the age of social media. *State Information Quarterly*, 29(4), 446–454. doi:10.1016/j.giq.2012.06.003
22. Marr, B., 2018. Artificial intelligence and blockchain: 3 main benefits of combining these two megatrends. *Forbes*, March 2, 2018.
23. Mehr, H., (2017) “Artificial Intelligence for Citizen Services and Government”, Harvard Ash Center for Democratic Governance and Innovation.
24. Peña-López, Ismael. “UN e-Government Survey 2016. EGovernment in Support of Sustainable Development.” (2016).
25. PONCE SOLÉ, Juli. *Derecho Público y Buena Administración* . Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. Cita online: 0003/015562.
26. Pitoura, Evaggelia et al. 2017. “On Measuring Bias in Online Information,” *Association for Computing Machinery Special Interest Group on Data Management*, vol. 46 (issue 4): 16-21.
27. Radivojević, M., (2012). *Od elektroničkog poslovanja do poslovne inteligencije u javnoj upravi*. JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, Bosna i Hercegovina, ISBN 978-99938-22-28-8, COBISS.BH-ID 2411288.
28. Regan, Priscilla M. 2017. “Big Data and Privacy,” in *Analytics, Policy and Governance*. Ed by Jennifer Bachner, Kathryn Wagner Hill and Benjamin Ginsberg. New Haven: Yale University Press.
29. Rao, S & Troshani, I, (2007). ‘A conceptual framework and propositions for the adoption of mobile services’, *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, vol. 2, p. 61-73.
30. Roggenkamp, K. (2004) “Development Modules for Unlocking the Potential of Mobile Government: Developing Mobile Government Applications from a User Perspective” in *Proceedings of the 4th European Conference on e-Government*, Dublin, Ireland
31. Thapa, I. (2020). *Public administration: meaning, scope and its nature*. DOI: 10.13140/RG.2.2.33704.80641
32. Theocharis, SA, & Tsihrintzis, GA (2016). *Semantic tools; their use for*

- knowledge management in the public sector. In *Intelligent Computing Systems—New Areas of Application* (pp. 5–37)
33. Tiwari, S., Paul, S., 2022. “Emerging Technologies: Factors Affecting Knowledge Sharing.” *World Journal of Educational Research* (2022).
 34. Soete L., Weehuizen R. *The economics of e-government: A bird’s eye view*. Maastricht University: MERIT, 2003.
 35. Shark, Alan. (2018) “The future is now: Artificial intelligence and robots and what it means for local government.” Public Institute of Technology.
 36. Srivastava, P., 2016. Impact of e-government and e-business on economic performance: a comparative study of developing and developed countries. *Journal of Contemporary Issues in Business and Government*, The 22 (1): 36–50.
 37. Suray I. et al. 2019, Public administration and innovation policy in a networked society, *International Journal of New Technology and Engineering*, Volume-8, Number-4, November, p. 3604-3609.
 38. West, M., (2018) “The Future of Work: Robots, Artificial Intelligence and Automation” Brookings Institution Press.
 39. Wirtz, BW, JC Weyerer & C. Geyer (2019) Artificial Intelligence and the Public Sector — Applications and Challenges, *International Journal of Public Administration*, 42 (7), 596-615.

Prof. Ph.D. sc. Mladen Radivojević

**A NEW CONCEPT OF SELF-SERVICE AND OFFERING SERVICES
IN “INTELLIGENT” PUBLIC ADMINISTRATION**

***Abstract:** In this paper, we deal with a new concept that public administration can offer to its users, which is self-service and offering services. If the public administration wants to provide self-service and offer services to its specific users, it must use the concept of artificial intelligence, which is based on intelligent software agents, a unique public administration data warehouse, and a large number of knowledge bases. Here we observe the application of new technologies in the work and service of public administration, from electronic and mobile to intelligent public administration (e-m-i-Administration). In the paper, we will also list some key elements that must be taken into account when implementing intelligent public administration, as well as self-service and offering services. We will state what is necessary for the public administration to provide self-service and offer services, and what is necessary for the user to use the new concept of obtaining and using digital services. In order to see whether service users, legal and natural persons, are ready to use new types of services and whether they are satisfied with the current way of services, we conducted a certain research, and we will present part of the results in this paper.*

***Keywords:** public administration, self-service, offering services, intelligent systems.*

УДК 351.941:342.7(497.11)

doi 10.7251/PR6723087J

Прегледни научни рад

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА КРОЗ ПРАКСУ ОМБУДСМАНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Др Зоран Јовановић*
Јелена Миливојевић**

***Сажетак:** Аутори се у раду баве питањем заштите људских права анализирајући праксу омбудсмана у Републици Србији. Предмет рада су системи и начини којима се, како на републичком тако и на нивоу јединица локалне самоуправе, пружа заштита људских права, преваходно од поступања органа управе, као и организација којима су поверена јавна овлашћења. Кроз рад аутори ће посебну пажњу посветити поступку који се спроводи пред омбудсманом, карактеристикама поступка као и правним последицама аката које он доноси, а у циљу отклањања неправилности које су за последицу имале актима органа управе повређена права.*

***Кључне речи:** људска права, омбудсман, закон, локална самоуправа, органи управе.*

1. Уводна разматрања

Потреба за заштитом људских права одувек је представљала централну тему приликом анализарања положаја као и поступања омбуд-

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Јована Цвијића 1, e-mail: zjovanovic@jura.kg.ac.rs

** Докторанд на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Локални омбудсман града Крагујевца, e-mail: jelenajovicickg@gmail.com

смана у систему организације државног апарата. Сама идеја о развоју ове установе у свету поникла је на потреби да се ограничи самовоља носилаца власти кроз потребу за спровођењем посебног поступка заштите. Прве државе које су конституисале омбудсмана кроз своје уставно, а касније и законско дефинисање овлашћења омбудсмана, на прво место ставиле су управо то, да је реч о органу који се бави питањем контроле органа управе али и заштите људских права од аката и радњи које они спроводе. Увођењем институције омбудсмана у правни систем Републике Србије, ово питање постаје посебно актуелно како из потребе да се исто устали као механизам заштите, тако и потребе да исти орган нађе своје место у систему организације државне управе.

Централно питање којим се аутори и баве у своме раду тиче се управо организације омбудсмана као посебног органа у правном систему Републике Србије, као и начина и механизма којима је снабдевен у циљу успостављања ефикасног система контроле државне управе. Посебно је значајно напоменути да се овде ради о тзв. хибридном омбудсману, који је снабдевен не само овлашћењем да контролише рад органа управе, већ и средствима за заштиту људских права.¹

Поступак пред омбудсманом управо је и дефинисан тако да се њиме гарантује заштита људских права кроз средства која стоје омбудсману на располагању, а која се тичу испитивања свих релевантних чињеница које су од значаја за рад и одлучивање. Као крајњи резултат поступка, акти које доноси омбудсман усмерени су на исправљање неправилности, али и незаконитости органа и организација на које се предметно питање односи, а којима су повређена или оштећена људска права. Предмет заштите пред омбудсманом могу бити најразличитија људска и мањинска права, па је често при њиховом поступању неопходно да се успостави сарадња и са другим органима и јавним службама која се баве том заштитом. На крају, приликом давања препоруке, мишљења или предлога, омбудсман утиче не само на механизме који су успостављени за заштиту људских права него својим деловањем може да створи посебну и нову праксу у процесу заштите тих права.

¹ Лазаревић, М., *Различите форме хибридног модела омбудсмана са освртом на Заштитника грађана у Србији*, Политичка ревија, Београд, бр. 4/2017.

2. Установљење омбудсмана као посебног органа за заштиту људских права

Развој институције омбудсмана као посебног органа заштите, али и контроле, посматра се полазећи од праксе скандинавских земаља. Сматра се да је Шведска прва држава која је својим Уставом од 1809. године установила омбудсмана као посебног органа који ће се старати о заштити права од самовоље државних органа. Након Шведске, и друге државе почињу да конституишу омбудсмана у својим системима организације управе, па се тако ова установа уводи у правне ситеме Данске, Норвешке, Новог Зеланда и других. Своју експанзију у развоју доживљава у другој половини двадесетог века, када се кроз уставне норме уставновљава у већини држава. Данас омбудсман као посебан орган постоји и делује у нешто више од 140 земаља света.²

На простору бивше Југославије, идеја о развоју ове установе најпре се развила кроз теоријска проучавања истакнутих професора права. Проф. Јовичић је у својој монографији „Омбудсман – чувар законитости и права грађана“³ исказао потребу да се установи посебан орган који ће бити један од инструмената не само за контролу државне управе, већ ће ту функцију вршити црпећи свој легитимитет кроз заштиту људских права. Колика је улога омбудсмана у заштити људских права говори и чињеница да је он уставна категорија и да је кроз конституисање у његову примарну надлежност стављена заштита људских права. У том правцу је и дефинисан као „независан и самосталан државни орган који штити права грађана и контролише рад органа државне управе“.⁴ Омбудсман се стара и о заштити и унапређењу људских и мањинских права и о томе сачињава посебан извештај на годишњем нивоу.

О томе колико је значајан као посебно установљен орган у правном систему Србије, говори и чињеница да није установљен само на републичком, већ и на покрајинском и локалном нивоу. Наиме, сама установа омбудсмана у Србији се развијала у мало другачијем правцу од уобичајене, тако што су прво установљени омбудсмани на локалном и регионалном па тек онда на нивоу Републике. Тако, прво су установље-

² Давинић, М., *Европски омбудсмана и лоша управа*, Београд, 2008, стр. 6–10.

³ Јовичић, М., *Омбудсман – чувар законитости и права грађана*, Београд, 1969, стр. 7–8.

⁴ Исто.

ни Покрајински заштитник грађана, и то 2002. године, па потом и први локални омбудсмани 2003. године. Правни основ за то налазио се у Закону о локалној самоуправи који је једним својим чланом дао могућност јединицама локалне самоуправе да за потребе заштите људских и мањинских права, а у односу на акте и радње органа управе, установе посебан орган. Након доношења новог Устава 2006. године, установљен је и републички Заштитник грађана, коме је дато у надлежност да се на републичком нивоу стара о заштити људских и мањинских права као и да контролише рад органа управе. Годину дана касније, усвојен је и посебан Закон о Заштитнику грађана, којим су подробније дефинисана питања поступања и организације његовог рада. Полазећи од територијалног одређења, можемо рећи да постоје локални, покрајински и национални институционални механизми заштите људских и мањинских права, а који се огледају кроз установљење омбудсмана као посебног органа. Међутим, док је на националном нивоу то уставна и законска категорија, на локалном је само дата као могућност. То значи да од јединица локалне самоуправе зависи да ли хоће или не својим актима установити његово постојање. Због тога данас у Србији постоји знатно мањи број омбудсмана на локалном нивоу у односу на број јединица локалне самоуправе. Без обзира на ту чињеницу, њихов рад је од изузетног значаја тамо где као такви постоје и делују а који се огледа управо кроз поступке које спровode, али и акте које доносе. Посебно је значајно да су омбудсмани обавезни да законодавном телу подносе годишње извештаје о свом раду и тиме указују на стање људских права на нивоу дате јединице локалне самоуправе. Не тако ретко, дешава се да управо кроз те своје извештаје омбудсмани укажу на потребу за широм реакцијом у домену заштите људских права.

Постојање омбудсмана као посебног органа за заштиту људских права значајно је и са аспекта имплементације међународних система. Овде се мисли на препоруке УН као и на акте које његова тела доносе, а која захтевају ратификацију и имплементацију на националном и локалном нивоу. Тако је на једном од последњих заседања генералне скупштине УН 2020. године упућен позив државама чланицама да се придржавају препорука Венецијанске комисије и да у том циљу размотре „јачање и стварање независности и аутономија институције омбудсмана и медијатора на националном нивоу а где је то могуће и на регионалном и локалном нивоу“. Да је једна таква међународна институција посветила пажњу питању јачања институције омбудсмана, говоре и препоруке које

је Савет УН за људска права дао многим државама чланицама, а која се, између осталих, тичу и унапређења заштите људских права кроз институцију омбудсмана.⁵

У правном систему Србије, Заштитник грађана има законско одређење и тачно утврђене надлежности у погледу заштите људских права. Тако је чланом 2 Закона о заштитнику грађана предвиђено да обавља послове националног механизма за превенцију тортуре, затим послове националног независног механизма за праћење Конвенције о правима особа са инвалидитетом, као и послове националног известиоца у пословима трговине људима, али и положај посебног тела које штити, промовише и унапређује права детета.⁶

Локални омбудсмани у својој надлежности баве се заштитом људских и мањинских права од органа управе, утврђују повреде учињене актима, радњама или нечињењем ако се ради о прописима и актима јединица локалне самоуправе.⁷

3. Поступак за заштиту људских и мањинских права пред омбудсманом

Поступак пред омбудсманом у правном систему Србије може се дефинисати као тзв. квазиуправни поступак јер има елементе како управног поступка, тако и примесе судског и медијаторског поступања. Основна карактеристика јесте тајност поступка која је апсолутна, јер обавезује не само омбудсмана, већ и све запослене у служби, како за време вршења функције, тако и по истеку исте. Тајност се односи на све чињенице и околности до којих у своме раду дође омбудсман. Имајући у виду примарни циљ деловања, а то је успостављање заштите људских права од неправилног и незаконитог поступања носиоца управе, видимо да ова особеност има и те како свога оправдања. Друга карактеристика поступка пред омбудсманом огледа се у његовој економичности. Наиме, поступак је у потпуности бесплатан, те стога не постоје било какви трошкови по странку.

⁵ Кларић, А., *Институција локалног омбудсмана – упоредна искуства из свијета и у граду Београду*, Администрација и јавне политике, бр. 1/2020, Београд, 2020, стр. 93.

⁶ Закон о Заштитнику грађана („Сл. гласник РС”, бр. 105/2021).

⁷ Закон о локалној самоуправи („Сл. гласник РС”, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон, 47/2018 и 111/2021 – др. закон).

Поступак се покреће по захтеву странке или на сопствену иницијативу. До сада, пракса је показала да се у највећем броју случајева поступак покреће по захтеву странке. Омбудсман на локалном нивоу, за разлику од републичког Заштитника грађана, има територијално ограничење свога деловања на односну јединицу локалне самоуправе за чије потребе је и установљен. Поступак се покреће путем акта који се зове притужба и обично је у форми писменог обавештења о праву које је повређено као и чињеницама које су од значаја за његово решавање. Док је код републичког Заштитника грађана дата могућности свим физичким и правним лицима на покретање поступка, па чак и детету узраста од десет година, дотле је активна легитимација за покретање поступка код локалног омбудсмана дата само пунолетним физичким лицима, као и правним лицима.⁸ Оно што је обележје оба поступка јесте немогућност покретања поступка по анонимним пријавама. Ова карактеристика има своје оправдање ако се узме у обзир чињеница да се у поступку пред омбудсманом управо утврђује постојање или повреда људских права. Заједничка карактеристика оба поступка је садржина притужбе под којом се подразумева упућивање на орган на чији рад се односи, опис повреде права, чињенице и доказе које поткрепљују наводе из притужбе.⁹

Такође, заједничко за оба поступка је и одређење рока за поступање по поднетој притужби. Како код републичког Заштитника грађана тако и код локалног омбудсмана, рок за поступање је петнаест дана од дана подношења притужбе. Терет доказивања лежи на подносиоцу притужбе, који често уз исту доставља сва документа и податке којима располаже у вези са предметом. Ипак, поред предлога доказа које доставља сама странка, и сам омбудсман је снабдевен овлашћењима за прикупљањем истих. У погледу самог покретања поступка пред омбудсманом на локалном нивоу, јако је значајно назначити и чињеницу да се поступак не покреће по анонимним притужбама. Ово је у складу са начелом економичности и целисходности поступка, али рекли бисмо и правичности, јер само поступање подразумева и одређени степен ангажовања других органа и организација које су директно повезане са радом и поступањем

⁸ Закон о Заштитнику грађана („Сл. гласник РС”, бр. 105/2021).

⁹ Садржина притужбе је предмет одлука којима се уређује поступак како пред Заштитником грађана тако и локалним омбудсманима, док је код републичког Заштитника грађана ово питање уређено самим законом, а то је код локалних омбудсмана остављено да скупштине јединица локалне самоуправе то саме уреде својим одлукама.

омбудсмана, па се стога оваква одредница у одлукама јединица локалне самоуправе сматра изузетно значајном.

Када је упућена притужба, следећи корак је испитивање основности исте. То подразумева обавезу на поступање омбудсмана у року од петнаест дана од дана подношења. У поступку по притужби омбудсман може исту одбацити, усвојити или одбити.

Притужба се одбације у случајевима ако се поступајући по истој у поступку утврди да не садржи податке на основу којих се подносилац са сигурношћу може утврдити, не садржи друге прописане податке, а подносилац не допуни притужбу ни у накнадно остављеном року, ако се односи на рад републичких органа односно служби, ако се односи на рад скупштине јединице локалне самоуправе или градоначелника или градског већа, да је поднета после рока за поступање, да се ради о поновљеној притужби или да нису искоришћена редовна правна средства, као и у другим случајевима који су утврђени одлукама јединица локалне самоуправе. Приликом обраћања омбудсмана органу, односно служби се оставља рок за достављањем података, који не може бити дужи од петнаест дана. Ако орган односно служба не поступи у остављеном року, онда се црпи овлашћење из контролне функције омбудсмана, а које се тиче обавештења надзорног органа о његовом непоступању.¹⁰

У случајевима када се у току поступка пред омбудсманом утврди да нису повређена права грађана или да нема неправилности у раду органа, односно службе, доноси се одлука о обустављању поступка. Локални омбудсман може обуставити поступак у следећим случајевима: ако се утврди да је у току поступка орган односно служба отклонила повреду или недостатке на које се притужба односи, ако је подносилац притужбе задовољан одговором органа или службе, а у погледу предмета притужбе, ако подносилац одустане од притужбе или не покаже интерес или је након притужбе покренут други одговарајући поступак.¹¹

У случају када није обустављен поступак нити одбачена притужба, омбудсман доноси одлуку којом окончава исти. Одлука се доноси у форми мишљења, предлога и препоруке. Одлука се доноси искључиво у случајевима када је у току поступка омбудсман утврдио постојање повреде права грађана актима, односно радњама органа, односно слу-

¹⁰ Одлука о локалном омбудсману града Крагујевца (“Сл. лист града Крагујевца“, бр. 27/2019 и 37/2021).

¹¹ Исто.

жби органа јавне власти. Приликом доношења одлуке оставља се рок од петнаест дана да се по истој поступи, а ради отклањања утврђених неправилности. У случајевима када се ни у остављеном року не отклоне неправилности у раду органа односно службе, о непоступању се обавештава орган који врши надзор над радом.

Док је Законом о Заштитнику грађана дато право да предлаже престанак функције њиховим носиоцима у систему јавне управе у случајевима из своје надлежности, дотле се на локалном нивоу не даје такво право. Међутим, у скупштинској процедури је тренутно Закон и изменама и допунама Закона о локалној самоуправи, којом се управо у овом делу предвиђа овлашћење локалних омбудсмана да предлажу разрешење начелника управа у случајевима када у своме поступку утврде постојање повреде права које такав захтев изискују. На овом месту се поставља питање јачине легитимитета које ужива омбудсман да својим актима може да утиче на организацију управе односне јединице локалне самоуправе. Сматрамо да је на овом месту неоподно нагласити потребу за јачањем положаја који они уживају а који се разликује у појединим јединицама локалне самоуправе. Детаљније нормативно уређење положаја, избора, организације локалних омбудсмана, регулисано је актима самих јединица локалне самоуправе у којима они делују као институција.¹²

Анализирањем аката јединица локалне самоуправе наилазимо на разлике у погледу услова за избор, положаја у систематизацији радних места, овлашћењима и дужини трајања мандата. У погледу статуса локалних омбудсмана, уочава се разлика која иде у правцу питања да ли је локални омбудсман посебан орган у систему локалне самоуправе или није. На овом месту се уочава различито нормирање између појединих јединица локалне самоуправе у којима је локални омбудсман нормиран статутом као посебан орган јединице локалне самоуправе, до оних јединица локалне самоуправе у којима је локални омбудсман у статусу изабраног лица. Овим питањем се у својој пракси бавио и Уставни суд Србије, који је у једној својој одлуци изашао са ставом да је реч о посебном органу општине, односно града, који независно и самостално обавља послове заштите права грађана, тако што контролише рад органа и јавних служби утврђујући повреде

¹² Закон о локалној самоуправи („Сл. гласник РС”, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон, 47/2018 и 111/2021 – др. закон).

прописа општих аката јединице локалне самоуправе које ови органи и службе учине својим актима, радњама или нечињењем.¹³

Разлог за то је првобитно у факултативности његовог одређења од стране самог законодавца. Како је локални омбудсман предвиђен само једним чланом Закона о локалној самоуправи и при томе дефинисан само као могућност, а не као обавеза јединица локалних самоуправа, то је условило и разноликост његовог не само постојања, већ и нормативног регулисања. Поједине јединице локалне самоуправе вешто користе управо ту могућност као оправдање за његовим неустановљењем, а при томе као додатни разлог наводе и финансијски елемент. То са једне стране има и оправдања, посебно ако се има у виду чињеница да је за постојање институције локалног омбудсмана као посебног органа који функционише са посебном стручном службом, неопходно да односна јединица локалне самоуправе у свом буџету издвоји за то потребна средства. Можда је један од начина превазилажења тог проблема финансирања посебног органа, посебно код мањих јединица локалне самоуправе, управо у повезивању са другим јединицама локалне самоуправе, на шта нам и сам Закон даје право. Осим тога, посебно је важно одредити статус који локални омбудсман има. Несумњиво је да је локални омбудсман функционер јединице локалне самоуправе, али се овде намеће питање да ли је статутарно и нормативно добро дефинисан статус локалног омбудсмана као посебног органа јединице локалне самоуправе. Ако је статут акт најјаче правне снаге у јединицама локалне самоуправе којим се предвиђа постојање локалног омбудсмана као посебног органа у систему локалне самоуправе, онда се одлукама само подробније регулишу питања везана за надлежност, организацију рада локалног омбудсмана, поступак пред истим као и начин избора.

4. Правне последице аката омбудсмана на систем заштите људских права

Приликом одлучивања о односном питању и окончања поступка, омбудсман доноси акте у форми препоруке, предлога и мишљења. Заједничко свима је да немају обавезност, али да се оставља додатни рок од петнаест дана да се орган изјасни о утврђеним неправилности-

¹³ Закључак Уставног суда Републике Србије, бр. IУо-90/2021 од 15.06.2022. године.

ма, али и да их отклони. Оно што је посебно значајно, а тиче се решавања по питањима заштите људских и мањинских права, јесте сарадња са другим органима и организацијама које се овом заштитом баве. Тако је од значаја напоменути и поступање Републичког повереника за информације од јавног значаја, као и Повереника за заштиту родне равноправности. Практика омбудсмана, како на локалном нивоу тако и на републичком, показује да су случајеви њиховог заједничког поступања у односним предметима од изузетног доприноса јачању система заштите људских права.

Осим напред наведеног, на међународном нивоу од посебног значаја је пракса и деловање омбудсмана на унапређењу и заштити људских и мањинских права. Тако је тема имплементације међународних аката у области људских права тренутно централно на скоро свим седницама органа и тела у саставу УН. Једна од последњих у низу сесија била је управо на тему имплементације механизма заштите људских и мањинских права на локалном нивоу. Као резултат овакве теоријске експертизе наводе се примери појединих држава које су управо кроз праксу омбудсмана успеле да мапирају неправилности, али и на тај начин убрзају развој посебних механизма за заштиту.¹⁴

На овом месту поставља се питање на који начин омбудсмани у Србији могу допринети јачању, али и развоју постојећих механизма заштите људских права. Један од првих у низу је, свакако, извештај о стању људских права које су у обавези да подносе законодавном органу најмање једном годишње. Кроз те извештаје, омбудсмани указују на предности, али и недостатке који се јављају у систему заштите људских права. Анализом случајева и директним сагледавањем стања на терену, омбудсмани предлажу начине да се превазиђу баријере за имплементацију посебних механизма заштите рањивих категорија. Са друге стране, путем аката које доносе, директно утичу на исправљање неправилности или незаконитости органа управе који су својим акцијама повредили или угрозили одређена права. На крају, кроз овлашћење да предлажу измене и допуне као доношење нових прописа, директно утичу на правни систем у овом делу.

¹⁴ Конференција коју је организована у оквиру УН под називом „Enhancing capacity-building for local governments to incorporate human rights into all their work“, одржана у Женеви 27. августа 2023. Године.

Проблем који се овде јавља јесте неуједначеност постојања и деловања омбудсмана на нивоу локалне самоуправе. На то указује и њихова пракса тамо где делују и постоје као такви. У оним јединицама локалне самоуправе где не постоје омбудсмани, постоји правна неизвесност у смислу тога ко ће и када пружити заштиту људских права. Углавном се тиме не баве органи управе поред своје редовне надлежности, а и они органи који делују нису снабдевени адекватним механизмима као што је то случај са омбудсманима. У таквим случајевима се грађани обично обраћају републичком Заштитнику грађана, који и води поступак. Овакав проблем управо је један од разлога за подношењем захтева да се сачини посебан предлог закона којим ће се установити обавезност постојања и деловања локалних омбудсмана.¹⁵

На крају, да би акти које омбудсмани доносе имали задовољавајући ефекат, значајно је да их органи коме су упућени и примене. Како омбудсмани нису снабдевени снагом ауторитета у смислу јачине исправе које доносе, то им чини тежим утицај на органе чији рад контролишу. Зато је битно наћи адекватне механизме којима ће омбудсмани бити снабдевени утицајем на органе али и којима ће тиме убрзати заштиту људских и мањинских права.

5. Закључна разматрања

Поступак заштите људских права у правном систему Србије немислив је без постојања институције омбудсмана. Како овај орган постоји на три нивоа организације, то се сматра да је управо његовим одређењем као и овлашћењима које имају доста учињено у правцу успостављања успешних механизма за заштиту људских права. Предности постојања омбудсмана су вишеструке, од ефикасности и економичности поступка који се пред њиме води, до утицаја на рад других органа у систему државне управе, као и имплементацији аката међународних институција. Недостаци су у недовољно одређеном средству деловања аката и јачине које они треба да имају у правном систему. Необавезност препорука, мишљења и предлога које даје омбудсман само су потврда томе.

¹⁵ Кларић, А., *Институција локалног омбудсмана – упоредна искуства из свијета и у граду Београду*, Администрација и јавне политике, бр. 1/2020, Београд, 2020, стр. 93.

Стога је неопходно да се кроз адекватну нормативну регулативу пронађу начини да се „ојача“ положај који омбудсмани имају. Додатни разлог је и чињеница факултативности на локалном нивоу. Како је предметним законом дата могућност за њиховим установљењем на нивоу јединица локалне самоуправе, сматрамо да се у том правцу треба наћи адекватно решење. Један од могућих је и повезивање јединица локалне самоуправе, било кроз уступање послова било кроз формирање заједничких канцеларија, на шта и сам законодавац упућује. Други механизам је доношење посебног закона којим ће се подробније уредити ово питање. То колико је значајан као оран у систему заштите људских права, говори нам и пракса појединих држава које немају своје националне омбудсмани али имају специјализоване омбудсмани за област заштите одређених људских права.

Како се у правном систему Србије говори о тзв. хибрином моделу омбудсмана којим је поверено не само контролисање органа управе, већ и сама заштита људских права, то уређење овог питања изискује посебну пажњу. Као један од начина за учвршћивањем положаја које има у правном систему јесте и детаљније одређивање његове надлежности у погледу тачног навођења у ком домену и којих људских права се тиче. Сматрамо да се тим конкретнијим одређењем или чак установљењем и специјализованих омбудсмана иде у правцу успостављања ефикаснијег система заштите људских и мањинских права.

6. ЛИТЕРАТУРА

1. Давинић, М., *Европски омбудсмана и лоша управа*, Београд, 2008.
2. Јовичић, М., *Омбудсман – чувар законитости и права грађана*, Београд, 1969.
3. Кларић, А., *Институција локалног омбудсмана – упоредна искуства из свијета и у граду Београду*, Администрација и јавне политике, бр. 1/2020, Београд, 2020.
4. Лазаревић, М., *Различите форме хибридног модела омбусмана са освртом на Заштитника грађана у Србији*, Политичка ревија, Београд, бр. 4/2017.
5. Закон о локалној самоуправи („Сл. гласник РС”, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон, 47/2018 и 111/2021 – др. закон).
6. Закон о Заштитнику грађана („Сл. гласник РС”, бр. 105/2021).
7. Одлука о локалном омбудсману града Крагујевца (“Сл. лист града Крагујевца“, бр. 27/2019 и 37/2021).
8. Закључак Уставног суда Републике Србије, бр. IУо-90/2021 од 15.06.2022. године.

Zoran Jovanovic Ph.D.*

Jelena Milivojevic**

PROTECTION OF HUMAN RIGHTS THROUGH THE PRACTICE OF THE OMBUDSMAN IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary: *The author deal with the issue of human rights protection through the practice of the ombudsman in the Republic of Serbia. The subject of the work is the systems and ways in which the protection of human rights is provided both at the national and local self-government levels. Special attention is paid to the procedure, the characteristics of the procedure as well as the legal consequences of the decision implemented by the ombudsmen for the protection of human rights. Especially important issue is implementaion of human rights systems not only national but on the local level of human rights protection.*

Key words: *ombudsman, law, protection of human rights, local self government.*

* Full-time Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, Serbia

** PhD Candidate, The City Ombudsman of Kragujevac

IZAZOVI USPOSTAVLJANJA MENADŽERSKE ODGOVORNOSTI U JAVNOJ UPRAVI U BOSNI I HERCEGOVINI

Prof. dr Nevenko Vranješ*

Prof. dr Vladimir Đurić**

***Rezime:** Klasični sistem rukovođenja karakterističan za bivše socijalističke sisteme i danas preovladava u javnim upravama u zemljama post-socijalsitičke tranzicije. S druge strane, nacionalni sistem upravljanja koji promovira Evropska unija zasniva se najvećim dijelom na menadžerskoj odgovornosti koja se fokusira na rezultate rada i poštovanje pravila te jasne linije razgraničenja u sistemu menadžmenta. Menadžerska odgovornost je institut koji potiče iz poslovne zajednice, a koji sve više dolazi do izražaja u javnom sektoru. U javnoj upravi u Bosni i Hercegovini (na svim nivoima upravne vlasti) menadžerska odgovornost nije ni približno uspostavljena pa se ne može govoriti o njenom razvoju i napretku. Neke obrise menadžerske odgovornosti nalazimo u privatnom sektoru u Bosni i Hercegovini ali se ni tu ne može govoriti o njenoj afirmaciji niti se mogu vršiti poređenja. Postojeći službenički sistemi u Bosni i Hercegovini zasnovani su na zastarjelim i prilično arhaičnim principima koji u osnovi imaju rukovođenje preovlađujuće hijerarhijskog tipa. Nerijetko je poistovjećivanje upravljanja i rukovođenja, što dodatno ugrožava razvoj upravnih organizacija. Predmet rada su izazovi uspostavljanja menadžerske odgovornosti u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini. Rad na bazi iznesenih pretpostavki obuhvata analizu stanja, iznosi najnovije standarde i zahtjeve koji se postavljaju pred javnu upravu u Bosni i*

* Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci.

** Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta Apeiron, Banja Luka.

Hercegovini te nudi konkretne odgovore na identifikovane izazove. U radu se koriste metode analize sadržaja, pravne i komparativne metode.

Ključne riječi: menadžerska odgovornost, javna uprava, rukovođenje, reforma javne uprave i SIGMA-OECD.

1. Pojam i elementi menadžerske odgovornosti

Menadžerska (rukovodna) odgovornost (engl. *managerial accountability*) je složenica koja je sastavljena od dvije engleske riječi. Prema Kembridž rječniku engleskog govornog područja, ne postoji sintagma *managerial accountability*, već se ove dvije riječi tumače svaka za sebe. Riječ *manager* označava lice koje je odgovorno za rukovođenje odnosno upravljanje organizacijom. Kao pridjev, riječ *managerial* označava nešto što pripada rukovodiocu, dakle ima značenja: rukovodna, rukovodilačka, upravna i upravljačka. Drugi dio sintagme, riječ *accountability*, ima sljedeća značenja: odgovornost za rad i situacija u kojoj je neko odgovoran za stvari koje se dešavaju.¹ Često nailazimo i na riječ *responsibility*, koja se u prvom značenju prevodi kao dužnost, a već u drugom ima prevod odgovornost. Ipak, riječ *accountability* označava najveći stepen odgovornosti za nešto što lice radi odnosno obavlja. Takođe za potrebe ovog rada treba terminološki da razgraničimo shvatanje menadžmenta odnosno menadžera u javnoj upravi. Menadžment u javnoj upravi može biti top (vrhunski odnosno vrhovni) menadžment kada se misli na ministre i druge najviše izabrane i/ili postavljene zvaničnike i viši i srednji nivo menadžmenta kada se misli na rukovodeće državne službenike na prvom i drugom nivou upravljanja, bilo da su samostalni ili u sastavu ministarstava. U prvom slučaju govorimo o upravljanju, a u drugom o rukovođenju u javnoj upravi. Upravljanje je najviši mogući nivo koji je od strateškog značaja, dok je rukovođenje operacionalizacija strateškog nivoa zamisli. Stoga najpodesniji prevod za sintagmu *managerial accountability* jeste menadžerska odnosno rukovodna odgovornost (u daljem tekstu: menadžerska odgovornost).

Etimološki posmatrano, riječ menadžment u latinskom jeziku potiče od riječi *manus* što znači ruka, u italijanskom nalazimo riječ *maneggiare*, što označava obuku konja u manježu (objektu), dok u francuskom jeziku riječ

¹ *Cambridge dictionary*, <https://dictionary.cambridge.org>, pristupljeno: 06. 08. 2023. godine.

menage znači bavljenje domaćinstvom.²

Prema Henriju Fajolu, „menadžment predstavlja proces predviđanja, organizovanja, komandovanja, koordinacije i kontrole. To je proces ili funkcija koja je najznačajnija za svako preduzeće i ona obuhvata poslove upravljanja preduzećem. Na početku uspostavljanja menadžmenta kao naučne discipline, termini upravljanje i administracija su korišćeni da označe isti pojam. Sam Fajol je koristio riječ administracija da bi označio pojam upravljanja– menadžmenta. Bilo kako da se definiše, menadžment je složen proces usmjeravanja grupe ljudi u izvršenju određenih poslova i zadataka radi postizanja unaprijed utvrđenih, zajedničkih ciljeva“.³ U tom smislu, menadžment je proces predviđanja, organizovanja, koordinacije i kontrole. Menadžment je proces kojim se u kontinuitetu pokreće i usmjerava poslovna aktivnost radi ostvarenja svrhe poslovanja preduzeća. Rezultat procesa upravljanja je poslovna odluka i njena realizacija kroz poslovnu aktivnost. Menadžment je i stalni proces rješavanja problema s kojim se suočava preduzeće u obavljanju svoje poslovne aktivnosti. U tom smislu, menadžment najmanje obuhvata: planiranje, organizovanje i kontrolu.⁴ Kao što vidimo, menadžment je i u svom terminološkom značenju više okrenut ka poslovnoj zajednici. Svejedno, dobre prakse poslovne zajednice uvijek je moguće, a i potrebno primijeniti u javnoj upravi.⁵ Za potrebe ovog rada, kao što smo već naglasili, menadžment ćemo sagledavati kao rukovođenje, dakle operativni nivo planiranja, provođenja odluka i kontrole u javnoj upravi, a menadžeri su svi oni rukovodioci koji se nalaze na višem i srednjem nivou rukovođenja, dakle, rukovodeći državni službenici u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini (direktori uprava, upravnih organizacija, agencija, njihovi pomoćnici i zamjenici; pomoćnici ministara i državni sekretari).

Veliki je broj definicija menadžerske odgovornosti. Za naše potrebe fokusiraćemo se na ciljno formiranu definiciju menadžerske odgovornosti SI-

² Momčilo Milisavljević, *Savremeni strategijski menadžment, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Megatrend, Beograd, 2007, str. 5.

³ Predrag Dimitrijević, *Menadžment javne uprave, skripta na poslediplomskim studijama na Pravnom fakultetu u Banjoj Luci*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2009, str. 7.

⁴ Momčilo Milisavljević, *op. cit.*, str. 5–6.

⁵ S tim u vezi, u novije vrijeme, čitav jedan koncept uprave nazvan je novi javni menadžment (*New Public Management*). Ovaj koncept *inter alia* podrazumijeva ne samo primjenu dobrih praksi već i potpunu personifikaciju poslovnih ideja, principa i načina upravljanja i rukovođenja na javnu upravu. Šire vidjeti: Dejan Milenković, *Savremene teorije i moderna uprava*, Čigoja, Beograd, 2019, str. 71–76.

GMA-OECD,⁶ na osnovu čijih parametara je potrebno uvesti ovaj koncept u javnu upravu u BiH. Menadžerska (rukovodna) odgovornost sastoji se od jasnog fokusiranja na učinak (rezultat rada) i na poštovanja pravila (vladavinu prava). Drugim riječima, menadžerska odgovornost zahtijeva da se rukovodioci (posebno viši menadžment u javnoj upravi) smatraju odgovornim za rezultate tako što će im se dodijeliti odgovornost, delegirati ovlašćenja za donošenje odluka i dati autonomija i resursi potrebni za postizanje očekivanih rezultata.⁷ Kako menadžerska odgovornost najviše fokusa ima na javne finansije i budžete, izdvojićemo i njeno određenje u tom smislu. Tako, Evropska komisija definiše menadžersku odgovornost kao proces na osnovu kog su rukovodioci na svim nivoima odgovorni i po potrebi dužni da obrazlože odluke i postupke preduzete u ostvarivanju ciljeva organizacije kojom upravljaju.⁸ Drugim riječima, menadžerska odgovornost podrazumijeva odgovornost za dobro finansijsko upravljanje na svim nivoima, što uključuje i adekvatnu organizaciju, procedure i izvještavanje o rezultatima rada organizacije. Lice demonstrira istinsku odgovornost kada: 1) jasno istakne šta namjerava da preduzme, način na koji će to ostvariti i u kojoj mjeri; 2) vjeruje u sve što istakne; 3) ostvari predviđeno i 4) prikaže šta je učinjeno.⁹ Može se konstatovati da je fokus menadžerske odgovornosti raditi zakonito i pravilno da bi se efikasno i djelotvorno postigli željeni rezultati. Tri aspekta su presudna za ovu svrhu: 1) jasna podjela svih zadataka u organizaciji; 2) okvir delegiranja u kome su i odgovornost i ovlašćenja u vezi s tim zadacima delegirani na najniži nadležni nivo na jasan i formalizovan način i 3) sistem izvještavanja, tj. pružanje informacija o finansijskim rezultatima i

6 *Support for Improvement in Governance and Management – SIGMA* je zajednička inicijativa Evropske unije i Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj – OECD (*The Organization for Economic Cooperation and Development*), osnovana radi tehničke, stručne i savjetodavne podrške zemljama Jugoistočne Evrope u reformi njihovih javnih uprava, a u sklopu jačanja kapaciteta za evropske integracije.

7 SIGMA-OECD, *Managerial Accountability in the Western Balkans, A comparative analysis of the barriers and opportunities faced by senior managers in delivering policy objectives*, Paper No 58, Paris, 2018, p. 3.

8 European Commission, *Compendium of the Public Internal Control Systems in the EU Member States, second edition*, Luxemburg, 2014, p. 360.

9 Ц. Тојнисен и Ф. Декер, *Смернице о управљачкој одговорности*, стр. 7, доступно на: <https://www.mfin.gov.rs/sr/o-ministarstvu-1/upravljacka-odgovornost-1>, pristupljeno: 13.08. 2023. godine. U istom dokumentu na str. 9 nalazimo pet najčešćih grešaka koje onemogućavaju efektivnu odgovornost: 1) nepoznate ili loše definisane uloge i zaduženja; 2) nejasna ili nedefinisana očekivanja u pogledu učinka; 3) nepostojanje ravnoteže između očekivanja i kapaciteta; 4) nepostojanje ili neadekvatno izvještavanje o učinku i 5) neprimjenjena prethodna iskustva.

učinku višim nivoima javnog menadžmenta. Faktori koji određuju nivo menadžerske odgovornosti su: upravna (administrativna) tradicija i organizaciona kultura; kompetentnost javnih menadžera i pravni okvir.

2. Koncept menadžerske odgovornosti prema SIGMA-OECD i ocjena stanja u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini

Menadžerska odgovornost je od suštinskog značaja za realizaciju reformi potrebnih za pristupanje Evropskoj uniji (EU), posebno onih na koje se tiču poglavlja 32 pregovora o pridruživanju EU, a odnose se na politiku javnih internih finansijskih kontrola (PIFC). Izvještaj Evropske komisije (EK) o BiH za 2020. godinu, Analitički izvještaj – Mišljenje EK o zahtjevu BiH za članstvo u EU (2019. godine), izričito se pozivaju na značaj menadžerske odgovornosti.¹⁰

Principe javne uprave koje je SIGMA-OECD postavila 2014. godine za zemlje Zapadnog Balkana, a potom revidirala 2017. godine, nazvavši ih Principi reforme javne uprave u zemljama kandidatima i potencijalnim kandidatima za članstvo, menadžersku odgovornost pominju u sklopu reformskih komponenti odgovornost i upravljanje javnim finansijama. U komponenti odgovornost, kao ključni zahtjev ističe se postojanje adekvatnih mehanizama za osiguranje odgovornosti organa državne uprave, uključujući i zakonsku odgovornost i transparentnost. Potom se kao princip broj jedan ove reformske komponente definiše da: „cjelokupna organizacija centralne vlade mora biti racionalna, da prati adekvatne politike i propise i da omogućava adekvatnu unutrašnju, političku, pravosudnu, društvenu i nezavisnu odgovornost“.¹¹ Navedeno, nadalje, znači da upravljačke jedinice izvještavaju o svom radu putem jasnih linija odgovornosti te da se upravljačka odgovornost povećava jačanjem procesa donošenja odluka i njegovim delegiranjem rukovodiocima i starješinama.¹²

U reformskoj komponenti upravljanje javnim finansijama, u okviru principa broj šest koji glasi: „Operativni okvir za internu kontrolu definiše odgovornosti i ovlaštenja, a njegova primjena u budžetskim organizacijama usklađena je sa zakonodavstvom koje propisuje finansijsko upravljanje u javnom sektoru i javnu upravu uopšteno“, dat je pravac razvoja menadžerske odgovornosti. Metodološka analiza ostvarivanja ovog principa obuhvatiće kao izvor informacija, *inter alia*, dokumentaciju o praktičnim koracima koji

10 Uporediti: European Commission, *Analytical Report*, Brussels, 2019, p. 170.

11 SIGMA-OECD, *The Principles of Public Administration, 2017 edition*, Paris, 2017, p. 55.

12 *Ibid.*, p. 55.

su preduzeti kako bi se razvila upravljačka odgovornost u javnim organizacijama, uz prepoznavanje teškoća koje su se pritom javljale.¹³ Dakle, radiće se o kvalitativnom sagledavanju napretka.

Prema principu broj devet u komponenti Upravljanje javnim finansijama: „Svaka javna organizacija provodi internu reviziju u skladu sa dokumentima politike interne revizije, na način koji je adekvatan za organizaciju pri čemu će se analizirati podaci upravljačke strukture i načini delegiranja u organizacijama“.¹⁴ I dalje imamo predviđeno kvalitativno sagledavanje ovog principa. Ovo naglašavamo iz razloga evaluacije, budući da otvara prostor subjektivne procjene eksperta, a što će se pokazati tačnim kod analize Izvještaja o napretku BiH od strane Evropske komisije.

Posebna pažnja se posvećuje menadžerskoj odgovornosti kod interne revizije, pri čemu se naglašava rad zasnovan na učincima, poštovanje preporuka interne revizije, poštovanje planova interne revizije i dr. Najzad, SIGMA-OECD u domenu javnih nabavki ističe značaj menadžerske odgovornosti pri čemu je, između ostalih, ključni zahtjev „dostupnost profesionalne upravljačke funkcije koja se rukovodi vrijednostima i svjesna je integriteta u okviru ugovornih organa i organa koja ostvaruje vrijednost za novac provodeći sve ključne aspekte postupka javnih nabavki na profesionalan i ekonomičan način“.¹⁵

Na osnovu utemeljenih principa i niza indikatora i podindikatora SIGMA-OECD vrši izradu Izvještaja o monitoringu procesa reforme javne uprave. U nastavku rada izdvajamo nalaze i ocjene ove institucije u oblasti menadžerske odgovornosti.

Menadžerska odgovornost za reformske aktivnosti nije sistemski definisana u svim planskim dokumentima koji se odnose na reformu javne uprave.¹⁶ Kao kratkoročna preporuka (za period od 1 do 2 godine), izdata je da vlade na svim nivoima upravne vlasti treba da promovišu menadžersku odgovornost i odgovornost uvođenjem principa delegiranja ovlaštenja za donošenje odluka unutar ministarstava.¹⁷ Interesantno je zapaziti da podindikator: Mehanizmi menadžerske odgovornosti u regulatornom okviru, ima najvišu moguću ocjenu pet od pet (5/5). S druge strane, indikator: Efikasnost osnovnih mehanizama upravljačke odgovornosti za organe

13 *Ibid.*, p. 84.

14 *Ibid.*, p. 91.

15 *Ibid.*, p. 93.

16 SIGMA-OECD, *Monitoring Report, The Principles of Public Administration Reform, Bosnia and Herzegovina*, Paris, 2022, p. 8.

17 *Ibid.*, p. 102.

centralne vlade, ima vrijednost nula od četiri (0/4).¹⁸ Stoga je iz Izvještaja i proizašao zaključak da je donošenje odluka u ministarstvima visoko centralizovano, što je štetno za menadžersko osnaživanje i stratešku ulogu ministara.¹⁹

U dijelu Izvještaja koji se odnosi na upravljanje javnim finansijama, nailazimo na konstataciju: „Regulatorni i operativni okvir za internu kontrolu na državnom nivou i u FBiH i RS je u velikoj mjeri uspostavljen, sa strategijama koje će usmjeravati njen dalji razvoj najmanje do 2025. godine. Međutim, učinkovit nivo implementacije sistema interne kontrole (IC), upravljačka odgovornost unutar budžetskih organizacija i između ministarstava i njihovih podređenih organizacija je ograničena“.²⁰ Indikator koji mjeri stepen do kojeg se sistemi interne kontrole primjenjuju u praksi unutar budžetskih organizacija i između ministarstava i njima podređenih organizacija, te neposredni rezultati u smislu poboljšanja upravljačke odgovornosti i aranžmana upravljanja između ministarstava i podređenih organa imaju vrijednost nula.²¹ U kontekstu ovoga, iznosi se zaključak da je „uvođenje menadžerske odgovornosti jedan od ključnih ciljeva svih razvojnih strategija. Sposobnost unutar strukture budžeta da se identifikuju budžeti za više rukovodioce i dostupnost informacija o učinku su među preduslovima za implementaciju menadžerske odgovornosti. Indikator implementacije je stepen u kojem su ovlaštenja za donošenje odluka unutar institucija delegirana u praksi“.²²

Tragom navedenog konstatujemo da je jedino zadovoljen pravni okvir za uspostavljanje menadžerske odgovornosti, dok je njena operacionalizacija, kako u domenu rukovođenja tako i u domenu upravljanja javnim finansijama, na veoma niskom nivou. Ovakve procjene SIGMA-OECD dijeli i Evropska komisija, što ćemo vidjeti na svim do sada Bosni i Hercegovini dostavljenim, a u nastavku rada (u domenu menadžerske odgovornosti) analiziranim, izvještajima.

3. Stanje i procjena menadžerske odgovornosti prema Izvještajima Evropske komisije o napretku Bosne i Hercegovine

Analizirajući sve dosadašnje izvještaje o napretku Bosne i Hercegovine, već u onom prvom iz 2005. godine, u okviru ocjene komponente Jav-

18 *Ibid.*, p. 103.

19 *Ibid.*, p. 106.

20 *Ibid.*, p. 139.

21 *Ibid.*, p. 158.

22 *Ibid.*, p. 159.

ne interne finansijske kontrole (*Public Internal Financial Control – PIFC*), konstatuje se da je ista neadekvatna, te da je „BiH trebala razraditi i uvesti moderne principe rukovodne odgovornosti i funkcionalno nezavisne interne revizije, s fokusom na ocjenjivanje sistema internih kontrole. Upravljanje i kontrola legalnosti i regularnosti finansijskih transakcija treba se dalje razvijati i koordinirati na harmonizovan način“.²³ Već naredne, 2006. godine, Izvještaj o napretku ponovo ukazuje da način na koji sada funkcioniše PIFC nije odgovarajući te da: „Bosna i Hercegovina mora razraditi i uvesti moderne principe upravne odgovornosti i funkcionalno nezavisnu internu reviziju, sa fokusom na procjenu sistema interne kontrole. Sistem finansijskog menadžmenta i kontrole se mora dalje razraditi i harmonizovati“.²⁴ Godinu dana kasnije, dakle 2007. godine, Izvještaj o napretku konstatuje „ograničen napredak Bosne i Hercegovine na polju finansijske kontrole“.²⁵ Izvještaj o napretku u 2008. godini konstatuje da su zakoni o internoj reviziji na nivou države i entiteta usvojeni, ali da su „pripreme Bosne i Hercegovine u oblasti finansijske kontrole u početnoj fazi te da je i dalje potrebno raditi na statusu institucija glavnog revizora i kvalitetu vanjske revizije“.²⁶ Godinu dana, kasnije, 2009. godine, Izvještaj o napretku primjećuje da postoji napredak Bosne i Hercegovine u oblasti finansijske kontrole, ali da je to sporo, te da su potrebni jači naponi kako bi se poboljšala unutrašnja javna finansijska kontrola i postupanje po revizijskim izvještajima.²⁷ U 2010. godini Izvještaj o napretku detaljno opisuje dostignute novitete u oblasti PIFC-a (donošenje zakona, uspostavljanje centralnih harmonizacijskih jedinica na svim niovima, osim na nivou Federacije BiH, ojačanu internu reviziju, dobar rad spoljne revizije i dr.) ali u konačnom zaključku po ovoj oblasti ipak se konstatuje da je BiH djelimično ispunila ciljeve te da je potrebno dodatno razviti sisteme za finansijsko upravljanje i kontrolu, kao i riješiti pitanje nezavisnosti spoljnih revizora.²⁸ U 2011. godini, Izvještaj o napretku ponovo iznosi zaključak koji nije korespondentan sa ispunjenim zahtjevima i uprkos konstataciji da su uspostavljene centralne harmonizacijske jedinice na nivou države i na nivou entiteta, da su spoljni revizori uspostavljeni i da bilježe napredak, na kraju se ipak zaključuje da je napredovanje sporo, te da je potrebno dodatno razviti sisteme za finansijsko

²³ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2005 Progress Report*, Brussels, 2005, p. 59.

²⁴ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2006 Progress Report*, Brussels, 2006, p. 43.

²⁵ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2007 Progress Report*, Brussels, 2007, p. 47.

²⁶ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2008 Progress Report*, Brussels, 2008, p. 51.

²⁷ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2009 Progress Report*, Brussels, 2009, p. 53.

²⁸ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2010 Progress Report*, Brussels, 2010, p. 52.

upravljanje i kontrolu kao i riješiti pitanje nezavisnosti državne Kancelarije za reviziju.²⁹ Gotovo identične nalaze i konstatacije uočavamo u Izvještaju komisije za 2012. godinu³⁰ kao i 2013. godinu.³¹ Izvještaj o napretku za 2014. godinu konstatuje da „Bosna i Hercegovina još uvijek nema sveobuhvatan program reforme upravljanja javnim finansijama koji bi postavio osnovu za određivanje prioriteta i redoslijeda reformi koji su neophodne u različitim dijelovima sistema upravljanja javnim finansijama. Međutim, trenutno se radi na procjeni javnih rashoda i finansijske odgovornosti što bi se moglo iskoristiti kao polazište za izradu programa reformi“.³² U domenu PIFC-a, zaključak je da je „postignut mali napredak u oblasti finansijske kontrole te da u budućnosti treba uložiti značajne napore za provođenje PIFC-a na svim nivoima. Aktivni koordinacijski odbori će značajno doprinijeti napretku u provođenju PIFC-a i standarda Međunarodne organizacije vrhovnih revizijskih institucija (*International Organization of Supreme Audit Institutions – INTOSAI*)“.³³ Analizom Izvještaja o nepretnu za 2015. godinu uočavamo da se u njemu prvi put Evropska komisija poziva na institut menadžerske odgovornosti, kada konstatuje da „menadžerska odgovornost još uvijek nije ukorijenjena u administrativnu kulturu“.³⁴ Nadalje, ovaj put, Izvještaj finansijskoj kontroli pažnju posvećuje na gotovo tri stranice. Po ovom izvještaju, Bosna i Hercegovina se vraća skoro deceniju unazad uz ponovne konstatacije slabosti u internim i eksternim finansijskim kontrolama, unutrašnjoj i spoljnoj reviziji, a pominje se i nedostatak zaštite finansijskih interesa BiH te zaštita evra od krivotvorenja.³⁵ Razmatrajući odgovornost uprave, Izvještaj o napretku BiH za 2016. godinu iznosi zapažanje da: „složena ustavna rješenja negativno utiču na cjelokupnu organizaciju javne uprave u Bosni i Hercegovini zbog toga što ne osiguravaju jasno utvrđene linije odgovornosti. Pravni propisi koji uređuju strukturu i ovlaštenja različitih organa javne uprave su nejasni i preklapaju se. Rezultat je da više od 40 institucija direktno odgovara Savjetu ministara, a ne svojim resornim ministarstvima. Odgovornost rukovodilaca u institucijama

²⁹ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2011 Progress Report*, Brussels, 2011, p. 51.

³⁰ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2012 Progress Report*, Brussels, 2012, p. 49–50.

³¹ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2013 Progress Report*, Brussels, 2013, p. 47–48.

³² European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2014 Progress Report*, Brussels, 2014, p. 11.

³³ *Ibid.*, p. 51.

³⁴ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2015 Progress Report*, Brussels, 2015, p. 11

³⁵ *Ibid.*, p. 55–57.

još uvijek nije zaživjela u administrativnoj kulturi“.³⁶ U domenu finansijske kontrole, Izvještaj naglašava da je BiH u ranoj fazi priprema u ovoj oblasti. Insistira se na donošenju strategija za upravljanje javnim finansijama, uspostavljanju centralne harmonizacijske jedinice u Brčko distriktu BiH, uspostavljanju pravnog okvira o finansijskom upravljanju i nadzoru u Republici Srpskoj i dr.³⁷ U Izvještaju o Bosni i Hercegovini za 2018. godinu, u osvrtu na odgovornost javne uprave, konstatuje se da: „organizacija i vrste organa javne uprave ostaju nejasni, bez detaljnih funkcionalnih kriterija za razlikovanje nezavisnih organa i organa koja su u sastavu ministarstava. Takođe, ne postoje jasne procedure za uspostavljanje, spajanje ili ukidanje organa javne uprave. Ne postoje jasne linije odgovornosti između institucija. Takođe, donošenje odluka je veoma centralizovano, jer se sa političkog nivoa malo delegira višim državnim službenicima. Nije razvijeno upravljanje učinkom“.³⁸ Nadalje, konstatuje se da su programi reforme upravljanja javnim finansijama usvojeni na svim nivoima vlasti osim u Republici Srpskoj. Preostaje da se usvoji cjelodržavna strategija reforme upravljanja javnim finansijama.³⁹ Izvještaj o Bosni i Hercegovini za 2020. godinu, u poglavlju br. 32 pod nazivom Finansijska kontrola, kreće sa konstatacijom da „EU promovise reformu nacionalnih sistema za upravljanje kako bi se povećala upravljačka odgovornost, dobro finansijsko upravljanje prihodima i rashodima te vanjska revizija javnih sredstava. Pravila finansijske kontrole dodatno štite finansijske interese EU od prevara u upravljanju fondovima EU i euro od krivotvorenja“.⁴⁰ U ocjeni stanja uspostavljanja menadžerske odnosno upravljačke odgovornosti, ovaj izvještaj nema ponovo ni jednu pohvalnu riječ i insistira se posebno na utvrđivanju strateškog okvira za upravljačku odgovornost u unutrašnje finansijske kontrole u javnom sektoru. Veoma slična (gotovo istovjetna zapažanja) nalazimo u Izvještaju za 2021. godinu.⁴¹ Najzad, u posljednjem dostavljenom Izvještaju Bosni i Hercegovini, za 2022. godinu, konstatuje se napredak. Konkretno, „Bosna i Hercegovina je dostigla određeni nivo pripremljenosti u ovoj oblasti. Postignut je dobar napredak u ispunjavanju prošlogodišnjih preporuka, posebno u dobrom provođenju strategija unutrašnje finansijske kontrole u javnom sektoru (PIFC) u oba entiteta. Sekundarno zakonodavstvo i

³⁶ European Commission, *Bosnia and Herzegovina - 2016 Progress Report*, Brussels, 2016, p. 12.

³⁷ *Ibid.*, p. 63–66.

³⁸ European Commission, *Bosnia and Herzegovina 2018 Report*, Strasbourg, 2018, p. 7.

³⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁰ European Commission, *Bosnia and Herzegovina 2020 Report*, Strasbourg, 2020, p. 110.

⁴¹ European Commission, *Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, Strasbourg, 2021, p. 56.

metodologija su ažurirani na svim nivoima i ugrađeni u IT aplikaciju PIFC-a, generišući konsolidovane godišnje izvještaje PIFC-a na svim nivoima“.⁴² U ovoj oblasti izdata je i preporuka da se poboljša relevantno zakonodavstvo o upravljanju javnim finansijama na svim nivoima vlasti kako bi se bolje realizovala upravljačka odgovornost u svim javnim subjektima. Ovdje valja naglasiti da je Savjet ministara na sjednici održanoj 30.07.2022. godine usvojio Sveobuhvatnu strategiju upravljanja javnim finansijama u BiH 2021–2025.

Na osnovu analiziranih izvještaja, zaključujemo da se koncept menadžerske odgovornosti na sveobuhvatan način u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini pojavljuje tek 2015. godine, kada se u izvještajima o napretku menadžerska odgovornost povezuje sa administrativnom kulturom. Nakon toga, uslijedila je konkretizacija shvatanja menadžerske odgovornosti, pri čemu je ona obuhvatila ne samo upravljanje javnim finansijama već i odgovornost rukovodilaca za dodjeljivanje zadataka, mjerenje učinka i efektivnost učinka, kao i neke druge parametre. Operacionalizaciju menadžerske odgovornosti nalazimo u SIGMA-OECD dokumentu iz 2018. godine, od kada se ona ukorjenjuje u reformske komponente javne uprave kako u Bosni i Hercegovini tako i u zemljama Zapadnog Balkana. Takođe, menadžerska odgovornost postaje predmet opsežnijih opservacija kako SIGMA-OECD tako i Evropske komisije ali i nekih drugih subjekata kao što su Svjetska banka (*The World Bank – WB*)⁴³ i Međunarodni monetarni fond (*International Monetary Fund – IMF*).⁴⁴ Ovdje uočavamo interpolaciju finansijskih subjekata u reformu javne uprave, što otvara pitanje opravdanosti ali čini se samo na našem podneblju u kojem još uvijek preovladava model autoritativne i zatvorene javne uprave koja nije u dovoljnom stepenu okrenuta prema građanima i poslovnoj zajednici. Korisnički orijentisana uprava je nešto na čemu međunarodne finansijske institucije insistiraju kada plasiraju kreditna i investiciona sredstva

⁴² European Commission, *Bosnia and Herzegovina 2022 Report*, Brussels, 2022, p. 64.

⁴³ O menadžerskoj poziciji žena i o ženama preduzetnicama vidjeti: *Bosna i Hercegovina: Rodne razlike u iskorištavanju prava i mogućnosti koje nudi društvo, pristupu ekonomskim mogućnostima i zastupanju*, Svjetska banka, Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, Zavod za statistiku FBiH i Republički zavod za statistiku Republike Srpske, Sarajevo, 2015, str. 46–53 i 58–86.

⁴⁴ U svom pismu upućenom vlastima BiH 2016. godine, a prilikom odobravanja zahtijevanog proširenog aranžmana, Međunarodni monetarni fond je insistirao na mjerama za jačanje administrativnih kapaciteta i povećanje efikasnosti javnih institucija na svim nivoima vlasti kao osnove svih ostalih reformi, odnosno ključnog prioriteta za osiguranje fiskalne održivosti i kvalitetno pružanje usluga građanima.

zemljama. Time ove finansijske institucije sebi uzimaju za pravo da ocjenjuju stanje reformi javne uprave pa i da utiču na reformske procese.

4. Strateška projekcija uspostavljanja menadžerske odgovornosti i njeno operativno stanje u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini

Najznačajniji dokument koji bi trebalo da projektuje uvođenje i razvoj menadžerske odgovornosti u svaki sektor javne uprave u BiH jeste Strateški okvir za reformu javne uprave. Trenutni Strateški okvir za reformu javne uprave u Bosni i Hercegovini 2018–2022, čija je implementacija (uglavnom zbog neizvršavanja) produžena do kraja 2027. godine, već u reformskoj komponenti Upravljanje ljudskim resursima polazi od pretpostavke da treba izvršiti izgradnju opštih menadžerskih kapaciteta kako bi se od rukovodilaca moglo tražiti da budu dobri u svojim matičnim oblastima (upravljanje ljudskim resursima, finansije, nabavke itd.), potrebno im je dati priliku da stiču i ispoljavaju svoja opšta menadžerska znanja i sposobnosti (donošenje odluka, motivisanje zaposlenih, strateško planiranje, razvoj politika itd.), jer je to osnovna pretpostavka za njihov uspješan rad.⁴⁵ S tim u vezi je i predviđena mjera br. 6, koja glasi: „Unapređenje kvaliteta opšteg upravljanja u struktura državne službe“, što bi, *inter alia*, podrazumijevalo da će propisima biti uređena provjera rada (kroz analize, eseje, testove za rad, izvještaje o radu) na rukovodećim radnim mjestima koji će biti bazirani na provjeri opštih menadžerskih kompetencija. Sve navedeno će se sagledavati kroz dva indikatora, od kojih je jedan: „Broj rukovodećih službenika koji su prošli obuku o rukovodnim znanjima i vještinama na svim upravnim nivoima“ sa veoma visokim nivoom ambicije ciljne vrijednosti (od 90% njih do kraja 2022. godine).⁴⁶ Takođe, u reformskoj komponenti odgovornost predviđena je mjera br. 1: „Unapređenje organizacijske strukture sistema javne uprave na svim upravnim nivoima“.⁴⁷ U okviru ove mjere predviđeno je uspostavljanje racionalne organizacije javne uprave koja slijedi adekvatne i koherentne politike i propise i omogućava jasne linije odgovornosti. Konkretnije, „unutrašnje upravljanje ministarstvima na svim nivoima treba decentralizovati kroz pružanje jasne zakonske osnove za delegiranje donošenja odluka sa nivoa mini-

45 *Strateški okvir za reformu javne uprave u Bosni i Hercegovini 2018–2022*, Sarajevo, mart, 2018, str. 33. Takođe objavljeno u Službenom glasniku BiH, br. 85/18.

46 *Ibid.*, str. 40.

47 *Ibid.*, str. 43.

stara na višerangirane državne službenike. Među organima uprave na svim nivoima treba uspostaviti kulturu upravljanja orijentisanu ka rezultatima, sa procedurama i praksama kojima bi se osiguralo da organi uprave budu odgovorni za postizanje mjerljivih rezultata i ishoda i da se napredak ka njima mjeri na osnovu indikatora i ciljeva učinka⁴⁸. Za ovakvo nešto predviđeni su SIGMA-OECD indikatori praćenja stanja.

U reformskoj komponenti upravljanje javnim finansijama, ovaj strateški okvir nije predvidio nikakve mjere budući da se stalo na stanovište da „proces evropskih integracija zahtijeva reformu upravljanja javnim finansijama, u skladu s ustavnim nadležnostima, svaki nivo vlasti (institucije Bosne i Hercegovine, Federacija Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine) izradi svoju strategiju upravljanja javnim finansijama kako bi se nakon toga definisao Strateški okvir reformi u upravljanju javnim finansijama u Bosni i Hercegovini 2016–2020. godine“⁴⁹. Akcioni plan za reformu javne uprave kao pripadajući dokument Strateškog okvira za reformu javne uprave predvidio je tri direktne i konkretne aktivnosti koje bi trebalo da dovedu do podizanja nivoa menadžerske odgovornosti, i to: provođenje obuka za rukovodeće državne službenike na svim organizacijskim nivoima o osnovnim rukovodećim znanjima i vještinama; izmjena postojeće / donošenje nove odredbe propisa koji regulišu provjeru rada rukovodećih državnih službenika na bazi ocjene menadžerskih vještina; analiza propisa i praksi za unapređenje odgovornosti rukovodećeg kadra (menadžerske odgovornosti) u javnoj upravi i priprema preporuka za jačanje odgovornosti i njihovo dostavljanje Savjetu ministara/vladama i priprema kurikuluma i obuka trenera u oblasti odgovornosti rukovodećeg kadra (menadžerske odgovornosti)⁵⁰. Ovdje je potrebno naglasiti da se pomenuti Strateški okvir za reformu javne uprave i pripadajući Akcioni plan u naznačenom petogodišnjem periodu gotovo nije provodio zbog odsustva političke volje i dogovora subjekata te blokada rada na nivou institucija BiH

Ključni instrument za delegiranje odgovornosti jesu akti o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mjesta. Oni se mogu smatrati osnovom za razvijanje menadžerske odgovornosti, uz interne akte i rješenja o prenosu ovlašćenja i odgovornosti. Menadžerska odgovornost može funkcionisati

48 *Ibid.*, str. 43–44.

49 *Ibid.*, str. 54.

50 *Akcioni plan za reformu javne uprave*. Takođe objavljeno u: Službeni glasnik BiH, br. br. 85/18.

samo tamo gdje postoje snažni sistemi upravljanja i kontrole, pri čemu je važno omogućiti linijskim rukovodiocima da razvijaju interna pravila i procedure, uključujući dodatne obaveze izvještavanja, u okviru svojih sektora/odjeljenja. Ipak, treba imati u vidu da interna pravila i procedure mogu dodatno birokratizovati organizaciju. Kao i rukovodioci organa, i njima podređeni rukovodioci moraju naučiti da delegiraju ovlaštenja, da vjeruju svojim zaposlenima i da razumiju da će zadržati mogućnost kontrole, čak i ako lično ne donose i ne potpisuju akte. Vertikalno povezivanje organizacionih ciljeva sa pojedinačnim/ličnim ciljevima unutar organizacije ključni je element sistema upravljanja učinkom, u okviru kojeg menadžeri moraju biti u stanju da pravilno i tačno procjenjuju učinak svog osoblja, a ciljevi moraju da odražavaju djelokrug rada jedinice.⁵¹

U domenu finansija, menadžerima se uglavnom daje prilika da pruže početne inpute, ali ishodi procesa formulisanja budžeta za njih su manje jasni. U tipičnom ministarstvu, odeljenje za budžet i finansije (ili ekvivalent) ima zadatak da priprema predloge budžeta. Menadžeri nisu uključeni u rasprave o budžetu / pregovore sa ministarstvima finansija niti se od njih traži da brane svoj budžet u okviru parlamentarnih rasprava. Čak i kada menadžeri imaju sopstveni budžetski program, u mnogim organima javne uprave on se vrlo često uglavnom bavi platama zaposlenih. Budžeti za obuku, putovanja, događaje i druge slične relativno redovne aktivnosti uglavnom su centralizovani u okviru budžetskih organizacija.⁵² U pogledu javnih nabavki, iako postoje službenici za javne nabavke, u većini slučajeva čak i male ugovore o nabavkama potpisuje ministar ili sekretar ministarstva ili direktor agencije ili drugog organa.

Nedostatak izvještavanja o ciljevima i dalje ostaje ključni izazov za razvoj menadžerske odgovornosti. Još jedna važna prepreka razvoju menadžerske odgovornosti kroz izvještavanje je nedostatak vidljivosti linijskih menadžera ili barem njihovih jedinica u izvještajima. Analiza objavljenih izvještaja za BiH pokazuje da oni uključuju numeričke podatke o postizanju konkretnih ciljeva (postavljenih na izlaznom nivou), ali informacije o rezultatima (ishodima) nisu uvijek kaskadno podijeljene kroz institucionalnu strukturu.⁵³

Sve javne organizacije dostavljaju svoje godišnje finansijske izvještaje koji su objedinjeni u godišnji finansijski izveštaj vlade. Njih revidiraju vrhovne revizorske institucije. U izvještajima često nedostaje više analitičkih infor-

51 Nalazi SIGMA-OECD, Paper No 58, Paris, 2018.

52 *Ibid.*

53 *Ibid.*

macija, poput objašnjenja za varijacije u odnosu na budžet i veza sa stvarnim rezultatima ili ishodima rada organizacije. Menadžeri takođe nisu uključeni u finansijsko izvještavanje. U većini slučajeva, finansijsko izvještavanje nije povezano sa godišnjim izvještajima o učinku.

Kao što smo prethodno vidjeli, ocijenjeno stanje menadžerske odgovornosti u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini je u operativnom (provedbenom) smislu na prilično niskom nivou. I dalje u ovom sistemu „živi“ višedecenijski uglavnom monokratski sistem hijerarhijskog i autoritativnog tipa upravljanja i rukovođenja, u kojem je u rukama jedne osobe kako donošenje odluka⁵⁴ tako i izdavanje zadataka ali i odlučivanje o budžetskim sredstvima i ljudskim resursima i naprosto svemu što se dešava u okviru jedne organizacije ma koliko ona složena bila. Jer kako drugačije objasniti situaciju u kojoj ministar kao rukovodilac najsloženijeg organa uprave potpisuje akte krećući se od putnog naloga preko rješenja za godišnji odmor svakom zaposlenom u ministarstvu pa do srednjoročnog plana rada i budžetskog zahtjeva prema vladi. Zamisao i suština novog koncepta menadžerske odgovornosti koji smo opisali jeste u delegiranju odlučivanja, zaduživanja i resursa (budžetskih, ljudskih i svakih drugih). Menadžerska odgovornost podrazumijeva decentralizaciju i delegiranje nadležnosti i ovlašćenja. Nadalje, dodjeljivanje ovlašćenja mora da prati potreban stepen nadležnosti i resursa kako bi se postigli ciljevi i ciljne vrijednosti indikatora učinka. Takođe, potrebno je da postoje i uspostavljene linije izvještavanja u kojima rukovodioci imaju obavezu da izvještavaju nadređene o tome na koji način su izvršena ovlašćenja koja su im dodijeljena. Na nivou Bosne i Hercegovine postoje čak 55 institucija koje su direktno odgovorne Savjetu ministara, a ne nekom od postojećih devet ministarstava. Svakako da je time njihova upravljačka odgovornost upitna jer se Savjet ministara jednom godišnje bavi njihovim izvještajima o radu i planovima rada na jednoj sjednici koja je formalne prirode. Isto tako je i na nivou entiteta. Primjera radi, Vlada Republike Srpske na sjednici u martu mjesecu usvaja sve srednjoročne i godišnje planove rada svih ministarstva, republičkih uprava i republičkih upravnih organizacija. Njihovim se radom kasnije ne bavi uglavnom do naredne godine, barem ne na neki sveobuhvatan i tematski način. Time ovakvi planovi rada ali i izvještaji o radu postaju formalni dokumenti čiji sadržaj nema gotovo nikakve implikacije.

⁵⁴ Širi teorijski okvir principa rukovođenje vidjeti u: Petar Kunić, *Upravno pravo – drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci i Uprava za policijsko obrazovanje, Banja Luka, 2010, str. 185–188.

5. Zaključak

Uvođenje instituta menadžerske odgovornost u javnu upravu u Bosni i Hercegovini je zahtjev koji se postavlja od strane Evropske unije. Ovaj institut najviše dolazi do izražaja u reformskim komponentama odgovornost i upravljanje javnim finansijama. Principi za menadžersku odgovornost, praćenje i evaluaciju dati su od strane SIGMA-OECD. Principi su prilično apstraktni i praćeni su kvalitativnim indikatorima, što prilikom ocjene stanja otvara mogućnost subjektivne procjene.

Bosna i Hercegovina je na svim nivoima upravne vlasti u obje posmatrane komponente (odgovornost i upravljanje javnim finansijama) usvojila adekvatan pravni okvir koji omogućava operacionalizaciju menadžerske odgovornosti. Pri tome, značajan napredak je ostvaren u oblasti upravljanje javnim finansijama (spoljna revizija, interna revizija, centralne harmonizacione jedinice, strateško planiranje, javne nabavke, izvještavanje i finansijska odgovornost). U domenu upravljanja javnim finansijama menadžerska odgovornost je prilično zaživjela i bilježi napredak. U domenu promjene pristupa upravljanju i rukovođenju u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini nije ostvaren gotovo nikakav napredak. I dalje je u funkciji tradicionalni model rukovođenja zasnovan na odlučujućoj volji jednog lica, rukovodioca. Navedeno je u dijametralnoj suprotnosti sa shvatanjem menadžerske odgovornosti u Evropskoj uniji.

U analiziranim ocjenama stanja menadžerske odgovornosti u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini, naročito onim od strane Evropske komisije, uočavamo nesklad između opisanog stanja i zaključne ocjene. Tako, često se navode i nabrajaju realizovani ciljevi uz konstataciju da to i dalje nije dovoljno te da je Bosna i Hercegovina u ranoj fazi reforme javne uprave. Ovakva praksa vodi u destabilizaciju procesa te otvara pitanje cjelishodnosti utvrđenih principa.

Trenutni principi rukovođenja u organima javne uprave u Bosni i Hercegovini su zastarjeli i inkompatibilni sa evropskim modelom menadžerske odgovornosti pa je njihova refoma neminovna.

6. Literatura:

1. Predrag Dimitrijević, *Menadžment javne uprave, skripta na posleddiplomskim studijama na Pravnom fakultetu u Banjoj Luci*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2009.
2. SIGMA-OECD, *Managerial Accountability in the Western Balkans, A comparative analysis of the barriers and opportunities faced by senior managers in delivering policy objectives*, Paper No 58, Paris, 2018.
3. *Cambridge dictionary*, <https://dictionary.cambridge.org>, pristupljeno: 06. 08. 2023. godine.
4. Momčilo Milisavljević, *Savremeni strategijski menadžment, šesto izmjenjeno i dopunjeno izdanje*, Megatrend, Beograd, 2007.
5. Dejan Milenković, *Savremene teorije i moderna uprava*, Čigoja, Beograd, 2019.
6. SIGMA-OECD, *The Principles of Public Administration, 2017 edition*, Paris, 2017.
7. SIGMA-OECD, *Monitoring Report, The Principles of Public Administration Reform*, Bosnia and Herzegovina, Paris, 2022.
8. European Commission, *Compendium of the Public Internal Control Systems in the EU Member States, second edition*, Luxemburg, 2014.
9. Ц. Тојнисен и Ф. Декер, *Смернице о управљачкој одговорности*, <https://www.mfin.gov.rs/sr/o-ministarstvu-1/upravljacka-odgovornost-1>, pristupljeno: 13.08. 2023. godine.
10. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2005 Progress Report*, Brussels, 2005.
11. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2006 Progress Report*, Brussels, 2006.
12. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2007 Progress Report*, Brussels, 2007.
13. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2008 Progress Report*, Brussels, 2008.
14. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2009 Progress Report*, Brussels, 2009.
15. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2010 Progress Report*, Brussels, 2010.
16. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2011 Progress Report*, Brussels, 2011.

17. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2012 Progress Report*, Brussels, 2012.
18. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2013 Progress Report*, Brussels, 2013.
19. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2014 Progress Report*, Brussels, 2014.
20. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2015 Progress Report*, Brussels, 2015.
21. European Commission, *Bosnia and Herzegovina – 2016 Progress Report*, Brussels.
22. European Commission, *Bosnia and Herzegovina 2018 Report*, Strasbourg, 2018.
23. European Commission, *Bosnia and Herzegovina 2020 Report*, Strasbourg, 2020.
24. European Commission, *Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, Strasbourg, 2021.
25. European Commission, *Bosnia and Herzegovina 2022 Report*, Brussels, 2022.
26. European Commission, Analytical Report, Brussels, 2019.
27. *Akcionni plan za reformu javne uprave*, Sarajevo.
28. Službeni glasnik BiH, br. br. 85/18.
29. *Strateški okvir za reformu javne uprave u Bosni i Hercegovini 2018–2022*, Sarajevo, mart, 2018.
30. *Bosna i Hercegovina: Rodne razlike u iskorištavanju prava i mogućnosti koje nudi društvo, pristupu ekonomskim mogućnostima i zastupanju*, Svjetska banka, Agencija za statistiku Bosne i Hercegovine, Zavod za statistiku FBiH i Republički zavod za statistiku Republike Srpske, Sarajevo, 2015.
31. Petar Kunić, *Upravno pravo – drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci i Uprava za policijsko obrazovanje, Banja Luka, 2010.

Nevenko Vranješ, Associate Professor
Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

Vladimir Đurić, Full Professor
Faculty of Law, Pan-European University Apeiron Banja Luka

CHALLENGES IN ESTABLISHING MANAGERIAL ACCOUNTABILITY IN PUBLIC ADMINISTRATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

The introduction of the institute of managerial accountability in the public administration in Bosnia and Herzegovina is a request made by the European Union. This institute is most prominent in the reform components of responsibility and public financial management. Principles for managerial accountability, monitoring and evaluation are provided by SIGMA-OECD. The principles are quite abstract and are accompanied by qualitative indicators, which opens up the possibility of subjective assessment when assessing the situation.

Bosnia and Herzegovina has adopted an adequate legal framework at all levels of administrative authority in both observed components (accountability and public financial management) that enables the operationalization of managerial accountability. At the same time, significant progress was achieved in the area of public financial management (external audit, internal audit, central harmonization units, strategic planning, public procurement, reporting and financial accountability). In the domain of public financial management, managerial accountability has taken root and is making progress. Almost no progress has been made in the domain of changing the approach to management and leadership in public administration in Bosnia and Herzegovina. The traditional management model based on the decisive will of one person, the manager, is still in operation. This is in direct contrast to the understanding of managerial accountability in the European Union.

In the analyzed evaluations of the state of managerial accountability in public administration in Bosnia and Herzegovina, especially those by the European Commission, we see a discrepancy between the described state and the final evaluation. Thus, realized goals are often stated and enumerated with the statement that this is still not enough and that Bosnia and Herzegovi-

na is in the early stages of public administration reform. This kind of practice leads to destabilization of the process and raises the question of the validity of established principles.

Current management principles in public administration bodies in Bosnia and Herzegovina are outdated and incompatible with the European model of managerial responsibility, so their reform is inevitable.

PORESKO SAVJETOVANJE KAO INSTRUMENT ZAŠTITE PRAVA OBVEZNIKA I UNAPREĐENJA PORESKOG SISTEMA

Dr Zorica Drljača*

Apstrakt: Upostavljanje standarda u oblasti prava poreskih obveznika posebno je važno pitanje svakog demokratskog društva, jer to odražava ne samo dostignuti nivo vladavine prava, već i stepen razvijenosti poreskog sistema. Međutim, pitanje cjelovitosti prava poreskih obveznika ne može se posmatrati samo sa aspekta zakonskog određivanja ovih prava, već i sa aspekta njihove zaštite koja se ostvaruje u postupku kod poreskog organa, postupku po pravnim lijekovima (redovnim i vanrednim) i drugim oblicima zaštite. Važan doprinos zaštiti prava poreskih obveznika je ustanovljavanje poreskog savjetovanja kao posebne uslužne djelatnosti, koju obavljaju kvalifikovana i stručna lica – poreski savjetnici. Poresko savjetovanje je nesumnjivo važna djelatnost, koja pokazuje svoj značaj u dvije dimenzije. Prva dimenzija je pružanje pomoći poreskim obveznicima da pravilno razumiju poreske zakone i njihove obaveze, afirmacija prava poreskih obveznika i zaštita ovih prava u poreskom i sudskom postupku. Druga, ništa manje bitna dimenzija, jeste da ova djelatnost doprinosi efikasnosti naplate poreza i drugih fiskalnih dažbina, realizaciji poreske politike, humanizaciji poresko-pravnog odnosa, razvijanju svijesti o značaju oporezivanja i razvoju poreskog morala, te unapređenju cjelokupnog poreskog sistema.

* Prof. dr Zorica Drljača, redovni profesor na Panevropskom univerzitetu Apeiron, Banja Luka, e-mail: drljacaml@teol.net

Cilj ovog rada je istražiti značaj poreskog savjetovanja kao posebne vrste uslužne djelatnosti i veoma važnog instrumenta zaštite prava poreskih obveznika i unapređenja poreskog sistema, uslove za obavljanje profesije poreskog savjetnika i modele normativnog uređenja ove djelatnosti u zemljama regiona i Republici Srpskoj, uz primjenu istorijskog, uporednog i normativnog metoda.

Ključne riječi: *poresko-pravni odnos, poreski obveznik, poresko savjetovanje, poreski savjetnik, zemlje regionalnog okruženja, Republika Srpska.*

UVOD

Sama priroda poresko-pravnog odnosa, koji se definiše kao javno-pravni odnos između dvije određene strane, gdje je jedna strana na osnovu ustavom određenog subjektivnog poreskog prava ovlašćena da od druge strane (poreskog obveznika) traži određeno davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje, a druga strana je dužna da to ispuni ili trpi, ukazuje na to da u ovom odnosu strane nisu ravnopravne. Strane u ovom odnosu nisu ravnopravne iz više razloga, a osnovno je činjenica da se poresko-pravni odnos uspostavlja jednostrano, bez direktne saglasnosti poreskog obveznika, koji kao pojedinac nema slobodu izbora da li će svojstvo poreskog obveznika steći ili ne, već to zavisi od volje poreskog povjerioca (države, entiteta ili drugih javno-pravnih kolektiviteta u zavisnosti od ustavom određenog subjektivnog poreskog prava), koji donošenjem poreskog zakona za određeni oblik poreza utvrđuje ko će se oporezivati, šta će se oporezivati, koliko će se oporezivati. Radi se o vrlo složenom pravno uređenom odnosu, koji sadrži elemente imovinske prirode (plaćanje poreza i sporednih poreskih davanja) i elemente neimovinske prirode koji su sadržani u okviru upravno-pravne komponente poresko-pravnog odnosa, koji se uređuje normama procesnog poreskog zakona.¹

Iako dužnosti obveznika predstavljaju osnovno i suštinsko pitanje kod uspostavljanja poresko-pravnog odnosa, zakonodavac nastoji da uspostavi ravnotežu između velikih ovlašćenja koja imaju poreski organi i njima korespondirajućih obaveza poreskih obveznika, s jedne strane, i prava koja su priznata poreskim obveznicima, s druge strane. Tako je prihvaćen generalan stav u savremenim poreskim sistemima, da prava poreskih obveznika treba da

¹ Tomić. Z. (1991). *Upravno pravo*. Beograd: Nomos, str.73.

budu precizno određena, poštovana i pravilno primjenjivana i da se poreskim obveznicima pruži adekvatna zaštita u ostvarivanju njihovih prava, kao fundamentalnih osnovnih prava u demokratskom društvu.² Prava poreskih obveznika zaslužuju pažnju i iz drugih razloga: velika ovlašćenja poreskih organa stvaraju veliki prostor za moguću zloupotrebu od strane poreskih službenika, a na štetu poreskih obveznika, poresko opterećenje je u današnjim uslovima znatno povećano u odnosu na period od prije nekoliko decenija, poreski zakoni su kompleksni i ne uvijek jasni i razumljivi, broj obveznika se stalno povećava, brojni su podaci o poreskoj i ekonomskoj snazi poreskih obveznika prikupljeni od strane trećih izvora podataka (informacija), nivo razvijenosti informacionih tehnologija pruža mnoge pogodnosti za prikupljanje, obradu i korišćenje podataka o poreskim obveznicima, a samim tim i mogućnost zloupotreba tih informacija, i na kraju, samo poštovanje prava poreskih obveznika podstiče dobrovoljno plaćanje poreza. Osnovna pretpostavka za poštovanje poreskih zakona od strane poreskih obveznika je da oni budu informisani o djelovanju cjelokupnog poreskog sistema i načinu određivanja poreske obaveze, jednom riječi, moraju da razumiju poresku materiju. Upravo pored drugih prava poreskih obveznika (pravo na žalbu, prava na povjerljivost i tajnost podataka, prava na privatnost, pravo na isticanje argumenata i davanje izjave u cilju utvrđivanja pravilnog i tačnog utvrđivanja poreske obaveze, i dr.), pravo na informisanje i pravo na izvjesnost imaju poseban značaj, jer omogućavaju da poreski obveznici unaprijed predvide poreske obaveze koje mogu uticati na planiranje sopstvenih ekonomskih i drugih poslovnih aktivnosti.³

Dakle, složenost poreske materije, osjetljivost same prirode poreza kao osnovnog instrumenta za prikupljanje javnih prihoda kojim se umanjuje ekonomska snaga poreskog obveznika, dinamika promjena poreskih propisa, te povezanost poreske materije sa drugim oblastima prava i ekonomije, a prije svega povezanost sa upravnim pravom, građanskim pravom, poslovnim pravom, prekršajnim pravom, krivičnim pravom, međunarodnim javnim pravom, računovodstvom, u novije vrijeme i sa pravom Evropske unije, opravdava potrebu ustanovljavanja djelatnosti poreskog savjetovanja, koju pružaju stručna i kvalifikovana lica – popreski savjetnici. Oblast poreskog savjetova-

² Drljača, Z., Džakula, M. i Muminović, E. (2022). *Zaštita prava poreskih obveznika u Bosni i Hercegovini*. U Zborniku radova XVII međunarodnog naučnog skupa "Pravnički dani – Prof. dr Slavko Carić", Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, str. 368–379.

³ Drljača, Z. (2022). *Finansije i finansijsko pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron, str. 139.

nja je različito regulisana, u nekim zemljama, posebnim zakonom, a u nekim zemljama, propisima strukovnih udruženja, što ne umanjuje značaj ove djelatnosti i pružanje profesionalnih usluga poreskog savjetovanja, koje je značajno i za poreske obveznike i za poreske povjerioce, odnosno poreske organe koji na osnovu zakonskih ovlašćenja istupaju u ime poreskog povjerioca u poresko-pravnom odnosu.

Međutim, i pored značajne uloge poreskog savjetovanja kao posebne uslužne djelatnosti koja za predmet ima pružanje savjeta i stručne pomoći poreskim obveznicima i unapređenje poreskog sistema, treba naglasiti i da poreski organi sve više računaju na saradnju sa poreskim obveznicima u procesu oporezivanja i opredijeljenost poreskih vlasti u preduzimanju određenih mjera za poboljšanje položaja poreskih obveznika.⁴ Neki od elemenata koji imaju za cilj poboljšanje položaja poreskih obveznika su: određivanje obaveze poreskih organa da poreskim obveznicima pružaju stručnu pomoć u procesu oporezivanja, poboljšan nivo organizacije i modernizacije poreskih službi, uvođenje elektronskog načina komunikacije poreskih obveznika i poreskih organa, što omogućava pristup širokom nizu informacija potrebnih za oporezivanje i potrebu za neposrednim učešćem obveznika u procesu oporezivanja.⁵

ZNAČAJ PORESKOG SAVJETOVANJA

Poresko savjetovanje nije novina, imalo je svoj razvoj kao i druge profesionalne djelatnosti, naravno, ne u sada prepoznatom obliku kao posebna djelatnost koju obavljaju profesionalna i stručna lica – poreski savjetnici, već se njeni prvi oblici javljaju u vidu usmenih savjeta u okviru drugih djelatnosti. Tako, prve oblike usmenog savjetovanja u porezima nalazimo u antičkoj Grčkoj, dok su u srednjem vijeku pisari bili ti koji su, između ostalog, pružali licima određenu pomoć pri ispunjavanju poreskih obaveza, i u tim licima se oslikava začetak savjetovanja i revizije koju poznajemo danas.⁶ U periodu

⁴ Anđelković, M. (1999). *Poresko pravo – Teorijski aspekti i poreske reforme*. Niš: Centar za publikaciju Pravnog fakulteta u Nišu, str. 118.

⁵ Drljača, Z. (2018). *Neki aspekti prava poreskih obveznika u svjetlu poreskih reformi*. Banja Luka: Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Apeiron, br. 8/2018, str. 169–181.

⁶ Dabić, Lj. (2007). *Poresko savjetovanje i poreski savjetnici u zemljama u tranziji*. Beograd: Udruženje pravnika Srbije. Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 12/2007, str. 5–32.

novog vijeka razvilo se trgovačko knjigovodstvo, koje su obavljali stručna lica knjigovođe i računovođe, čiji je zadatak bio da prikažu poreske prihode. Istorijski posmatrano, za prepoznavanje poreskog savjetovanja od posebnog uticaja bila je pojava poreza na dohodak u Engleskoj, kada su se postojeći revizori specijalizovali za poresko savjetovanje. Uvođenjem novih oblika poreza i drugih fiskalnih prihoda, poreski sistem se sve više usložnjavao, i u praksi je nastala potreba za kvalifikovanim davanjem poreskih savjeta, tako da se u XX vijeku poresko savjetovanje razvilo u samostalnu profesionalnu djelatnost. Njemačka se smatra prvom zemljom koja je najpotpunije uredila djelatnost poreskog savjetovanja donošenjem: Zakona o poreskim savjetnicima, Pravilnika o primjeni Zakona o poreskim savjetnicima, Profesionalnog kodeksa za poreske savjetnike i Pravilnika o naknadama za poreske savjetnike. Usložnjavanjem poreskog sistema, te potrebe da se uspostavi saradnja sa poreskim obveznicima, i druge zemlje su, oslanjajući se na zakonska rješenja iz njemačkog poreskog zakonodavstva, uspostavile djelatnost poreskog savjetovanja, uključujući i zemlje iz sastava bivše Jugoslavije.⁷

Danas je u većini zemalja profesija poreskog savjetnika jedna od najuglednijih. Za poreskog obveznika, stručno i profesionalno savjetovanje u poreskim pitanjima znači sigurnost u ostvarivanju prava na dosljednu primjenu poreskih zakona, uz poštovanje principa pravičnosti i nepristrasnosti. Pri tome, treba imati u vidu da efikasnost oporezivanja zavisi od saradnje obveznika i poreskih organa, bez koje ne bi bila ostvarena funkcija poreza kao primarnog instrumenta ekonomsko-fiskalne politike. Izgradnjom povjerenja između subjekata poresko-pravnog odnosa, ublažava se antagonizam između poreskih organa i poreskih obveznika, povećava se efikasnost poreskog sistema, čiji stepen upravo i raste sa učvršćivanjem povjerenja između strana u poresko-pravnom odnosu, pa se sa osnovom ističe da se vještina nosilaca poreske politike ogleda u preduzimanju mjera za povećanjem broja poreskih obveznika koji razumiju i plaćaju poreske obaveze pridržavajući se normi poreskog zakonodavstva.⁸ Razvijanje povjerenja između poreskih organa i poreskih obveznika pod uticajem je više faktora, kao što su: percepcija o nepravičnosti poreskog zakona za neke kategorije stanovništva, nedosljedna i kruta poreska kaznena politika, složenost zakona koja se može ublažiti struč-

⁷ Ilić-Popov, G. (2013). *Poreski savjetnici i njihova djelatnost u poreskom pravu zemalja bivše SFRJ*. Beograd: Institut za uporedno pravo, *Strani pravni život*, br. 1/2013, str. 26–43.

⁸ Bird M, R., Cassenegra, M. (1992). *Improving Tax Administration In Developing Countries*. IMF 1, str. 306–308.

nim objašnjenjima u njihovoj primjeni, nivo kvaliteta pomoći koji se pruža poreskim obveznicima, i dr.

Za poreskog obveznika poresko savjetovanje ima izuzetno značajnu i međunarodnu dimenziju. Naime, u uslovima stvaranja globalnog tržišta i obavljanja poslovnih aktivnosti izvan nacionalnih granica, uloga poreskog savjetnika posebno je značajna kod pružanja stručnih savjeta u izradi poreskog plana poreskog obveznika koji posluje i na tržištu van nacionalnih granica, jer poreski savjetnik treba da poreskom obvezniku ponudi najpovoljniji izbor odgovarajućih zemalja rezidentstva ili oblika investicije, u cilju smanjenja poreskog opterećenja za poreskog obveznika kod oporezivanja „svjetskog dohotka“ a da pri tome ostane u granicama zakona.⁹

Poresko savjetovanje ima posebnu dimenziju i za državu, odnosno njezne poreske organe, jer pretpostavlja veću izvjesnost u naplati poreza, s obzirom na to da u obavljanju svoje djelatnosti poreski savjetnik ima visok stepen odgovornosti i u svom radu je vezan osnovnim načelima koja prate obavljanje njegove djelatnosti: načelom zakonitosti, nezavisnosti, stručnosti i savjesnosti, što predstavlja značajnu garanciju da poreski obveznik koji angažuje poreskog savjetnika neće izvršiti utaju poreza, već da će platiti tačan iznos poreza. Od poreskog savjetnika, koji u obavljanju svoje djelatnosti preuzima ličnu odgovornost za kvalitet usluga koje pruža, očekuje se profesionalno ponašanje, što daje dodatnu garanciju u primjeni zakona i za poreske obveznike i za poreske organe.

Istražujući normativno uređenje poreskog savjetovanja, u zemljama Evropske unije i zemljama koje nisu članice ove međunarodne organizacije, i šire, može se zaključiti da je ta djelatnost različito regulisana, ili nije uopšte regulisana. Ta različita rješenja normativnog uređenja poreskog savjetovanja možemo svrstati u tri grupe: 1) zemlje koje su potpuno uredile poresko savjetovanje i profesiju poreskog savjetovanja posebnim zakonom (npr. Njemačka, Austrija, Hrvatska, Crna Gora u Bosni i Hercegovini – Republika Srpska) ili propisima koje donose strukovna udruženja poreskih savjetnika (npr. Srbija, Slovenija); 2) sistem djelimičnog uređenja poreskog savjetovanja u zemljama, koje prihvataju model da i lica bez kvalifikacija mogu davati poreske savjete ili da mogu pripremiti i predati poresku prijavu za poreskog obveznika, uz obavezu da se navedu osnovni podaci o poreskom obvezniku,

⁹ Drljača, Z., Muminović, E. (2021). Tax Consulting as a Special Type of Service Activiu. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka Univerziteta Apeiron. Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, br. 11/2021, str. 117–133.

da potpišu poresku prijavu, unesu socijalni broj koji se koristi za poreske namjene (u našem zakonodavstvu JIB) i poslodavčev broj, čime je podnosilac prijave ili sastavljač poreskog obračuna, preuzeo odgovornost za ispravnost poreske prijave ili poreskog obračuna (SAD, Australija), i 3) sistem potpunog neregulisanja poreskog savjetovanja kao posebne djelatnosti, zastupljen uglavnom u nerazvijenim zemljama, ali i u nekim vrlo razvijenim zemljama, npr. Holandija, koja nema formalno uređeno poresko savjetovanje, ali ima dvije vrlo moćne organizacije koje se bave poreskim pitanjima i koje je vlada odredila za partnere u raspravama kod utvrđivanja određenih rješenja u poreskoj problematici.¹⁰

UPOREDNI PREGLED UREĐENJA PORESKOG SAVJETOVANJA U ZEMLJAMA REGIONA

Poresko savjetovanje u Srbiji

U Srbiji, poresko savjetovanje nije regulisano posebnim zakonom, već je ova oblast uređena propisima strukovnog Udruženja poreskih savjetnika Srbije, koje je osnovano 2014. godine, u cilju unapređenja i razvoja profesije poreskog savjetnika, sticanja i širenja znanja iz oblasti poreza, računovodstva i revizije. Pravni okvir uređenja djelatnosti poreskog savjetovanja čine: Statut Udruženja poreskih savjetnika, Pravilnik o sprovođenju ispita za poreskog savjetnika, Etički kodeks poreskih savjetnika i Pravilnik o tarifi poreskih savjetnika.¹¹ Članovi Udruženja, pored poreskih savjetnika, mogu biti i računovođe, revizori, advokati i druga lica sa visokom stručnom spremom, koja su zainteresovana za profesionalno usavršavanje i posvećenost razvoju kompleksne oblasti poreza.

Udruženje putem Akademije poreskih savjetnika, koja djeluje u okviru Udruženja, organizuje predavanje po tematskim cjelinama za polaganje ispita za poreskog savjetnika, što obuhvata: 1) uvod u poresko pravo, 2) poreski postupak, 3) pravo privrednih društava, 4) računovodstvo i finansijske izvještaje, 5) poreze u poreskom sistemu Srbije, 6) doprinose, 7) međunarodne sporazume i poresko planiranje, 8) poresku evaziju i poreska krivična

¹⁰ Drljača, Z., Muminović, E., op. cit., str. 120.

¹¹ Propisi dostupni na: <http://.ups.rs.com/organi-udru.htm.ml>.

djela, 9) sprečavanje pranja novca i 10) poresko savjetovanje u EU.¹² Kod određivanja uslova za polaganje ispita za poreskog savjetnika, u Srbiji su određeni fleksibilni uslovi, tako da ispit mogu polagati lica koja ispunjavaju uslove: 1) najmanje visoka stručna sprema (smjer nije određen); 2) tri godine praktičnog iskustva u oblasti poreza, revizije ili računovodstva; 3) da su završili obuku o srpskom poreskom zakonodavstvu koja traje najmanje 48 časova; 4) da nisu pravosnažno osuđeni za krivična djela protiv imovine, privrede i pravnog prometa; i 5) da nemaju izrečenu kaznu zatvora u trajanju od dvije godine ili više. Ispit se polaže samo pismeno (traje tri sata) i obuhvata pitanja iz područja poreskih propisa Srbije. Lice koje stekne zvanje poreskog savjetnika podnosi zahtjev za izdavanje odobrenja za rad (licencu), čime stiče uslove za obavljanje profesije poreskog savjetnika. Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji u članu 17 određena je definicija poreskog savjetnika, na način da je poreski savjetnik – fizičko lice koje obavlja poslove poreskog savjetovanja poreskog obveznika u poreskom postupku, a ukoliko nastupa kao punomoćnik poreskog obveznika mora imati punomoć da prima poreske akte, podnosi poresku prijavu, plaća porez i preduzima druge pravne radnje u poreskom postupku, kao punomoćnik poreskog obveznika.¹³

Udruženje poreskih savjetnika Srbije je od 2019. godine član Evropskog udruženja poreskih savjetnika (Tax Advisers Europe – CFE),¹⁴ što potvrđuje visok stepen uređenosti ove djelatnosti u Srbiji. Prema podacima Udruženja poreskih savjetnika Srbije, odobrenje za rad (licencu) za obavljanje djelatnosti poreskog savjetovanja izdato je za 38 poreskih savjetnika, koji obavljaju djelatnost poreskog savjetovanja, kao preduzetnici ili članovi društva za poresko savjetovanje.¹⁵

¹² Program za polaganje ispita za poreskog savjetnika, dostupan na: <http://ups-rs.com/ispit-za-poreskog-savjetnika.htm>

¹³ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Preuzeto sa: https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_poreskom_postupku_i_poreskoj_administraciji.htmlkancelariju.html

¹⁴ Udruženje evropskih poreskih savjetnika sa sjedištem u Briselu – CFE, osnovano je 1959. godine, u cilju da doprinese koordinaciji i razvoju poreskog zakonodavstva u Evropi, te koordinaciji u promovisanju nacionalnih zakona koji uređuju i štite profesiju poreskog savjetnika. Danas okuplja 33 nacionalna stukovna udruženja u 26 evropskih zemalja. Preuzeto sa: <https://www.taxodviserseurope.org/about-us>

¹⁵ Podaci o broju poreskih savjetnika preuzeti sa <http://ups-rs.com/licencirani-poreski-savjetnici.html>.

Poresko savjetovanje u Sloveniji

U Sloveniji, djelatnost poreskog savjetovanja, kao i u Srbiji, nije regulisana posebnim zakonom, već je ova djelatnost i profesija poreskog savjetnika uređena propisima strukovnog udruženja – Društvo poreskih savjetnika Slovenije (*Društvo davčnih svetovalcev Slovenije – DDSS*), koje je osnovano 1993. godine, kao dobrovoljno udruženje lica koja se bave poreskim savjetovanjem.¹⁶ Ovo društvo kao strukovno udruženje ustanovilo je pravni okvir pružanja usluga poreskih savjetnika, zasnovan na standardima iz djelatnosti poreskog savjetovanja koji su postavljeni od strane Evropskog fiskalnog savjeta, čiji je punopravni član i Društvo poreskih savjetnika Slovenije.¹⁷ Pravni okvir čine: Statut društva, Pravilnik o polaganju ispita za poreskog savjetnika (*Pravilnik o opravljenu ispita za davčnega svetovalca*) i Pravilnik o licenci poreskih savjetnika Slovenije (*Pravilnik o pridoviti certifikata in licence za delo davčnega svetovalca Društva davčnih svetovalcev Slovenija*). Pored Društva poreskih savjetnika, u Sloveniji usluge poreskog savjetovanja pruža i Institut za reviziju (*Slovenski inštitut za revizija*) ustanovljen 1993. godine.¹⁸

Za obavljanje djelatnosti poreskog savjetnika u Sloveniji, Pravilnikom o polaganju ispita za poreskog savjetnika određeni su opšti i posebni uslovi za obavljanje ove djelatnosti. U okviru opštih uslova, koji su određeni kumulativno, određeno je: 1) da je lice državljanin EU; 2) da ima najmanje visoko obrazovanje i tri godine praktičnog iskustva na području poreza, revizije ili računovodstva; 3) da je lice završilo predavanje iz poreskog zakonodavstva; 4) da aktivno govori jezik članice EU; 5) da nije pravosnažno osuđivano za krivična djela privrede, platnog prometa ili zloupotrebe službenog položaja, dok je od posebnih uslova određeno, da: 1) da lice ima položen ispit za poreskog savjetnika i 2) da mu je izdata licenca za pružanje usluga poreskog savjetnika.¹⁹

Kod opštih uslova, dakle, nije određeno da se radi o licu koje je državljanin Slovenije, niti je prebivalište na području Slovenije uslov za pruža-

¹⁶ Društvo davčnih svetovalcev Slovenije. Preuzeto sa: <http://www.slonep.net/finance/davki/zbornica-davcnih-svetovalcev>

¹⁷ Kovačević, E. (2007). *Status davčnega svetovalca v Slovenija in na Hrvaškem* (specijalističko delo). Univerza v Ljubljani, Ekonomska fakulteta. Preuzeto sa: http://www.cek.ef.uni-lj-si/spscijalist/kovacevic_3401.pdf,

¹⁸ Slovenski inštitut za revizija. Preuzeto sa: <https://www.si-revizija.sio-instituta>.

¹⁹ Pravilnik o opravljenu ispita za davčnega svetovalca. Preuzeto sa https://0501.nccd.n.net/4_2/000/000/03f/0C/7/6 Pravilnik – o opravljenu-ispita za davac-nega-svetovalca.pdf

nje usluga poreskog savjetnika na području Slovenije. Ovo treba posmatrati u kontekstu obaveze članica EU da kod registrovanja djelatnosti pružanja usluga primjenjuju Direktivu o uslugama na unutrašnjem tržištu EU,²⁰ čiji je osnovni cilj da pruži punu podršku razvoju integralnog tržišta država članica EU u oblasti usluga kroz pojednostavljenje administrativnih procedura, otklanjanje administrativnih barijera za obavljanje uslužne djelatnosti, jačanje međusobnog povjerenja između država članica i povjerenja između pružalaca i primalaca usluga. Direktiva se inače primjenjuje na širok spektar usluga, a njene odredbe se u suštini baziraju na sudskoj praksi Evropskog suda pravde u oblastima poslovnog nastanjanja i slobodnog pružanja usluga. Iako Slovenija nema poseban zakon o poreskim savjetnicima, možemo zaključiti da je u ovoj zemlji razvijena djelatnost poreskog savjetovanja, koje se normativno uređuje u okviru strukovnog udruženja poreskih savjetnika i Instituta za reviziju, koje je osnovano 1993. godine, kao i Društvo poreskih savjetnika Slovenije.

Poresko savjetovanje u Hrvatskoj

U Hrvatskoj, poresko savjetovanje regulisano je Zakonom o poreznom savjetništvu.²¹ Navedenim zakonom uređuje se djelatnost poreskog savjetovanja kao nezavisnog i samostalnog zanimanja poreskih savjetnika, njihova ovlaštenja i obaveze, te osnivanje, položaj i djelatnost Hrvatske komore poreskih savjetnika. Budući da je Hrvatska država članica EU, u Zakonu se određuje da se u pravni poredak Hrvatske prenosi naprijed navedena Direktiva o uslugama na unutrašnjem tržištu EU. Zakonodavac u Hrvatskoj određuje da je poresko savjetovanje djelatnost davanja savjeta o pitanjima iz zakonodavstva vezanog za poreze i druga javna davanja, izradu i ovjeru poreskih prijava i drugih akata u poresko-pravnom odnosu, vršenje kontinuiranog ugovorenog nadzora pravilnosti vođenja poreskih i računovodstvenih evidencija, zastupanje u svim poreskim i prekršajnim postupcima pred poreskim organima, sudjelovanje u poreskim sporovima, te vještačenje po odluci suda ili pore-

²⁰ Directive 2006/23/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market, OJ L376 of 27.12.2006, p 36.

²¹ Zakon o poreznom savjetništvu HR – prešišćen tekst. Narodne novine HR, br. 127/2000, 76/2013, 115/2016.

skog organa u poreskim predmetima.²² Osim davanja savjeta o navedenim poreskim pitanjima, zakonodavac u Hrvatskoj ostavlja mogućnost da se uz poslove poreskog savjetovanja mogu obavljati i poslovi vođenja poslovnih knjiga, izrada finansijskih izvještaja, usluge iz područja računovodstva i finansija, usluge procjene vrijednosti, i druge srodne usluge. Takođe, Zakon o poreznom savjetništvu ostavlja mogućnost obavljanja ograničenog poreskog savjetovanja, koje mogu obavljati samostalni ovlašteni revizori i revizorska društva, u okviru svojih ovlaštenja iz Zakona o reviziji, bez prava na potpisivanje poreskih prijava, kontinuirani nadzor pravilnosti vođenja poreskih evidencija, zastupanja u poreskim i prekršajnim postupcima i upravnim sporovima.

Za obavljanje djelatnosti poreskog savjetnika moraju biti ispunjeni opšti i posebni uslovi, i lice nakon sticanja zvanja poreskog savjetnika, da bi obavljalo djelatnost poreskog savjetnika, mora dobiti odobrenje (licencu) Hrvatske komore poreskog savjetništva. Opšti uslovi su: 1) da ima poslovnu sposobnost; 2) da ima prebivalište na području Republike Hrvatske ili države ugovornice Evropskog privrednog prostora; 3) da govori hrvatski jezik i piše latiničkim pismom ili drugi jezik i pismo koji su u službenoj upotrebi na području na kojem treba obavljati djelatnost; 4) da nije osuđivan za krivično djelo protiv imovine, protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja, protiv pravosuđa, protiv vjerodostojnosti isprave, te protiv službene dužnosti. Posebni uslovi su: 1) da je lice diplomirani ekonomista ili diplomirani pravnik ili magistar ekonomije ili magistar prava, s diplomom priznatom u Hrvatskoj; 2) najmanje pet godina radnog iskustva na poreskim poslovima – rad na primjeni poreskih i računovodstvenih propisa; 3) da ima položen ispit za poreskog savjetnika; 4) da ima odobrenje za rad (licencu) Hrvatske komore poreskog savjetništva; i 5) da poznaje hrvatski jezik na nivou koji je potreban za nesmetanu komunikaciju s poreskim obveznicima, poreskim organima i za razumijevanje poreskog zakonodavstva Hrvatske.

Polaganje ispita za poreskog savjetnika regulisano je Pravilnikom o programu i uvjetima polaganja ispita za poreznog savjetnika koji donosi Skupština Hrvatske komore poreskog savjetništva, uz saglasnost ministra finansija.²³ Ispit se polaže pred komisijom koja broji devet članova, uključujući i predsjednika komisije. Ispit se sastoji iz pismenog i usmenog dijela, s tim da

²² Član 2 Zakona o poreznom savjetništvu.

²³ Pravilnik o programu i uvjetima polaganja ispita za poreznog savjetnika. Narodne novine RH, br. 2/2017.

je položen pismeni dio ispita uslov za izlazak na usmeni ispit. Interesantno je istaći da ispit nije javan, a da kandidati potpisuju pismeni dio ispita, odnosno ne koriste se određene šifre kao oznake kandidata, što je u cilju objektivnosti već postala praksa i kod polaganja drugih ispita (npr. pismeni dio notarskog ispita). Program polaganja ispita za poreskog savjetnika utvrđuje Hrvatska komora poreznog savjetništva, i program obuhvata osam cjelina: 1) osnova poreskog sistema, poreska politika i finansijsko izravnanje; 2) poresko pravo u Republici Hrvatskoj; 3) porez na dobit; 4) porez na dohodak i doprinose; 5) neizravni porezi i carina; 6) računovodstvo, finansijski izvještaji i revizija; 7) pravo trgovačkih društava, 8) subjekti poresko-pravnog odnosa.

Kad je u pitanju organizovanje djelatnosti poreskog savjetovanja, zakonodavac Hrvatske određuje da djelatnost poreskog savjetovanja mogu obavljati: 1) poreski savjetnici koji djelatnost poreskog savjetnika obavljaju kao samostalnu djelatnost; 2) javna trgovačka društva za poresko savjetništvo; 3) društvo s ograničenom odgovornošću za poresko savjetništvo i 4) inostrani poreski savjetnici i društva. Poresko savjetničko društvo iz države ugovornice Evropskog privrednog prostora može u Hrvatskoj osnovati svoju poslovnicu u skladu sa obavezama Hrvatske prema međunarodnim ugovorom, te odredbama Zakona o trgovačkim društvima i Zakona o poreskom savjetništvu.

Veliku ulogu u razvoju djelatnosti poreskog savjetovanja ima Hrvatska komora poreznog savjetništva, koja predstavlja poreske savjetnike kao cjelinu, promoviše, usklađuje i zastupa zajedničke interese poreskih savjetnika, vodi određene evidencije o licima koja su položila ispit za poreskog savjetnika i evidenciju o licima kojima je izdato odobrenje (licenca) za pružanje usluga poreskog savjetništva. Komora je osnovana 2011. godine i članica je Evropskih poreskih savjetnika, kao i Republika Srbija. Prema evidenciji Hrvatske komore poreznog savjetništva, u Hrvatskoj djelatnost poreskog savjetnika obavlja 90 poreskih savjetnika, u organizacionoj formi samostalnog preduzetnika ili društava za poresko savjetništvo.²⁴

Poresko savjetovanje u Crnoj Gori

U Crnoj Gori poresko savjetovanje regulisano je Zakonom o poreskim savjetnicima.²⁵ Djelatnost poreskog savjetovanja obuhvata poslove: davanja

²⁴ Podaci o broju poreskih savjetnika u Hrvatskoj, preuzeti sa: <https.hr//registar/imenik/-ovlaštenu-poreski-savjetnik-u-republici-hrvatskoj>.

²⁵ Zakon o poreskim savjetnicima. Službeni list CG, br. 26/2007, 34/2007, 73/2010, 47/2019.

savjeta o poreskim i carinskim pitanjima, izradu poreskih prijava (ali ne i ovjeru, kao što je to određeno u Hrvatskoj), izradu poreskog bilansa i drugih dokumenata koji su od značaja za oporezivanje, kao i zastupanje u poreskim postupcima pred upravnim i sudskim organima, a u carinskim postupcima (drugostepenom postupku) pred ministarstvima i sudskim organima. Uz poslove poreskog savjetovanja dopušteno je da se mogu voditi poslovne knjige, izrada finansijskih izvještaja i drugi srodni poslovi, na način predviđen posebnim zakonom (npr. Zakon o računovodstvu). Organizovanje ispita za poreskog savjetnika provodi i organizuje Ministarstvo finansija Crne Gore, do osnivanja Komore poreskih savjetnika. Lice koje položi ispit za poreskog savjetnika podnosi zahtjev Ministarstvu finansija za izdavanje odobrenja (licence) za rad, odnosno pružanje usluga poreskog savjetovanja.

Poslove poreskog savjetnika u Crnoj Gori može obavljati lice koje ispunjava opšte i posebne uslove. Opšti uslovi su: 1) da je državljanin Crne Gore, 2) da ima poslovnu i zdravstvenu sposobnost, 3) da nije osuđivano za krivično djelo koje ga čini nepodobnim za obavljanje poslova poreskog savjetnika – krivična djela protiv imovine, platnog prometa i privrednog poslovanja, državnih organa, pravosuđa i službene dužnosti. Posebni uslovi za obavljanje poslova poreskog savjetnika su: 1) da lice ima visoku stručnu spremu, 2) da ima najmanje pet godina radnog iskustva na pripremi ili primjeni poreskih, carinskih i računovodstvenih propisa; 3) da je položilo ispit za poreskog savjetnika; 4) da je lice dobilo odobrenje za rad od Komore poreskih savjetnika, odnosno do uspostavljanja Komore, od Ministarstva finansija Crne Gore. Za poreskog savjetnika iz države Evropskog ekonomskog prostora, kao jedan od uslova za pružanje usluga poreskog savjetnika na području Crne Gore, postavlja se poznavanje crnogorskog jezika u obimu koji je dovoljan za obavljanje djelatnosti poreskog savjetovanja.

Pravilnikom o programu i polaganju ispita za poreskog savjetnika, određeno je osam oblasti za polaganje ispita poreskog savjetnika, i to: 1) osnovi poreskog sistema i poreskog postupka, 2) direktni porezi, 3) indirektni porezi, 4) ostali poreski prihodi, 5) finansiranje lokalne samouprave, 6) carinski sistem i postupak, 7) računovodstvo, finansijski izvještaji i revizija, 8) osnovi privrednog prava i sistema u Crnoj Gori.²⁶

U organizacionom smislu, poresko savjetovanje, kao posebnu uslužnu djelatnost, mogu pružati: 1) fizička lica – poreski savjetnici kao samostal-

²⁶ Pravilnik o program i načinu polaganja ispita za poreskog savjetnika (prilog 1). Službeni list Crne Gore, br. 73/2019, 14/2021, 65/2022 i 129/2021.

no zanimanje ako su dobila odobrenje za rad; 2) privredna društva ako su registrovana za obavljanje te djelatnosti; 3) poreski savjetnik i privredno društvo koji su registrovani za obavljanje poreskog savjetovanja u državi potpisinici Ugovora o Evropskom ekonomskom prostoru (EFP). Kod obavljanja djelatnosti poreskog savjetovanja u formi društva za obavljanje poreskog savjetovanja, zakonodavac u Crnoj Gori određuje da društvo može osnovati jedan ili više poreskih savjetnika, sa obavezom da se u nazivu društva koristi oznaka "poreski savjetnik", a član društva može da bude samo poreski savjetnik.

Zakon Crne Gore određuje značajnu ulogu Komore poreskih savjetnika, kao profesionalne i samostalne organizacije, koja predstavlja poreske savjetnike, promovise njihov rad i zastupa njihove zajedničke interese, izdaje odobrenja (licence) za rad poreskih savjetnika, vodi registar izdatih odobrenja za rad poreskih savjetnika (licenci) i vodi registar društva poreskog savjetovanja, obezbjeđuje uslove za unapređenje profesionalnih znanja savjetnika i organizuje edukaciju poreskih savjetnika. Komora poreskih savjetnika Crne Gore osnovana je u maju 2023. godine, 17 godina od donošenja Zakona o poreskim savjetnicima. Osnivanjem Komore poreskih savjetnika, Crna Gora je napravila veliki iskorak u unapređenju djelatnosti poreskog savjetovanja i poreskog sistema Grne Gore, što je prepoznato i u zaključcima koji su usvojeni na konstitutivnoj sjednici Komore, a između ostalog da će Komora dati doprinos kod svih budućih izmjena zakonskih propisa iz oblasti poreza i carina i inicirati prijedloge koji će biti koncipirani na iskustvima najbolje evropske prakse.²⁷ U Crnoj Gori, djelatnost poreskog savjetovanja obavlja 15 licenciranih poreskih savjetnika.

PORESKO SAVJETOVANJE U REPUBLICI SRPSKOJ

U Bosni i Hercegovini, poresko savjetovanje nije regulisano na cijelom području. Odnosno, u Federaciji Bosne i Hercegovine poresko savjetovanje nije regulisano kao posebna djelatnost, već te poslove obavljaju revizori, računovođe, knjigovođe, advokati, posebne konsultantske agencije u okviru obavljanja svoje redovne djelatnosti, dok je u Republici Srpskoj poresko savjetovanje kao posebna djelatnost regulisana Zakonom o poreskom savjeto-

²⁷ Podaci o broju savjetnika preuzeti sa: <https://www.gov.me/clanak/osnovana-komora-poreskih-savjetnika>

vanju, koji je donesen 2008. godine.²⁸

Zakonom o poreskom savjetovanju u Republici Srpskoj uređuje se oblast poreskog savjetovanja, pružanje stručne pomoći u poreskim pitanjima koja se odnose na poreska prava u Republici Srpskoj, način i uslovi za sticanje zvanja poreskog savjetnika, oblici njihovog organizovanja, te kaznene odredbe za neovlašteno pružanje stručne pomoći u poreskim pitanjima. Stručna pomoć u poreskim pitanjima obuhvata: pomoć pri vođenju evidencija koja su od značaja za poreska pitanja, pomoć pri izradi poreskog bilansa i dokumenata koja su od značaja za oporezivanje i zastupanje u poreskim pitanjima pred nadležnim organima. Za razliku od definisanja poreskog savjetovanja u zakonodvstvu Hrvatske i Crne Gore, u Republici Srpskoj poresko savjetovanje ne obuhvata pružanje stručnih savjeta u carinskom postupku, sačinjavanje poreskih prijava, poreskog bilansa i drugih dokumenata značajnih za oporezivanje, niti je ostavljena mogućnost da poreski savjetnik može obavljati poslove vođenja poslovnih knjiga, već se njegova djelatnost odnosi na pružanja stručne pomoći i savjeta koji su od značaja za oporezivanje.

Organizovanje poreskog savjetovanja u Republici Srpskoj javlja se u dva oblika: kao samostalni preduzetnik i društvo za poresko savjetovanje, koje se osniva kao ortačko ili komanditno društvo (društvo lica). Osnivači društva za poresko savjetovanje mogu biti samo lica koja su stekla zvanje poreskog savjetnika ili ako direktor društva poreskog savjetovanja ima zvanje poreskog savjetnika. Samo osnivanje društva odvija se u dvije faze, prethodni postupak kod Ministarstva finansija, koje izdaje odobrenje (licencu) za obavljanje djelatnosti poreskog savjetovanja i postupak registracije kod nadležnog suda za registraciju poslovnih subjekata, uz obavezu da društvo pored naziva društva, sadrži i naziv „društvo za poresko savjetovanje“. Kod određivanja sjedišta društva, zakonodavac je prihvatio anglosaksonski pristup određivanja sjedišta po mjestu osnivanja, odnosno registrovanog sjedišta.

Zakonom je na fakultativnoj osnovi određeno da poreski savjetnici mogu formirati komoru poreskih savjetnika Republike Srpske, pod uslovom da odobrenje za rad poreskog savjetnika (licencu), dobije najmanje 20 poreskih savjetnika. U okviru nadležnosti komore navodi se da komora brine o pitanjima od profesionalnog značaja za ukupno članstvo komore, da nadzire ispunjavanje profesionalne obaveze poreskih savjetnika, zastupa svoje članstvo kod državnih organa i organizacija, posreduje u sukobu između članova

²⁸ Zakon o poreskom savjetovanju. Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/2008.

komore i nalogodavaca poreskog savjetnika, predlaže kandidate za sud časti, predlaže vještake koje traži sud ili neki drugi državni organ, predlaže poreske savjetnike za članove ispitne komisije za polaganje ispita za poreskog savjetnika, donosi profesionalni kodeks o pitanjima rada poreskog savjetnika i utvrđuje tarifu i cjenovnik usluga poreskih savjetnika, prati pojave u oblasti poreskog sistema i daje inicijative za izmjene i dopune Zakona i podzakonskih akata u interesu poreskih savjetnika. Do konstituisanja komore poreskih savjetnika, poslove iz njene nadležnosti obavlja Ministarstvo finansija. Članovi komore, pored poreskih savjetnika, mogu biti i direktori društva za poresko savjetovanje i članovi upravnih odbora društva za poresko savjetovanje.²⁹

Način i uslovi sticanja zvanja poreskog savjetnika u Republici Srpskoj

Zvanje poreskog savjetnika u Republici Srpskoj stiče lice koje položi ispit za poreskog savjetnika pred komisijom za polaganje ispita za sticanje zvanje poreski savjetnik. Da bi jedno lice pristupilo polaganju ispita za sticanje zvanja poreskog savjetnika, mora ispunjavati određene uslove, i to: 1) da ima završen četvorogodišnji studij na ekonomskom ili pravnom fakultetu, odnosno da je steklo zvanje diplomiranog ekonomiste ili diplomiranog pravnika; 2) da ima najmanje pet godina radnog iskustva na poslovima primjene poreskih zakona; 3) da nije kažnjavano za krivično djelo zbog kojeg bi se smatrao nepodobnim za obavljanje poslova poreskog savjetovanja, i 4) da se protiv njega ne vodi krivični postupak. Možemo zaključiti da u Republici Srpskoj nisu precizno definisana krivična djela koja bi kandidata činila nepodobnim za obavljanje poslova poreskog savjetnika, već da je to neka neprecizna formulacija „da nije osuđivan za krivična djela koja ga čine nepodobnim za obavljanje poreskog savjetovanja“, za razliku od zakonodavca u Hrvatskoj i Crnoj Gori, gdje se precizno određuje da su to krivična djela protiv imovine, platnog prometa, krivotvorenja isprava, protiv službene dužnosti i dr.

Pravilnikom o načinu i uslovima za sticanje zvanja poreskog savjetnika određen je program ispita iz oblasti: 1) upravni postupak i poreski postupak; 2) osnove poreskog sistema i poreske politike Bosne i Hercegovine, Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta BiH; 3) osnova računovodstva i revizije; 4) privrednog prava; 5) javnih finansija i finansijskog prava. Ispit se polaže pred komisijom, koja broji pet članova, a koju imenuje ministar finansija Republike Srpske (do osnivanja komore poreskih savjetni-

²⁹ Član 23 Zakona o poreskom savjetovanju.

ka), na period od četiri godine. Članovi komisije su predstavnik Ministarstva finansija, koji je i predsjednik komisije, i četiri člana, koja se imenuju iz reda istaknutih stručnjaka iz oblasti koje čine sadržaj programa ispita i koji imaju najmanje deset godina radnog iskustva u primjeni poreskih propisa. Ispit se sastoji iz dva dijela, pismenog i usmenog, s tim da se i pismeni dio ispita sastoji iz dva dijela – prvi dio, koji u obliku testa sadrži 20 pitanja sa ponuđenim odgovorima na koje kandidat odgovara zaokruživanjem tačnog odgovora, i drugi dio pismenog ispita, koji sadrži pet zadataka na koje kandidat treba da pismeno odgovori sa teoretskim izlaganjem i davanjem konkretnog rješenja.³⁰

Odobrenje za rad poreskog savjetnika u Republici Srpskoj

Na zahtjev fizičkog lica koje položi ispit za sticanje zvanja poreskog savjetnika i koji ispunjava opšte i posebne uslove koji su određeni zakonom, ministar finansija izdaje odobrenje za rad (licencu), kojim se odobrava obavljanje profesionalne djelatnosti poreskog savjetnika. Uz zahtjev za izdavanje odobrenja za rad, lice koje je položilo ispit za sticanje zvanja poreskog savjetnika, pored ostalih dokaza, prilaže i dokaz da nije pravosnažno osuđeno za krivična djela zbog kojih bi se smatrao nepodobnim za obavljanje poslova poreskog savjetnika, a koje nije starije od tri mjeseca. Dokaz da nije osuđivano za krivična djela zbog kojih bi se smatrao nepodobnim za obavljanje poslova poreskog savjetnika podnosilac zahtjeva dostavlja i uz zahtjev za polaganje ispita za poreskog savjetnika, ali budući da od vremena polaganja ispita do podnošenja zahtjeva za izdavanje odobrenja za rad može proteći mnogo vremena, opravdano je da se od lica koje je položilo ispit za poreskog savjetnika traži novi dokaz da nije osuđivano, a koje nije starije od tri mjeseca.

Odobrenje za rad poreskog savjetnika izdaje se na neodređeno vrijeme, za razliku npr. od Slovenije, gdje se odobrenje izdaje na period od dvije godine, uz obavezu poreskog savjetnika da u tom periodu po osnovu različitih vidova edukacije ostvari određen broj bodova, što je uslov za produženje licence.³¹ Odobrenje za rad poreskog savjetnika prestaje da važi na lični zahtjev poreskog savjetnika i u slučaju njegove smrti. Pored prestanka

³⁰ Pravilnik o načinu i uslovima za sticanje zvanja poreski savjetnik. Službeni glasnik Republike Srpske, br. 15/2018.

³¹ Član 11 i 19 Pravilnika o pridoviti certifikata in licence za delo davčnega svetovalca Slovenije. Preuzeto sa: http://www.davki.org/549/Interni_akti_ZDSS.

važnosti odobrenja za rad poreskog savjetnika, zakonodavac je odredio i slučajeve kada ministar finansija oduzima odobrenje mimo volje poreskog savjetnika, i to: 1) ako poreski savjetnik vrši djelatnost koja je nespojiva sa zvanjem poreskog savjetnika; 2) ako poreski savjetnik ne uplaćuje propisano obavezno osiguranje protiv opasnosti iz svoje profesionalne djelatnosti; i 3) ako izgubi poslovnu sposobnost. U Zakonu Crne Gore npr. jedan od razloga za oduzimanje odobrenja za rad poreskog savjetnika je nepridržavanje poreskog savjetnika načela zakonitosti, savjesnosti, stručnosti i etičkog kodeksa poreskih savjetnika.³² U Republici Srpskoj nije određen institut izuzeća poreskog savjetnika u određenim slučajevima, kao što je to npr. određeno u Zakonu Hrvatske i Crne Gore, na način da se na poreskog savjetnika primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuje poreski postupak o izuzeću službenog lica u poreskom postupku, odnosno carinskom postupku, o čemu odlučuje službeno lice koje vodi poreski, odnosno carinski postupak.³³ Prema informacijama prikupljenim od Ministarstva finansija Republike Srpske, odobrenje za rad (licencu) Ministarstvo je izdalo za 22 poreska savjetnika, što znači da su formalnopravno ispunjeni uslovi za osnivanje Komore poreskih savjetnika Republike Srpske.

ODGOVORNOST PORESKIH SAVJETNIKA

Poreski savjetnici svoju djelatnost obavljaju samostalno, profesionalno i nezavisno, uz obavezu da u svom radu poštuju principe ustavnosti i zakonitosti, nepristrasnosti, čuvanja poslovne tajne, pravila etičkog kodeksa. Poreski savjetnik je odgovoran za nepoštovanje i propuste u vršenju svoje djelatnosti, ali i nepoznavanje profesionalnih obaveza. S obzirom na to da poreski savjetnik u svom radu istupa samostalno, iako nije eksplicitno navedeno u zakonu Republike Srpske, a ni u drugim zakonima koje smo navodili u ovom radu, možemo zaključiti da je odgovornost poreskog savjetnika lična, jer je on odgovoran ukoliko se u svom radu ne pridržava navedenih načela koja su određena kao osnovni principi pružanja usluga poreskog savjetnika. O težini učinjene povrede u vršenju djelatnosti poreskog savjetnika odlučuje se u disciplinskom ili krivičnom postupku, a o njegovoj

³² Član 31 Zakona o poreskim savjetnicima CG.

³³ Član 15 Zakona o poreznom savjetništvu HR i član 12 Zakona o poreskim savjetnicima CG.

imovinskoj odgovornosti zbog pričinjene štete stranci, odnosno nalagodavcu, koja nastane zbog propusta poreskog savjetnika u građanskom postupku pred nadležnim sudom.

Odgovornost poreskog savjetnika zasniva se na osnovu zakona i ugovora o pružanju usluga poreskog savjetovanja, koji se zaključuje u pisanoj formi, pojedinačno sa svakom strankom, osim ako se radi o davanju usmenog savjeta. Obaveza zaključivanja ugovora u pisanoj formi (*ad solemnitatem*) kao bitnim elementom za punovažnost ugovora propisana je npr. u zakonu Hrvatske i zakonu Crne Gore, dok se u Zakonu o poreskom savjetovanju u Republici Srpskoj to posebno ne navodi, ali s obzirom na prirodu djelatnosti poreskog savjetnika, koja je samostalno zanimanje, možemo zaključiti da se međusobni odnosi poreskog savjetnika i stranke i u Republici Srpskoj uređuju ugovorom. Na osnovu zaključenog ugovora, u nekim zemljama, npr. Crna Gora i Hrvatska, dopušteno je da stranka može izjaviti prigovor poreskom savjetniku na njegov rad, a u slučaju da poreski savjetnik ne postupi po prigovoru stranke i ne otkloni uočene propuste u određenom roku, stranka ima pravo da uputi prigovor komori poreskih savjetnika ili da svoja prava ostvaruje kod nadležnog suda. Imajući u vidu da se odnosi između poreskih savjetnika i stranaka pobliže određuju ugovorom, uz poštovanje ovlaštenja i dužnosti poreskog savjetnika, koji su određeni zakonom ili regulativom strukovnih udruženja, proizlazi da poreski savjetnici podliježu i ugovornoj odgovornosti, koja bi se mogla ogledati u pomaganju ili prikrivanju utaje poreza ili nezakonitog umanjenja poreske obaveze.³⁴

Iz naprijed izloženog o odgovornosti poreskih savjetnika možemo zaključiti da konkretna ovlašćenja i dužnosti poreskog savjetnika, pored zakonskih ovlašćenja i obaveza, proizlaze i iz zaključenog ugovora sa strankom, kojim se i jedna i druga ugovorna strana obavezuju na ono što je određeno za predmet ugovora, odnosno poreski savjetnik da pruža usluge poreskog savjetovanja i da zastupa stranku u poreskim pitanjima pred nadležnim organima (poreskom organu i sudovima), ako je to određeno ugovorom. Međutim, treba imati u vidu da, samim zaključenjem ugovora, poreski savjetnik nije automatski ovlašten da zastupa stranku u poreskom i sudskom postupku, već da u tom slučaju mora imati posebno punomoćje stranke sa precizno definisanim obimom punomoći, npr. da daje izjave na zapisnik, da prima podneske, da u ime stranke plati glavna i sporedna poreska davanja, da izjavi prigovor

³⁴ Ugovorna odgovornost poreskog savjetnika je određena u čl. 22 stav 1 Zakona o poreskom savjetništvu HR.

na zapisnik o izvršenoj kontroli i da preduzme neke druge radnje. Dakle, bez obzira na to što se odnos između poreskog savjetnika i stranke reguliše ugovorom, za zastupanje pred poreskim organima i nadležnim sudovima, i drugim postupcima, potrebno je da stranka poreskom savjetniku da pojedinačno punomoćje za svaki pojedinačni predmet, odnosno da poreski savjetnik u granicama datih ovlaštenja istupa u ime i za račun stranke.

OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI PORESKOG SAVJETNIKA

Da bi se smanjili rizici za štete koje bi poreski savjetnik mogao eventualno da pričini stranci u obavljanju svoje djelatnosti (npr. davanjem pogrešnog savjeta, propuštanjem roka za izjavljivanje pravnog lijeka, i dr.), poreski savjetnik u svim zemljama regiona ima zakonsku obavezu da se kod odgovarajućeg osiguravajućeg društva osigura od odgovornosti za štetu. U većini zemalja, zakonom se određuje najniža visina osiguranog iznosa za ugovoreno osiguranje od odgovornosti za štetu po svakom poreskom savjetniku. Tako je npr. u Crnoj Gori zakonom određen minimalni iznos visine osiguranja od 3.000 evra, za svakog poreskog savjetnika pojedinačno, pa i za poreske savjetnike koji svoju djelatnost obavljaju u formi društva poreskih savjetnika.³⁵ U Sloveniji je minimalan iznos osiguranja 33.300 evra, dok u zakonu Republike Srpske nije određena najniža visina osiguranog iznosa na koju mora biti ugovoreno osiguranje od odgovornosti za svakog poreskog savjetnika, već je određeno da uslove za osiguranje u Republici Srpskoj utvrđuju komora poreskih savjetnika i osiguravajuća društva, a do osnivanja komore, Ministarstvo finansija i osiguravajuća društva. U Hrvatskom zakonu ostavljena je mogućnost da, u slučaju da poreski savjetnik ne zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti, ugovor za svakog poreskog savjetnika će zaključiti Komora poreskih savjetnika Republike Hrvatske.³⁶

Koliki je značaj zaključivanja ugovora o osiguranju od odgovornosti poreskih savjetnika, vidjeli smo da je jedan od razloga za oduzimanje odobrenja za rad poreskog savjetnika u većini zemalja i ukoliko poreski savjetnik ne uplaćuje propisano obavezno osiguranje iz svoje profesionalne odgovornosti, kao što je i jedan od uslova za izdavanje odobrenja za rad poreskog savjetnika dostavljanje dokaza da je poreski savjetnik zaključio ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti, bez obzira na to da li tu djelatnost obavlja kao samostalni preduzetnik ili u okviru društva za poresko savjetovanje.

³⁵ Član 14 Zakona o poreskim savjetnicima CG.

³⁶ Član 23 stav 5 Zakona o poreznom savjetništvu HR.

LITERATURA

1. Anđelković, M. (1999). *Poresko pravo – Teorijski aspekti i poreske reforme*. Niš: Centar za publikaciju Pravni fakultet u Nišu.
2. Dabić, Lj. (2007). *Poresko savjetovanje i poreski savjetnici u zemljama u tranziciji*. Beograd: Udruženje pravnik Srbije, Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu, br. 12/2007.
3. Drljača, Z. (2022). *Finansije i finansijsko pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.
4. Drljača, Z. (2018). *Neki aspekti prava poreskih obveznika u svjetlu poreskih reformi*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron, Fakultet pravnih nauka, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka br. 8/2018.
5. Drljača, Z., Džakula, M. i Muminović, E. (2022). *Zaštita prava poreskih obveznika u Bosni i Hercegovini*. U Zborniku radova XVII međunarodnog naučnog skupa “Pravnički dani – Prof. dr Slavko Carić”, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe.
6. Drljača, Z., Muminović, E. (2021). *Tax Consulting as a Special Type of Service Activitiu*. Banja Luka: U Godišnjaku Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Apeiron, Banja Luka, br. 11/2021.
7. Bird, M., R., Cassenegra, M. (1992). *Improving Tax Administration In Developing Countries*. IMF.
8. Ilić-Popović, G. (2013). *Poreski savjetnici i njihova djelatnost u poreskom pravu zemalja bivše SFRJ*. Beograd: Institut za uporedno pravo, Strani pravni život 1/2013.
9. Kovačević, E. (2007). *Status davčnega svetovalca v Slovenija in Hrvaškem* (specijalističko delo). Univerza v Ljubljani, Ekonomska fakulteta. Preuzeto sa: <http://www.cek.ef.uni-lj-si/spscijalist/kovacevic3401.pdf>.
10. Tomić, Z. (1991). *Upravno pravo*. Beograd: Nomos.
11. Directiva 2006/23/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market, OJ L376 of 27.12.2006, p 36.
12. Zakon o poreskim savjetnicima. Službeni list CG, br. 26/2007; 34/2007, 73/2010, 47/2019.
13. Pravilnik o programu i načinu polaganja ispita za poreskog savjetnika. Službeni list CG, br. 73/2019, 14/2021, 65/2022 i 129/2021.
14. Zakon o poreznom savjetništvu – preišćen tekst. Narodne novine HR, br. 127/2000, 76/2013, 115/2016.

15. Zakon o poreskom postupku i administraciji, Preuzeto sa: https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_poreskom_postupku_i_poreskoj_administraciji.html
16. Zakon o poreskom savjetovanju. Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/2008.
17. Statut Udruženja poreskih savjetnika Srbije. Preuzeto sa: <http://ups.rs.com/organi-udru.htm.ml>.
18. Program polaganja ispita za poreznog savjetnika. Narodne novine RH, br. 2/2017.
19. Pravilnik o opravljenu ispita za davčnega svetovalca. Preuzeto sa: https://0501.nccdn.net/4_2/000/000/03f/0C/7/6/Pravilnik_o_opravljenu_ispitaza_davac-nega-svetovalca.pdf.
20. Pravilnika o pridoviti certifikata in licence za delo davčnega svetovalca Slovenije. Preuzeto sa http://www.davki.org/549/Interni_akti_ZDSS_
21. Pravilnik o sprovođenju ispita za poreskog savjetnika Srbije. Preuzeto sa: <http://ups-rs.com/ispit-za-poreskog-savetnika.html>.
22. Pravilnik o načinu i uslovima za sticanje zvanja poreski savjetnik. Službeni glasnik Republike Srpske, br.15/2018.
23. Društvo davčnih svetovalcev Slovenije. Preuzeto sa: <http://www.slonep.net/finance/davki/zbornica-davcnih-svetovalcev>
24. Slovenski inštitut za revizija. Preuzeto sa: <https://www.si-revizija.sio-instituta>
25. Udruženje evropskih poreskih savjetnika (CFE). Preuzeto sa: <https://www.taxodviserseurope>.

Zorica Drljaca**TAX CONSULTING AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE OBLIGATOR AND THE IMPROVEMENT OF THE TAX SYSTEM**

Summary: *An important contribution to the protection of the rights of taxpayers and the improvement of the tax system is the establishment of tax consulting as a special service activity, which is performed by specially qualified and expert persons - tax consultants. The activity of tax consulting has been established in all European countries, and not only European, but also wider, including the countries that were part of the former Yugoslavia, with different normative arrangements, depending on whether the performance of this activity is regulated by a special law or is legal the framework determined by the regulations of the professional association of tax advisors. The profession of tax consulting in the 21st century is considered one of the most reputable professions, of course in no way diminishing the profession of lawyers, notaries, accountants, experts in various fields, etc. For the taxpayer, expert and professional consulting in tax matters, it means security in fulfilling his tax and other fiscal obligations, a greater degree of protection of his rights and interests in the legally regulated tax procedure, and in a broader sense, it contributes to the development of his awareness of the importance of paying taxes and public expenditures, familiarization with very complex tax system and taxation process. For the state, i.e. its tax authorities, which act on behalf of the tax creditor (the state or other public-law collective, depending on the constitutional arrangement and determination of the scope of fiscal sovereignty) in the tax-legal relationship on the basis of legal powers, it assumes greater certainty in the collection of taxes, given that in carrying out his activity, the tax advisor has a high degree of professional responsibility, because in his professional work, he is limited by: the principle of legality, independence, expertise, professionalism, conscientiousness, which represents a significant guarantee that the taxpayer who hires the tax advisor will not commit tax evasion, but that he will pay the exact amount of taxes and other fiscal obligations within the deadline set by law.*

Key words: *tax-legal relationship, taxpayer, tax advisor, tax consulting, countries of the regional environment, Republika Srpska.*

УДК 342.727:32.019.51

doi 10.7251/PR6723145P

Оригинални научни чланак

КАНОНИ АУТОНОМИЈЕ МЕДИЈА У ПОРЕТКУ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

Др Милош Прица*

Године 2001. у Јагодини је убијен новинар Милан Пантић,
због текстова које је објављивао о привредном криминалу
у Јагодини и Поморавском округу.

Био је поштен, образован и храбар новинар.
Морални лик Милана Пантића светли снажно,
а живот овог страдалника због врлине
уграђен је у темељ демократског друштва,
које је данас заробљено у тамници
медијске непросвећености.

Овај чланак посвећујемо Милану Пантићу.

Апстракт: Медији су субјекти територијалне заједнице са дужношћу објективног, непристрасног и истинитог саопштавања програмских садржаја, следствено чему сви медији, укључујући и комерцијалне, служе остваривању јавног интереса, само се садржина јавног интереса разликује код појединих медија. Новинар је дужан да у једној руци носи фењер са настојањем да силином знања осветли све оно што је тамно, као и да учини јавним све оно што је тајно, док у другој руци новинар носи барјак слободе и правде, како би могао да буде чувар јавног интереса и врлине. Посве је природно да новинар буде оличење врлине али и да буде заштитник врлине, што је услов за одистинску изградњу грађанског друштва и демократског друштва.

* ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Поврх тога, медији као субјекти правног поретка имају дужност да омогуће јавну дебату о питањима која подлежу утврђивању јавног интереса, следствено чему функција медија у поретку правне државе подразумева развијање демократског друштва, као позорнице на којој се одвија уљудна и аргументована јавна дебата о питањима која припадају јавној сфери. Одавде произлази да независни медији и аутономија новинара служе демократском друштву и правној држави, а не обрнуто. Оквир аутономије новинара почива на писаном праву, али је пуноћа аутономије о којој говоримо условљена постојањем врлина новинара и других медијских посленика.

Кључне речи: демократско друштво, јавни интерес, писано право, јавност, врлине, унапређивање културе

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Према класичном схватању у теорији државе, држава се не може замислити без становништва, територије и суверене власти. Међутим, становништво обухвата само грађане, следствено чему је са ужим значењем у односу на територијалну заједницу — која обухвата све субјекте који постоје на територији једне државе. То нису само органи јавне власти и имаоци јавних овлашћења, већ и сви други субјекти који уживају одређени правни статус на територији једне државе. При томе, за разлику од становништва, територијална заједница не обухвата само физичка лица, већ и правна лица и друге субјекте правног поретка, али и моралне субјекте који су носиоци објективног духа (нпр. обухвата нацију, породицу, грађанско друштво и др.). Морални субјекти немају правни субјективитет, али представљају важне субјекте територијалне заједнице. За просечног правника морални субјекти су правни објекти, имајући у виду њихову немогућност да буду типични титулари права и обавеза. Примерице, нација и породица заснована на крвном сродству јесу правни објекти, не и субјекти правног поретка јер немају способност да буду носиоци права и обавеза. Упркос томе, иако немају правни субјективитет, породица заснована на крвном сродству и нација јесу субјекти територијалне заједнице, што важи и за све друге моралне субјекте. Морални субјекти су носиоци објективног духа, а на објективном духу почива држава као субјект историје и њено неограничено трајање. Имајући ово у виду, територијална заједница представља тоталитет физичког, мо-

ралног и духовног субјективитета, што не важи за становништво.¹ Узимајући у обзир предочено, као субјекти територијалне заједнице јављају се појединци који у смислу правног статуса могу бити држављани и странци. Затим, то су државни органи (парламент, влада, судови, органи државне управе) и други органи јавне власти (нпр. органи аутономне покрајине и локалне самоуправе). Субјекти територијалне заједнице су и субјекти који нису носиоци власти, али поводом своје делатности која је у наглашеном јавном интересу обављају поједине прерогативе јавне власти (јавна предузећа, јавне установе, јавне агенције, јавни бележници итд.).² Уз то, субјекти територијалне заједнице су и многи други субјекти који обављају одређену делатност на државној територији (цркве и верске заједнице, установе културе, удружења грађана, политичке странке, медији и др.). Одавде произлази да је територијална заједница укупност свих субјеката на територији државе, а не само укупност појединаца, што важи за становништво. Медији су субјекти територијалне заједнице који не припадају ни становништву нити институционалном поретку јавне власти, чиме се потврђује основаност нашег гледишта о територијалној заједници као конститутивном елементу државе.

Поврх наведеног, територијална заједница обухвата и грађанско друштво, које је за правну државу западноевропског културног круга важније од појма становништво. Јер, становништво представља укупност свих појединаца на територији једне државе, док грађанско друштво представља укупност истински слободних, врлином обдарених и за јавни интерес храбрих и заинтересованих појединаца. Дакле, под окриљем институционалног поретка територијалне заједнице развија се грађанско друштво као целина која обухвата све облике слободног и спонтаног испољавања свих облика индивидуалности појединаца, са приватношћу, аутономијом, слободном вољом као правотворачким извором и слободом учествовања у обликовању опште воље – као основним правним принципима грађанског друштва. Грађанско друштво представља истински правни основ постојања уговора као правног акта у поретку правне

¹ М. Прица, *О територијалној заједници као правном појму – скица за разумевање локалне самоуправе као институције*, Локална самоуправа: како из круга неразвијених, зборник радова са међународног округлог стола одржаног 17–19. септембра 2021. године на Власини, Београд, Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије, 2021, 166–181.

² М. Прица, *Управна ствар и управно-судска ствар*, Зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, 2019, 597–639.

државе, као манифестација слободе појединаца да правном уређивању конкретизованих правних предмета — поводом властитих приватних интереса — приступе ван непосредне примене императивних законских норми и да властитом слободном вољом закључе уговор који ће важити као индивидуални закон.

Под окриљем територијалне заједнице заступљени су носиоци различитих позива (припадници сталежа) као субјекти грађанског друштва, а удруживањем припадника сталежа настају субјекти територијалне заједнице (нпр. удружења новинара, глумаца, лекара и др.). Институционални поредак јавне власти и јавна сфера једне државе не би требало да почивају само на вољи појединаца који у физичком смислу образују становништво, већ би било исправно да буду утемељени на свим облицима испољавања индивидуалности појединаца, а то су сталежи и видови њиховог удруживања. Доктрина правне државе стога не подразумева одвајање грађанског друштва од јавне власти и јавне сфере, већ развијање кружне линије између територијалне заједнице, грађанског друштва, јавне власти и јавне сфере. Кружна линија о којој говоримо није видљива заговорницима тзв. цивилног друштва у периоду након гашења социјалистичких држава, будући да се цивилно друштво као ентитет противставља држави, са образложењем да је “друштво и као концепт и као реалност различито од државе”.³ Такав концепт грађанског друштва био је на снази и у поретку либералне правне државе, при чему и власници крупног финансијског капитала теже цивилном друштву одвојеном од државе.⁴

Наше гледиште⁵ пак подразумева нераскидиву повезаност државе и грађанског друштва, кружним повезивањем грађанског друштва (одоздо) са институционалним поретком јавне власти (одозго) и награв. Друго, грађанско друштво, по нама, обухвата грађане али и све облике испољавања индивидуалности грађана. Осим тога, наше гледиште узима у обзир разлику између субјеката територијалне заједнице и субјеката грађанског друштва, а постојећа литература под окриље “цивилног друштва” ставља све субјекте који стоје ван институционалног порет-

³ Р. Марковић, *Уставно право*, двадесет пето поновљено издање, Београд, 2020, 461.

⁴ О појединим аспектима теоријског сагледавања цивилног друштва – видети: Д. Вујадиновић, *Цивилно друштво и политичка култура*, Филозофска истраживања, 1/2008, 21–33; W. Reese-Schäfer, *Civilno društvo i demokratija*, *Politička misao*, 3/2004, 65–79; Z. Lauc, *O ustavnoj demokratiji*, *Politička misao*, 3/1998, 137–147.

⁵ М. Прица, *Правна држава и медији*, научна монографија, Ниш, 2021, 11–92.

ка јавне власти, што је посве неосновано. Јер, грађанско друштво може обухватити све облике испољавања индивидуалности човекове, али не и све субјекте који стоје ван институционалног поретка јавне власти. Рецимо, новинари су субјекти грађанског друштва, али медији су субјекти територијалне заједнице. Универзитетски професори су субјекти грађанског друштва, али факултети нису јер су субјекти територијалне заједнице. Напослетку, правна држава подразумева однос између територијалне заједнице, грађанског друштва и институционалног поретка државне власти, а не само однос између државне власти и грађанског друштва.

Сталежи појединаца своју јавну делатност остварују путем тела и установа — којима припадају по основу професионалног удруживања и делања. Ова тела и установе такође су субјекти територијалне заједнице, при чему субјекти територијалне заједнице који почивају на идеји неограниченог трајања имају карактер институције. Карактер институције имају само они субјекти територијалне заједнице који историјски неограничено трају, чијом заслугом и траје држава као субјект историје. Стога се и каже да је држава “институција над институцијама”. Будући да под окриљем државе, осим појединаца, постоји мноштво субјеката — напосе сталежа и институција, аутономија у поретку правне државе, осим појединаца, припада и другим субјектима. Поред грађана као титулара слободе, главни имаоници аутономије у поретку правне државе јесу градови, универзитети, цркве и медији. Медији као средства јавног обавештавања постојали су и могу постојати у различитим типовима државе, не једино у правној држави. Но, поретку правне државе пристају слободни и независни медији, као посебан тип медија, који би требало да изражавају настојање моралног и духовног унапређивања људи и државе као територијалне заједнице.

2. НЕЗАВИСНИ МЕДИЈИ У ПОРЕТКУ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

Постојање независних медија не би се могло замислити без зајемчене аутономије, а аутономија медија у поретку правне државе означава њихову независност од непосредног надзора од стране органа државне управе. Непосредни надзор над медијима од стране органа државне управе подразумевао би строг правни режим оснивања и делатности медија, цензуру медија, сталну контролу медијских садржаја, обавезу медија да објављују саопштења које достављају органи државне упра-

ве и др. Потреба независности медија од непосредног надзора органа државне управе управо и доводи до тога да су уставом забрањени цензура⁶ и оснивање медија путем дозволе органа државне управе. У вези са овим, Марковић вели: “Средства потчињавања штампе држави су: претходна дозвола, кауција, право на жиг, административна заплена, суспензија и забрана новина, цензура, проширивање деликта штампе све до појма деликта мишљења, суђење по основу тих деликата од стране суда који су потчињени влади, итд. И, обрнуто, слобода штампе од државе постоји кад се новине могу издавати од стране било кога, без дозволе и кауције, кад је слободно објављивање сваког броја новина, кад не постоји цензура, кад није дозвољена административна заплена, осим у изузетним случајевима тешке повреде јавног интереса или хитности. Али, слобода штампе не подразумева само слободу од државне цензуре, него непостојање сваког институционализованог облика притиска на слободу мишљења, без чега нема слободе штампе.”⁷

Аутономија медија треба да обезбеди слободу новинара у циљу објективног, непристрасног и истинитог јавног информисања. Дакле, аутономија се даје због слободе која је потребна за сазнавање и саопштавање истине, што значи да независност медија представља услов постојања непристрасног јавног информисања које ће служити истини. Аутономија медија обухвата: слободу прикупљања, објављивања и примања информација, слободу обликовања и изражавања идеја и мишљења, слободу штампања и дистрибуције медијских садржаја те слободу стварања, пружања и објављивања медијских садржаја.⁸

⁶ О примерима цензуре у нашој правној повести: М. Илић, *Забрана излажења новина*, Административно право и други радови, Београд, 1998, 323–325; М. Павловић, *Уставотворство пре 100 година: штампа према Видовданском уставу*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2021, 341–361. О цензури данас: М. Ђурковић, *Ширење цензуре и аутоцензуре — медији, друштвене мреже и судска пракса*, Медијска политика и евроинтеграције: зборник радова, Београд, 2020, 118–128.

⁷ Р. Марковић, *op. cit.*, 480.

⁸ Слобода медија је уставом зајемчено право: “Свако је слободан да без одобрења, на начин предвиђен законом, оснива новине и друга средства јавног обавештавања. ...У Републици Србији нема цензуре. Надлежни суд може спречити ширење информација и идеја путем средстава јавног обавештавања само ако је то у демократском друштву неопходно ради спречавања позивања на насилно рушење Уставом утврђеног поретка или нарушавање територијалног интегритета Републике Србије, спречавања пропагирања рата или подстрекавања на непосредно насиље или ради спречавања заговарања расне, националне или верске мржње, којим се подстиче на дискримина-

Нужна претпоставка за постојање слободних новинара и независних медија јесу три конститутивна уставом установљена права, на којима почива аутономија медија као субјеката територијалне заједнице. То су: (1) слобода мисли, савести и вероисповести, (2) слобода изражавања мисли и идеја и (3) право на обавештеност. Осим наведеним слободама, постојање независних медија и слободних новинара у поретку правне државе условљено је: (1) општим правом гласа, (2) непостојањем посредног надзора од стране органа државне управе и других субјеката те и (3) јавном критиком носилаца јавних и политичких функција.⁹

Аутономија медија искључује цензуру штампе и јавног информисања уопште. Цензура штампе неспојива је са доктрином о правној држави, дочим забрана књига, часописа и других облика књижевног и научног стваралаштва као израз диктатуре представља најгрубље гажење доктрине о правној држави. Ломпар у вези са тим наводи знаковите примере титоистичке диктатуре: “Окружно јавно тужилаштво тражи заплену *Књижевних новина* и истрагу против аутора једног чланка — петак, 20. август 1971. године; забрањен је часопис *Култура* због објављивања чланка Николаја Берђајева ‘Царство духа и царство ћесара’: то је исти дан, петак, 20. август 1971. године; само четири дана потом — од којих су два дана била нерадна — забрањен је ванредни број *Студента*: 24. август 1971. године; после ти дана, забрањен је број *Видика*: 27. август 1971. Од једног до другог петка изречене су четири забране различитих часописа: тако је изгледао ‘либерализам’ титоистичког система.”¹⁰

У великом броју данашњих европских држава на делу је процес формалног поштовања, а суштинског онемогућавања правне државе, обесмишљавањем правних принципа, снажним сузбијањем врлина и контролисањем јавности путем њеног вештачког обликовања. Парадигму обесмишљавања правне државе и јавног интереса могли бисмо исказати на следећи начин: људска права без збиљске слободе, страначка представничка демократија без демократског друштва и владавина на основу закона без владавине на основу права (моралних и духовних закона). За технику владања плутократске деспотије веома је важно да појединцу, у светлу његових формално признатих слобода, створи привид о постојању суверености грађанина, бирача и потрошача, с тим што

цију, непријатељство или насиље” (чл. 50 Устава Републике Србије).

⁹ М. Прица, *Правна држава и медији*, научна монографија, Ниш, 2021.

¹⁰ М. Ломпар, *Дух самопорицања*, Београд, 2020, 50–51.

— патронажом над државом и демократским политичким системом — власници крупног финансијског капитала настоје да успоставе поредак у коме су признате слободе појединца без имало колективне моћи, што доводи до потпуне подређености радника послодавцу, потрошача произвођачу, бирача политичким странкама, те аутономије (приватности) појединца државном интервенционизму.¹¹

Имајући у виду постојећу кризу доктрине правне државе, на делу је и криза медија у поретку правне државе. Данас није питање како обезбедити слободу медија од органа јавне власти, већ је питање како обезбедити да медији служе остваривању правне државе. Професор Марковић у вези са овим каже: “Данас традиционално значење слободе штампе, које се ограничава на то да штити штампу од злоупотреба државе, није више довољно. Слобода штампе, како истиче Морис Диверже, подсећа, према традиционалној концепцији, на слободу у џунгли: све животиње су заштићене од одстрела (државе), али ко ће штитити мале и средње животиње од тигрова или слонова (финансијских моћника). Штампа није слободна ако је заштићена само од државе, а не и од финансијских моћника”.¹²

3. ПРАВНО УРЕЂИВАЊЕ ЈАВНОГ ИНФОРМИСАЊА КАО АУТОНОМНЕ ДЕЛАТНОСТИ У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ

С обзиром на то да је јавно информисање слободна (аутономна) делатност у поретку правне државе – укотвљена између различитих правних добара и правних интереса – смисао правног уређивања јавног информисања је у уобличавању правних принципа и правних стандарда, с циљем правног регулисања односа између слободе медијске делатности као једног правног добра и других правних добара у поретку правне државе. Дакако да је делатност медија уређена и законским императивним нормама, али због природе медијске делатности као аутономне делатности у правном поретку – правно уређивање у медијском праву превасходно се остварује путем правних стандарда и правних

¹¹ М. Прица, *Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови*, Зборник Матице српске за друштвене науке, 184/2022, 521–537.

¹² Р. Марковић, *op. cit.*, 480.

принципа.¹³ То значи да законске императивне норме обухватају само један део делатности медија, следствено чему правни стандарди и правни принципи изражавају јавни интерес као регулативну детерминанту правног поретка у области медијског права. При томе, правно уређивање у оквиру медијског права усредоточава се на постизање равнотеже између јавног информисања и других правних добара у правном поретку. Како је делатност медија поглавито уређена правним принципима и правним стандардима, то значи да се допуштеност делатности медија по правилу мора пажљиво испитати у сваком конкретном случају, тако што ће се допуштеност медијског поступања утврдити наспрам других гарантованих правних добара и правних интереса. Одавде произлази да се мера допуштености делатности медија мањим делом утврђује применом принципа законитости у типичном значењу, а већим делом мера о којој говоримо подразумева испитивање да ли је у конкретном случају медијским поступањем прекорачена граница која означава повреду других зајемчених правних добара у поретку правне државе. Поврх тога, испитивање односа између слободе медија и других правних добара у конкретизованим правним предметима треба до доведе до утврђивања правних ставова и правних схватања који ће надаље важити као канони медијског права. Смисао медијског права и јесте у томе: да канони медијског права буду темељ на којем се подиже здање медијске просвећености, а здање медијске просвећености почива на уљудно обликованој и стручно заснованој јавности.

Медији по природи ствари могу најлакше – а притом и најгрубље – повредити слободу и индивидуална правна добра, имајући у виду свеprisутност медија у животу територијалне заједнице и размере штете која се појединцу наноси повредом слободе и људског достојанства од стране медија. Нарочито то важи за медијски неуређене државе – то су државе без медијске културе и просвећености – где припада и Република Србија данас, без обзира на постојање законског правног уређивања у овој области. Јер, сведоци смо да у нас, како штампани, тако и електронски медији, неретко сурово атакују на слободу и људско достојанство, стварајући тако штету појединцима која се уистину не може надокнадити, упркос могућности остваривања надокнаде нематеријалне штете

¹³ М. Прица, *Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и "унутрашњег правног система"*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 80/2018, 135–180.

пред судом. Према нашем мишљењу, такви медији не би требало да постоје у поретку правне државе јер као резултат њихове делатности не стају грађанско и демократско друштво.

Веома је важно имати у виду да јавно информисање припада општем добру, следствено чему сви медији, укључујући и комерцијалне, превасходно служе остваривању општих и јавних интереса. Не може постојати медиј који стоји ван јавног интереса, само се садржина јавног интереса као регулативне детерминанте разликује у зависности од врсте медија. Стога, аутономија не служи самовољи медија, већ јавном интересу, а минимум јавног интереса код свих медија садржан је у дужности објективног, непристрасног и истинитог јавног информисања.

Закон о јавном информисању и медијима као основни закон прописао је појам медија, и то методом еnumerације облика који потпадају и не потпадају под окриље позитивноправног појма медија. Битна карактеристика медија у позитивноправном значењу јесте редакцијски осмишљен склоп медијских садржаја, следствено чему унутарња организациона структура медија нужно подразумева однос између издавача медија, главних уредника и новинара, при чему унутарња организациона структура није иста код свих медија. За разлику од штампаних медија и већине електронских медија, код којих унутарње устројство подразумева искључиво однос између издавача, одговорних уредника и новинара, републички и покрајински медијски сервис као електронски медији имају и органе (управни одбор, генералног директора и програмски савет), што доприноси њиховом засебном статусу. Друго, и правни режим контроле није исти код свих медија. Примерице, контролу над радом електронских медија врши Регулаторно тело за електронске медије, при чему је контролна делатност овога тела сведена на минимум код јавних медијских сервиса, а потпуно је искључена у односу на штампане медије. То значи да се медији у позитивноправном значењу разликују према правном режиму устројства, делатности и контроле, следствено чему се уочавају врсте медија. Закон о јавном информисању и медијима у односу на штампане медије није само основни – већ је и једини меродавни – закон, који у свему уређује њихов правни режим, за разлику од електронских медија чији је правни режим регулисан Законом о електронским медијима, док је правни режим јавних медијских сервиса као електронских медија уређен Законом о јавним медијским сервисима. Одавде произлази потреба постојања неколико правних режима медија и нужност међусобне правне повезаности

медијских закона као посебних и општих закона, следствено чему би било важно утврдити критеријуме за успостављање система медијског законодавства – уређивањем односа између основног (општег) медијског закона и посебних медијских закона.¹⁴

Основни медијски закон, осим појма медија и правних принципа, уредио је и основни правни режим који важи за све медије. Општи правни режим обухвата: (1) однос између издавача, одговорних уредника и новинара; (2) регистар медија; (3) основни подаци о медију (импресум, скраћени импресум и др.); (4) дистрибуцију и чување медијских садржаја; (5) одговор на информацију и исправку информације; (6) одговорност за штету и (7) суфинансирање пројеката у области јавног информисања. Све одредбе Закона о јавном информисању и медијима непосредно се примењују на све медије, а посебним законима могу бити прописани посебни правни режими појединих медија, под условом да правни режими у питању буду усаглашени са одредбама Закона о јавном информисању и медијима. Таква два посебна правна режима медија у правном поретку Републике Србије установљена су у погледу електронских медија и јавних медијских сервиса, као једне врсте електронских медија. Смисао посебних медијских правних режима је у продубљеном и проширеном остваривању општег правног режима јавног информисања, следствено чему би идеално било остварити кружно повезивање посебних правних режима са општим правним режимом – путем потпуне усклађености свих медијских закона у систему медијског законодавства.

Правни режим електронских медија разликује се од правног режима штампаних медија, превасходно по томе што у погледу статуса и делатности електронских медија регулативну и контролну делатност врши Регулаторно тело за електронске медије, као независан субјект у институционалном поретку Републике Србије. Ово тело је надлежно и за доношење решења о издавању дозвола и одобрења за оснивање електронских медија, осим у погледу оних електронских медија који се оснивају без дозволе и одобрења. Овде на видело излази разлика између регистрације својствене штампаним медијима и режима оснивања којем подлежу електронски медији, чиме се такође потврђује посебност правног режима електронских медија.

¹⁴ М. Прица, *Уређивање односа између основног медијског закона и посебних медијских закона*, Правна ријеч, 66/2022, 211–232.

Постојање различитих правних режима појединих медија долази услед чињенице да се разликују циљеви које треба остварити у оквиру јавног информисања као области правног поретка, следствено чему правни режими уређени посебним медијским законима изражавају посебност садржине јавног интереса код појединих врста медија. Основна садржина јавног интереса под окриљем јавног информисања утврђена је основним медијским законом, а на темељу основне садржине јавног интереса из основног закона допуштено је развијати посебне правне режиме јавног информисања – делатношћу појединих медија. У том погледу, знаковити примери јесу јавни медијски сервиси и тзв. телевизије са целодржавном (националном) покривеношћу, као електронски медији који имају нарочите дужности у систему јавног информисања. Језгро јавног интереса у области јавног информисања утврђено је одредбама чл. 15 и 16 Закона о јавном информисању и медијима, што је полазиште за даље одређивање садржине јавног интереса, која ће према посебним прописима важити за телевизије са целодржавном (националном) покривеношћу и јавне медијске сервисе.

У погледу телевизија са целодржавном (националном) покривеношћу на снази је правни режим уређен одредбама Закона о електронским медијима и Правилника о минималним условима за пружање медијске услуге и критеријумима за одлучивање у поступку издавања дозволе за пружање медијске услуге на основу спроведеног јавног конкурса ("Службени гласник РС", број 46 од 13. маја 2016). У погледу програмских услова, поменути правилником прописани су минимални услови које мора испунити телевизија која претендује да добије статус медија са целодржавном покривеношћу, а минимални услови у питању подразумевају обавезу емитовања: 1) информативног програма; 2) научно-образовног програма; 3) културно-уметничког програма; 4) документарног програма; 5) дечијег програма и програма за малолетнике (члан 11 Правилника). Одавде произлази да су телевизије са целодржавном покривеношћу везане посебном садржином јавног интереса и стога имају знатно веће дужности од других телевизија, изумимајући јавне медијске сервисе чије су дужности највеће у области јавног информисања. Телевизије са целодржавном покривеношћу би обављањем своје основне делатности требало да омогуће остваривање посебних интереса у области јавног информисања и пруже опште и свеобухватне медијске услуге које подразумевају информативне, образовне, културне и забавне садржаје намењене свим деловима друштва.

Одавде произлази да је смисао посебних медијских правних режима у ствари продубљено и проширено остваривање општег правног режима јавног информисања, следствено чему би идеално било остварити кружно повезивање посебних правних режима са општим правним режимом у систему медијског законодавства, путем потпуне усклађености свих медијских закона.

С тачке гледишта правног статуса, јавни медијски сервиси се разликују од других електронских медија по томе што имају својство правног лица и статус имаоца јавних овлашћења. Други електронски медији немају својство правног лица нити статус имаоца јавних овлашћења. Статус имаоца јавних овлашћења имају субјекти територијалне заједнице који обављају делатност са наглашеним јавним интересом, што је разлог да се субјектима у питању повере поједини прерогативи јавне власти. Будући на нису носиоци јавне власти, ови субјекти означавају се изразом: “имаоци јавних овлашћења”, што долази као последица тога да су “јавна овлашћења” погодан израз за означавање прерогатива јавне власти. На овај начин се повлачи разлика између органа јавне власти и субјеката територијалне заједнице који нису носиоци јавне власти, што је исправно ако знамо да обављање делатности са наглашеним јавним интересом не представља вршење јавне власти. У нашој литератури није препознато да јавни медијски сервиси имају статус имаоца јавних овлашћења, што долази као последица конфузног гледишта о разлици између државне и недржавне управе. Дакле, у области јавног информисања статус ималаца јавних овлашћења имају Регулаторно тело за електронске медије и јавни медијски сервиси, за разлику од штампаних и других електронских медија који нису имаоци јавних овлашћења. При томе, и организациона структура јавних медијских сервиса разликује се од других електронских медија, по томе што јавни медијски сервиси имају органе које други електронски медији немају. Поврх тога и дубље гледано, јавне медијске сервисе од других електронских медија одваја степен учешћа јавности у конституисању организационе структуре и провођењу делатности јавних медијских сервиса. Закон о јавним медијским сервисима предвиђа одговорност јавног медијског сервиса наспрам јавности.¹⁵

¹⁵ М. Прица, *Правна држава и медији*, научна монографија, Ниш, 2021, 388–408.

4. АУТОНОМИЈА НОВИНАРА У ПОРЕТКУ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

Медији као субјекти правног поретка у статусном смислу почивају на нераскидивој повезаности издавача медија, одговорних уредника и новинара. Везано за правни статус медија, као веома важно поставља се питање односа између издавача медија, главног уредника и новинара, јер се у овоме односу очитује аутономија новинара и јавног информисања уопште.

Гледано према субјектима територијалне заједнице, однос између издавача, уредника и новинара подразумева постојање посебног режима правне одговорности. Наиме, лице на које се односи информација чије је објављивање у складу медијским законодавством забрањено, а које због њеног објављивања трпи штету, има право на накнаду материјалне и нематеријалне штете, независно од других средстава правне заштите која том лицу стоје на располагању. Право на накнаду штете има и лице којем није објављен одговор, исправка или друга информација чије је објављивање наложено одлуком надлежног суда, а које због необјављивања трпи штету. Одавде произлази одговорност за штету издавача медија, главног уредника и новинара, као одговорних субјеката, што долази у следству чињенице да медији немају својство правног лица. То значи да за штету не одговарају медији, већ одговарају титулари који оличавају нераскидиву персоналну повезаност у оквиру медија као субјеката правног поретка.

Поређења ради, да овде поменемо одговорност државе за штету проузроковану поступањем државних органа и државних службеника. Државни органи по правилу немају својство правног лица и никада не одговарају за штету причињену грађанима. За штету одговара држава по принципу објективне одговорности (без обзира на кривицу), а државни службеник може одговорати само када је штету проузроковао скривљено (по принципу субјективне одговорности), при чему се и у том случају кривица јавља као услов за својство туженог, али не и као основ правне одговорности. Између државе, државних органа и државних службеника постоји стална и нераскидива органска веза, као што унутар медија постоји нераскидива персонална повезаност између издавача медија, одговорног уредника и новинара.

Новинар, односно одговорни уредник одговара за штету насталу објављивањем информације, ако се докаже да је штета настала његовом кривицом. Издавач одговара за штету насталу објављивањем информа-

ције, као и за пропуштање објављивања информације, без обзира на кривицу. Одавде произлази да оштећени може увек тужити издавача медија, а уредника и новинара може тужити само ако је штета проузрокована њиховом кривицом. Гледано из угла оштећеног, право на надокнаду штете остварује се по принципу објективне одговорности, што значи да оштећени у смислу остваривања одштетног захтева нема обавезу доказати да је штета проузрокована скривљено. Оштећени има само обавезу доказати да му је штета проузрокована противправно. Обавезу доказивања да је штета проузрокована скривљено оштећени има само у погледу својства туженог, када одлучи да уместо издавача медија за надокнаду штете тужи одговорног уредника или новинара. Посматрано из угла циљева јавног информисања, смисао оваквог правног пута је у потреби постизања пуне медијске одговорности посленика јавног информисања. За оштећеног је увек правно једноставнији пут да тужи издавача медија, имајући у виду да је у том случају питање кривице потпуно правно ирелевантно. С друге стране, то што се у својству туженог могу појавити одговорни уредник и новинар, треба да допринесе њиховом савеснијем и одговорнијем поступању поводом послова који обављају. Поврх тога, на овај начин се доприноси успостављању равнотеже статуса и међусобних односа између издавача медија, одговорног уредника и новинара, следствено чему наведени режим одговорности има двоструки разлог постојања.

С друге стране, аутономија медија није само израз потребе да медиј као субјект правног поретка буде независан од утицаја органа државне управе, већ се аутономија о којој говоримо остварује и под окриљем медија, у делу правне заштите аутономног статуса новинара наспрам надзорне улоге главног уредника и издавача медија.

Наш основни медијски закон предвиђа да главни уредник медија има својство одговорног уредника тог медија. Одговорни уредник за поједино издање, рубрику, односно програмску целину одговара за садржај који уређује. Одговорни уредник не може бити лице које ужива имунитет од одговорности. За одговорног уредника именује се лице које има пребивалиште на територији Републике Србије.

Поврх тога, најважнији аспект независних медија је аутономија новинара, следствено чему је наш основни медијски закон утврдио неколико гаранција аутономије новинара.

Прво, новинару не може престати радни однос, умањити се уговорена зарада или уговорена накнада за рад, нити се на други начин

ставити у неповољнији положај због тога што је у јавном гласилу објавио истиниту тврдњу или изнео мишљење, као ни због тога што је своје мишљење изнео ван медија као лични став.

Друго, новинар има право да одбије да изврши налог уредника ако би се поступањем у складу с тим налогом кршио пропис, правила струке и етика новинарске професије. Да бисмо схватили смисао аутономије новинара, умесно је подсетити на положај државног службеника наспрам налога које службеник прима од надређенога старешине. Наиме, државни службеник нема право да одбије извршење налога надређеног старешине, чак ни када је у питању протизаконити налог, осим ако би извршење налога представљало кривично дело. Овакав режим у државној управи долази као последица хијерархијског принципа оличеног у надређености и подређености виших и нижих места на хијерархијској лествици. Однос између главног уредника и новинара није однос надређености и подређености, већ однос заснован на правним и етичким стандардима својственим природи новинарске професије као аутономне делатности у правном поретку.

Треће, прилог новинара чији је смисао измењен у уређивачком поступку не сме се објавити под његовим именом без његовог пристанка, што такође потврђује потребну заштиту аутономног статуса новинара.

Четврто, новинар није дужан да открије извор информације, осим података који се односе на кривично дело, односно учиниоца кривичног дела за које је као казна прописан затвор у трајању од најмање пет година, ако се подаци за то кривично дело не могу прибавити на други начин. Овде такође долази до изражаја правна особитост статуса новинара. Поређења ради, ако полиција позове грађанина на разговор ради прикупљања одређених обавештења, грађанин је дужан предочити полицији информације којима располаже о извршеном кривичном делу јер би у противном могао доћи под удар кривичног гоњења због непријављивања кривичног дела, имајући у виду да непријављивање кривичног дела представља кривично дело. Дакле, грађанин је дужан доставити информације о сваком кривичном делу, без обзира на висину запрећене санкције, док је новинар дужан да открије извор информације само за кривично дело са запрећеном казном затвора у трајању најмање пет година, а и тада само ако се подаци за то кривично дело не могу прибавити на други начин.

Пето, новинари могу слободно оснивати своја удружења, у складу са законом којим се уређују удружења. Удружење новинара има правни

интерес за мешање у радном спору у коме учествује члан тог удружења, ако се он томе не противи.

С тачке гледишта правне државе и демократског друштва, нема ваљаних медија без устину независних и врлином обдарених новинара, као што уосталом нема ни независног судства без морално беспрекорних, храбрих и образованих судија. Новинар у једној руци носи фењер са настојањем да силином знања осветли све оно што је тамно, као и да учини јавним све оно што је тајно, док у другој руци новинар носи барјак слободе и правде, како би могао да служи јавном интересу и врлини. Према томе, посве је природно да новинар буде оличење врлине али и да буде заштитник врлине, што је услов за одистинску изградњу грађанског друштва и демократског друштва.

Испуњеност формалних услова за обављање одређених позива и функција по правилу се везује за одређене ступњеве стеченог формалног образовања и радног искуства, али формални услови у питању нису од значаја када је реч о врлинама – које су услов за ваљано обављање позива и функција. Врлине стоје у нераскидивој повезаности са моралним дужностима. Врлина као етичка детерминанта уграђена је у делатност медија обавезом новинара да делатност јавног информисања обављају истинито, објективно и непристрасно. Отуда је позив новинара позвање морално беспрекорних, образованих, храбрих и талентованих људи. Поврх тога, медији су субјекти који имају дужност да омогуће јавну дебату о питањима која подлежу утврђивању јавног интереса, следствено чему су новинари у служби демократског друштва, као позорнице на којој се одвија истинска јавна дебата о свим питањима припадајућим јавној сфери. Медији утеловљују јавност, а јавност као демократска детерминанта правне државе показатељ је развијености грађанског и демократског друштва.

Без јавног информисања демократско друштво нема свог садржаја, али без истине – јавно информисање нема свог смисла. Стога је аутономија новинара оправдана једино ако читује истину и „слободу духа”: „Под слободом духа” подразумевам нешто сасвим одређено: стање у коме је човек за сто копаља изнад филозофа и других апостола „истине” по својој строгости према самом себи, по својој чистоти и смелости, по својој безусловној вољи да каже не тамо где је не опасно. Досадашње филозофе сматрам као „слободоумњаке” достојне презрења, који се крију под капуљачом жене „истине”.¹⁶

¹⁶ Ф. Ниче, *Воља за моћ, покушај преоцењивања свих вредности*, Београд, 2015, 287.

ЛИТЕРАТУРА

1. Буквић, Р., *Вашиingtonски консензус и деиндустријализација источне и југоисточне Европе*, Нова српска политичка мисао, бр. 1-2/2012, 7–28;
2. Вујадиновић, Д., *Цивилно друштво и политичка култура*, Филозофска истраживања, 1/2008, 21–33;
3. Ђурковић, М., *Ширење цензуре и аутоцензуре – медији, друштвене мреже и судска пракса*, Медијска политика и евроинтеграције: зборник радова, Београд, 2020, 118–128;
4. Илић, М., *Забрана излажења новина*, Административно право и други радови, Београд, 1998;
5. Карајлић, Н., *Фајронт Сарајево*, Београд, 2014;
6. Киш, Д., *Час анатомије*, Београд, 2015;
7. Лаус, З., *О уставној демократији*, Политичка мисао, 3/1998, 137–147;
8. Ломпар, М., *Дух самопорицања*, Београд, 2020;
9. Лукић, Р., *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд, 1995;
10. Живановић, Т., *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд, 1997;
11. Марковић, Р., *Уставно право*, двадесет пето поновљено издање, Београд, 2020;
12. Марковић, С., *Манифест против империје*, Сремски Карловци / Нови Сад, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, 2013;
13. Ниче, Ф., *Воља за моћ, покушај преоцењивања свих вредности*, Београд, 2015;
14. Павловић, М., *Уставотворство пре 100 година: штампа према Видовданском уставу*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/2021, 341–361;
15. Петровић, М., *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд, 1981;
16. Петровић, М., *Наука о управљању као претпоставка управне политике*, друго исправљено издање, Ниш, 2010;
17. Петровић, М., Прица, М., *Увод у велике правне и управне системе са европским управним правом*, Ниш, 2015;
18. Прица, М., *Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и “унутрашњег правног система”*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 80/2018, 135–180;

19. Прица, М., *Управна ствар и управно-судска ствар*, Зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, 2019, 597–639;
20. Прица М., *Криза законодавства у поретку правне државе*, Правна традиција и интегративни процеси, зборник радова, Косовска Митровица, Правни факултет Универзитета у Приштини, 2020, 111–131;
21. Прица, М., *Правна држава и медији – канони медијског права*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2021;
22. Прица, М., *О територијалној заједници као правном појму – скица за разумевање локалне самоуправе као институције*, Локална самоуправа: како из круга неразвијених, зборник радова са међународног округлог стола одржаног 17–19. септембра 2021. године на Власини, Београд, Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије, 2021, 166–181;
23. Прица, М., *Уређивање односа између основног медијског закона и посебних медијских закона*, Правна ријеч, 66/2022, 211–232;
24. Прица, М., *Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови*, Зборник Матице српске за друштвене науке, 184/2022, 521–537;
25. Reese-Schäfer, W., *Civilno društvo i demokratija*, *Politička misao*, 3, 200465–79.

Prof. Miloš Prica, LL.D.*

CANONS OF THE MEDIA AUTONOMY IN THE ORDER OF THE LEGAL STATE

***Abstract:** Freedom of the media also has the character of legal goods in the order of legal state and is set up between general and private interests; common goods and individual legal goods; interventionism of the state authority organs and autonomy of civil society, and institutional order of public authority and institutional order of territorial (spatial) community. Media law is defined as a system which comprises of teleological, systemic and regulatory legal positions, whereas public information is based on public interest as regulatory, ethical and democratic determinant in the legal state order, meaning that the media activities are founded on written law as regulatory determinant, the public as democratic determinant and virtue as ethical determinant of public interest. The presence of various legal regimes of specific media derives from the fact that goals which are to be accomplished within public information system as the legal order system are different. Consequently, legal regimes defined by social media laws reflect the uniqueness of the content of public interest at specific types of media. The basic content of public interest under the patronage of public information has been defined by fundamental media law. Based on the essential content of the public interest defined in the fundamental law, it is allowed to develop special legal regimes of public information- by actions of specific media. The media are subjects of territorial community and are in obligation to inform the public in an objective, impartial and truthful manner. As public information is regarded as common good, all media, including commercial media, primarily aim at achieving common and public interest, but the content of public interest differs in some media. The greatest impact in the legal order of a state is attributed to electronic media, especially to televisions with state (national) coverage and so-called public service broadcasters as media which should accomplish special goals in the field of public information. Televisions with state coverage and public service broadcasters that primarily aim at*

*Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš. Republic of Serbia

accomplishing general interests are bounded by special content of the public interest and thus have more duties compared to other televisions which is, unfortunately, not in concordance with the current circumstances in the field of public information in the Republic of Serbia.

Keywords: *democratic society, public interest, written law, publicity, virtues, culture promotion*

PRIMJENA I EVOLUCIJA SPORA PUNE JURISDIKCIJE

Prof. dr Goran Branković*

***Apstrakt:** U praksi Evropske komisije za ljudska prava i Evropskoga suda za ljudska prava prihvaćeno je tumačenje da sud koji odlučuje o “upravno sudskim pravima odnosno obavezama” mora imati ovlaštenje samostalnog utvrđivanja činjenica, odnosno samostalnog izvođenja i ocjenjivanja dokaza. Drugim riječima, mora biti sud pune jurisdikcije. Razlog neusklađenosti našeg upravnosudskog postupkovnog prava s navedenim zahtjevima Konvencije ponajprije se nalazi u tome što se upravni spor vodi kao spor o zakonitosti upravnog akta, dok je mogućnost vođenja spora pune jurisdikcije uglavnom ograničena, u skladu s tradicionalnim mišljenjem da sudstvo ne bi trebalo odlučivati u upravnim stvarima, a na što ukazuju i odredbe Zakona o upravnim sporovima.*

***Ključne riječi:** upravni spor, prava i obaveze građana, samostalno izvođenje i ocjena dokaza, Evropska konvencija, ljudska prava, usmena rasprava, javna sjednica.*

* Fakultet pravnih nauka
Univerzitet za poslovne studije, Jovana Dučića 23A, Banja Luka
goranb06@gmail.com

UVOD

Sljedeća značajna problematika upravnog sudstva jeste kvalitet pravila sadržanih u odredbama Zakona o upravnim sporovima. Ovo se pitanje pokazuje kao vrlo aktuelno kada se ima u vidu obaveza Republike Srpske i Republike Bosne i Hercegovine da primjenjuje Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹, te kada se postavi pitanje usklađenosti odredaba Zakona o upravnim sporovima s ovom konvencijom. Potrebno je, dakle, osnovna načela dobre uprave, prihvaćena u evropskom upravnom prostoru, ugraditi u naše opšte upravnosudsko zakonodavstvo. Prvenstveno, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda² Vijeća Evrope u svakom postupku zaštite građanskog prava, između ostalog, zahtijeva efikasno provođenje prava na žalbu, uz koje posebno vezuje ovlaštenje tijela koje odlučuje po pravnome lijeku da samostalno utvrđuje činjenice, odnosno samostalno izvodi i ocjenjuje dokaze te da postupak u kojem odlučuje bude pravičan, a odluka donesena pravovremeno.

Dok se pitanje pravovremenog donošenja odluke više odnosi na efikasnost rada, ostala navedena pitanja svakako su pravne prirode.

Prema odredbama važećeg Zakona o upravnim sporovima propisano je da nadležni sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti u pravilu na nejavnim sjednicama. Na taj način znatno je umanjen nivo i kvalitet zaštite koja se građanima i ostalim subjektima pruža u okviru upravnog spora. Potrebno je naglasiti da sud ima zakonsku mogućnost za održavanje usmene rasprave jer je članom 25 stav 2 Zakona o upravnom sporu Republike Srpske propisano: “Zbog složenosti sporne stvari ili ako nađe da je to potrebno radi boljeg razrješenja stvari, sud može riješiti da se održi usmena rasprava. Sud može održati usmenu raspravu i u slučaju kada je neka od stranaka u tužbi, odnosno blagovremenom odgovoru na tužbu predložila da se rasprava održi”. Dakle, zakonom je samo propisana mogućnost ali ne i obaveza održavanja usmene rasprave i praktično po sadašnjem zakonskom rješenju održavanje usmene rasprave u upravnom sporu zavisi od postupajuće volje sudije. Izostanak usmene rasprave te s time povezan nedostatak mogućnosti nadziranja utvrđenog činjeničnog stanja znatno ograničava mogućnosti nadležnog suda da utiče na smanjenje pogrešaka u upravnom postupanju³.

¹ Aviani, Damir, *Pojam i izvori upravnog prava Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, vol. 15, 2002.

² D. Đerđa, *Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme*, Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29, br. 1, (2008).

³ G. Branković, *Sudska praksa i upravni spor*, Banja Luka, (2017), str. 64.

Upravni spor ograničene i upravni spor pune jurisdikcije

Standardna podjela upravnog spora je na upravni spor ograničene i upravni spor pune jurisdikcije. Osnov ove podjele leži u prirodi i širini sudskih ovlaštenja, a ne u pravnoj prirodi tužiočevog zahtjeva. Ova se podijela izvodi iz pozitivnog prava, zbog čega se smatra ključnom te joj se među svim postojećim podjelama pridaje najveći značaj.

Spor ograničene jurisdikcije predstavlja takvu vrstu spora u kome se sudska vlast prvo svodi na ocjenu zakonitosti tužbom osporenog upravnog akta. Kada nađe da je tužba osnovana, nadležni sud će poništiti osporeni upravni akt kao nezakonit. Ovdje je potrebno naglasiti da su ovlaštenja suda ograničena i iscrpljuju se u kasatornom djelovanju. Nakon poništavanja akta sud predmet vraća na ponovno rješavanje nadležnom organu uprave kako bi on postupio po presudi i donio novi upravni akt.

Opšti je princip da svi pojedinačni akti organa državne uprave i drugih državnih organa koji obavljaju upravne poslove, kao i pojedinačni akti koje donose institucije u vršenju javnih ovlaštenja, moraju biti zasnovani na zakonu (princip zakonitosti). Ovaj princip imao je odraza u svim našim zakonima kojima je regulisana materija o postupcima, pa prema tome i u upravnom postupku. U njima je proklamovano da su svi organi i institucije koje postupaju u upravnim stvarima dužni rješavati na osnovu zakona, drugih propisa organa i opštih akata institucija koje oni donose na osnovu javnih ovlaštenja. Upravni akt donesen u skladu s ovim propisima, bilo da su oni formalne ili materijalne prirode, zakonito je donesen upravni akt. Ali, i pored ovog principa, dešava se da organi i institucije donesu nezakonite pojedinačne upravne akte, kojima rješavaju o pravima, obavezama ili pravnim interesima pojedinaca, pravnih lica i drugih stranaka u upravnom postupku. Nezakoniti akti mogu se donijeti i u prvostepenom i u drugostepenom upravnom postupku. Zato je dato pravo nadležnom sudu da na tužbu stranke ispita zakonitost upravnog akta, odnosno da zaštiti prava građana i drugih stranaka koja su im zagarantovana propisima. Svakako da treba praviti razliku u pogledu pokretanja upravnog spora protiv prvostepenih upravnih akata, jer je protiv njih moguće pokrenuti upravni spor samo onda kad su konačni, odnosno kad se protiv njih ne može izjaviti žalba kao redovni pravni lijek. Prema tome, u upravnom sporu o zakonitosti upravnog akta predmet je ocjena zakonitosti tog akta, a ne i rješavanje upravne stvari. Spor ograničene jurisdikcije ne podrazumijeva nikakva ograničenja suda u pogledu provjeravanja zakonitosti upravnog akta koji se osporava, što znači

da se sud slobodno upušta u neposredno ispitivanje i pravnih pitanja koja se tiču konkretne pravne stvari.

Kad sud ocijeni da upravni akt nije zakonito donesen, on će takav akt samo poništiti i vratiti ga nadležnom organu ili određenoj instituciji na ponovno rješavanje s ciljem otklanjanja utvrđenih nezakonitosti.

U sporu pune jurisdikcije sud raspolaže širim i potpunijim ovlaštenjima koja podrazumijevaju da je ovlašten da se nakon poništenja nezakonitog akta upusti u suštinsko rješavanje same upravne stvari. U ovom slučaju sud ne vraća istu pravnu stvar na ponovno rješavanje nadležnom upravnom organu već meritorno i neposredno odlučuje o određenim pravima tužioca.

Ovdje je potrebno naglasiti da sud nikada nije obavezan da upravni spor rješava u punoj jurisdikciji, već je u pitanju pravna mogućnost čije korištenje zavisi od odluke i procjene nadležnog suda.

Za razliku od upravnog spora o zakonitosti upravnog akta gdje je predmet sporna zakonitost upravnog akta, u upravnom sporu pune jurisdikcije predmet je utvrđivanje individualne pravne situacije u cjelini. Dakle, u ovoj vrsti upravnog spora sud se ne ograničava samo na ocjenu zakonitosti upravnog akta, nego ima šira ovlaštenja, ulazi i u njegovu svrsishodnost. Prilikom utvrđivanja određene individualne pravne situacije, sud može da je potvrdi, izmijeni ili ukine, odnosno sud se ne ograničava samo na poništavanje upravnog akta i njegovo vraćanje na ponovni postupak organu koji ga je donio, nego upravnu stvar rješava sam u meritumu. Presuda suda donesena u upravnom sporu pune jurisdikcije u svemu zamjenjuje upravni akt koji je poništen. Dakle, u sporu pune jurisdikcije sud, pored tipičnih sudskih ovlaštenja, posjeduje i ovlaštenja koja izvorno pripadaju upravi pa se u vezi sa tim s pravom često postavlja pitanje očuvanja principa podjele vlasti.⁴ Treba istaći da se upravni spor pune jurisdikcije ne može voditi u svim upravnim stvarima te da u tom pogledu ZUP propisuje određene uslove. Prema našem pravu, spor pune jurisdikcije načelno se može voditi samo u slučaju kada sud koji je nadležan za njegovo raspravljavanje tako procijeni i pod uslovom da vođenje takvog spora dozvoljava priroda konkretne pravne stvari i ako podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to. Tako donijeta presuda u svemu će zamijeniti poništeni upravni akt.⁵ Iako u zakonu nije precizno navedeno kada priroda stvari dozvoljava vođenje spora pune jurisdikcije, može se osnovano zaključiti da se ovaj spor može voditi protiv akata kojim je nadležni upravni

⁴ M. Rađenović, *Pravo upravnog spora*, 1010, str. 59.

⁵ Zakon o upravnom postupku, „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 109/05.

organ odbio neki zahtjev tužioca. Potrebno je naglasiti da je prema članu 31 stav. 4 Zakona o upravnom sporu postupak koji se vodi po tužbi zbog ćutanja uprave eksplicitno određen kao spor ograničene jurisdiccije.

Kada sud na raspravi utvrdi drugačije činjenično stanje od onog koje je utvrđeno u upravnom postupku i otkloni povrede pravila upravnog postupka, ovlašten je da u sporu pune jurisdiccije poništi osporeni upravni akt i prvostepeni akt ako je i on sadržavao iste nedostatke i sam riješi konkretnu upravnu stvar (član 29 stav 2 Zakona o upravnom postupku).

Drugi oblik upravnog spora pune jurisdiccije u domaćem pravu je odlučivanje presudom i o zahtjevu tužioca za povrat stvari ili naknadi štete po osnovu poništenog upravnog akta. Sud ima mogućnost meritornog odlučivanja u navedenim slučajevima samo kada podaci postupka daju pouzdanu osnovu za donošenje takve odluke. Potrebno je znati da se kod nas u ovom slučaju radi o neobaveznom sporu pune jurisdiccije.⁶ Naši sudovi u upravnom sporu rijetko odlučuju o naknadi štete i povratu stvari i najčešće upućuju tužioca da zaštitu svojih prava ostvaruje u parnici kod drugog stvarno nadležnog suda.

Obavezan spor pune jurisdiccije javlja se u vezi sa neizvršenjem pravosnažnih sudskih odluka od strane tuženih upravnih organa. Zakon o upravnim sporovima propisuje da, ukoliko nadležni upravni organ nakon poništenja osporenog upravnog akta ne donese odluku prema shvatanjima i uputama suda u pogledu vođenog postupka pa nezadovoljni tužilac ponovo ustane tužbom, sud je dužan u navedenom slučaju poništiti novodoneseni upravni akt i svojom presudom sam riješiti predmetnu upravnu stvar (član 51).

Iz ovog proizlaze uslovi za rješavanje u sporu pune jurisdiccije: a) da priroda stvari to dozvoljava; i b) da podaci postupka pružaju pouzdanu osnovu za to. Najčešći slučajevi kada priroda stvari ne dozvoljava ovakvo postupanje suda jesu rješavanje upravnih stvari po slobodnoj (diskrecionoj) ocjeni organa (npr. dozvola za nabavku i nošenje oružja i dr.). Što se tiče podataka koji pružaju pouzdanu osnovu za ovakvo odlučivanje, njihovo postojanje sud cijeni u svakom konkretnom slučaju. Presuda donesena u ovom sporu pune jurisdiccije predstavlja osnovu za izvršenje, na isti način kao i upravni akt. Treba istaći da je ova vrsta upravnog spora mnogo efikasnija od spora koji se ograničava samo na ispitivanje i odlučivanje o zakonitosti upravnog akta, jer stranka brže dolazi do svojih prava, s obzirom na to da se upravna stvar okončava na sudu i ne vraća se ponovo nadležnom organu na rješavanje.

⁶ Dragan Milkov, *Upravno pravo III, Kontrola uprave,...*, 2003, str. 65.

Sud u upravnom sporu može sam riješiti upravnu stvar (meritorno rješavanje) i u slučaju „šutnje uprave”. Naime, kada nadležni organ po zahtjevu stranke ne donese odgovarajući upravni akt u određenom roku, koji bi trebalo da bude konačan (nema mjesta žalbi), stranka može pokrenuti upravni spor isto kao da je njen zahtjev riješen negativno. Tada sud donosi presudu i određuje rok u kojem nadležni organ treba da donese upravni akt. Ali, ako taj organ ni u ovom naknadnom roku ne postupi po presudi, sud će, uz ispunjenje određenih uslova, na zahtjev stranke donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje upravni akt tog organa (član 52 stav 2). Sudsko intervenisanje u ovom slučaju realizuje se ne samo putem donošenja presude kojom se razrješava sporna sudska stvar, već i donošenjem rješenja kojim se neposredno sudski odlučuje o toj neposrednoj upravnoj stvari čija je zakonitost, po mišljenju tužioca, bila dovedena u pitanje.

I na kraju, slučaj spora pune jurisdikcije poznaje i Zakon o upravnom postupku. Tako npr. stranka može, usljed vanrednog ukidanja rješenja koje je izvršeno, pretrpjati određenu štetu. Tada ona ima pravo na naknadu, ali samo stvarne štete, o čemu odlučuje takođe sud u upravnom sporu⁷.

Primjena upravnog spora pune jurisdikcije

Polazeći od osnovnih teorijskih opredjeljenja upravnog spora pune jurisdikcije u našem pravu, pokušaćemo ukazati na značaj potrebe smjelijeg i češćeg korištenja ustanove pune jurisdikcije, i novih rješenja u zakonodavstvu, koja bi potaknula efikasnije ostvarivanje ciljeva upravnog spora pune jurisdikcije i pridonijela efikasnijoj pravnoj zaštiti. Motiv za to: brže rješavanje sporova, sudska praksa mora započeti s liberalnijim tumačenjem potrebe tužbe, te preko tužbenog petita, po vlastitoj inicijativi, pretvarati sporove o zakonitosti u sporove pune jurisdikcije. Jednak bi motiv trebalo da inspiriše sudska praksu i pri prekoračenju zabrane, da se upravni sporovi rješavaju na podlozi činjenica utvrđenih u upravnom postupku. Sud treba i sam da utvrđuje činjenično stanje.

Ovaj zadatak je od odlučujuće važnosti u vrijeme kad se ljudska prava jako priznaju i štite i kad je državna vlast po zakonu zadužena za višestruke javne interese, na koje se, ovisno o slučaju, pozivaju oni koji traže pravdu ili koji im se suprotstavljaju. Autoritet upravnog suda mora biti jamstvo stranci da se o njezinim pravima i dužnostima odlučivalo na najkvalitetniji način,

⁷ G. Branković, *Sudska praksa i upravni spor*, Banja Luka, (2017) str. 62.

stoga ističemo kako je ulaženje u upravni spor pune jurisdikcije u skladu s institutom zaštite prava građana. Naime, upravo u takvim sporovima sudije tradicionalno imaju najšire ovlasti. Ne samo da mogu poništiti, već i izmijeniti, odnosno preurediti upravnu odluku, pa čak je i zamijeniti vlastitom odlukom. Upravni sudija odlučuje istovremeno po pravu i činjenicama, po istim uslovima kao i sudija kada donosi presude u sporovima između privatnih osoba.

Kada se analiziraju odredbe Zakona o upravnim sporovima koje su mjerodavne za upravno-sudski postupak, postavlja se pitanje da li se sud, kad odlučuje po pravilima o upravnom sporu, može smatrati sudom u smislu odredbe članka 6 Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama⁸.

Smatramo da se sud koji rješava upravne sporove ne može smatrati sudom u smislu navedenog člana 6 Konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, a što potvrđuje i mišljenje Ustavnog suda Republike Hrvatske koje je izraženo u odluci Ustavnog suda br. U-I-745/1999. od 8. studenog 2000. Godine, kojom je Ustavni sud pokrenuo postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom i ukinuo neke odredbe Zakona i utvrdio da Upravni sud nije sud pune jurisdikcije. Ovo se posebno odnosi na odredbe o ovlastima suda da samostalno utvrđuje činjenično stanje te u vezi s tim provede usmenu raspravu⁹.

Upravni spor pune jurisdikcije nije čest u praksi. Ovakva situacija u sudskoj praksi ne znači da mogućnost meritornog odlučivanja suda treba

⁸ Vidi: Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine" – Međunarodni ugovori br. 18/97 od 28. listopada 1997). Pročišćeni tekst Konvencije zajedno s protokolima objavljen je u "Narodnim novinama" – Međunarodni ugovori br. 6/99, od 18. svibnja 1999, a njegov ispravak u broju 8/99. Ratifikacijom i objavom u "Narodnim novinama" kao službenom glasilu Republike Hrvatske, ta je konvencija, prema članku 140 Ustava, postala dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske.

⁹ Što se tiče utvrđivanja činjeničnog stanja, sud ih u pravilu ne utvrđuje, i spor rješava spor na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku.

Vezanost upravnog suda na činjenično stanje u upravnom postupku primjereno je temeljnoj karakteristici upravnog spora o zakonitosti upravnog akta. Potrebno je napomenuti da samo u nekoliko zakonom predviđenih situacija sud može, ako se na to odluči, i sam utvrđivati činjenično stanje i na njegovoj podlozi donijeti presudu, odnosno rješenje: ako bi poništenje osporenog upravnog akta i ponovno vođenje postupka kod nadležnog tijela izazvalo za tužitelja štetu koja bi se teško mogla popraviti ili ako je na temelju javnih isprava ili drugih dokaza u spisima predmeta očito da je činjenično stanje drugačije od onoga utvrđenog u upravnom postupku ili ako je u istom sporu već jednom poništen upravni akt, a nadležno tijelo nije postupilo po presudi. Upravni sud je također i u slučaju tzv. „šutnje administracije” imao priliku, ako se odluči uvažiti tužbu i presudom riješiti upravnu stvar (umjesto da vrati predmet tuženoj strani i odrediti u kojem smislu ima donijeti rješenje), samostalno utvrditi činjenično stanje.

eliminirati iz Zakona. Ona prije svega ukazuje na potrebu preformuliranja zakonskih odredaba u smislu preciznijih formulacija i povećanja stepena obaveznosti odlučivanja u sporu pune jurisdikcije.

U prilog sporu pune jurisdikcije u vezi s našom praksom izlagani su naročito sljedeći argumenti: sud u upravnom sporu ne ograničava se samo na ispitivanje zakonitosti već ulazi u suštinu same stvari, ne donosi samo odluku o tome ima li stranka ili nema određena prava, oko čega se i vodi spor.

Presude u sporu o zakonitosti ne rješavaju realne probleme iz života već se ograničavaju na rješavanje apstraktno-pravnih pitanja zakonitosti, po-primaju usljed toga formalistički karakter i teško su razumljive i prihvatljive za stranku i uopšte širi krug ljudi¹⁰. Ako sud poništi odlukom nezakoniti akt, on predmet ponovno vraća tuženom tijelu da bi ovaj ponovno rješavao. Ovaj, opet, često insistira na svojim stavovima, odugovlači postupak iz ovih ili onih razloga itd. Na taj način spor o zakonitosti postaje nedovoljno efikasan instrument zaštite prava stranaka, odnosno osiguranja zakonitosti rada uprave. Nekad postaje i upravno besmisleno poništavati akt i upućivati ga na novi postupak umjesto da sud sam riješi sporni odnos i tako osigura brzu i efikasnu pravdu, dakle zakonitost.

Nesporo je da tužbe treba da se razlikuju po prirodi parnice, prirodi predmeta spora, po karakteru parnice, po zahtjevu postavljenom sudu, u sadržaju sudske odluke donijete na temelju tužbe, pravnoj snazi sudske odluka, u značajnoj razlici u širini ovlasti suca (sudac je u području spora o zakonitosti liberalniji glede pokretanja spora nego kod pune jurisdikcije, kao i u proceduri). To znači da, zbog zakonodavnih promjena ili promjene sudske prakse, pravni put spora o zakonitosti može biti proširen ili sužen. Iz tih promjena ne treba zaključivati radi li se o nazadovanju ili napredovanju spora o zakonitosti. Upravni spor pune jurisdikcije pokazuje se kao sastavljeni spor, savršeno heterogen, za razliku od spora o zakonitosti.

Upravni sud bi trebalo u sporu pune jurisdikcije da ocijeni ne samo zakonitost upravnog akta, nego ako utvrdi postojanje nezakonitosti treba sam meritorno da riješi sporno pitanje. Na taj način sud djeluje prilikom rješavanja konkretnog pitanja umjesto nadležnog tijela. Zato bismo mogli reći da spor o zakonitosti i spor pune jurisdikcije funkcionišu kao "par" pokrivajući tako većinu radnji pokrenutih pred upravnim sudom. Moguća nova zakonodavna rješenja koja apsolutno podupiru upotrebu spora pune jurisdikcije može samo uzrokovati još veću zbrku u upravnom sudstvu – jer moramo biti svjesni da je

¹⁰ Berend, Ivan (2001). *Centralna i istočna Evropa 1944–1993*. Podgorica: CID

spor o zakonitosti dugo bio privilegovani instrument našeg upravnog sudstva. Naravno, da mora postojati konkurencija među sporovima, i znamo da je spor pune jurisdikcije efikasniji, u smislu da je njime lakše polučiti konkretnije i sigurnije rezultate, a ujedno i trenutne. Ovdje se manifestovao i (kada se radi o najspektakularnijim odredbama) uticaj (i/ili pritisak) pravne prakse Evropskog suda za ljudska prava, čiju težinu možemo procijeniti i o kojem znamo da privileguje upotrebu pune jurisdikcije i da činjenično insistira na njoj u svim sporovima za koje smatra da spadaju u njegovo područje nadležnosti. Njegove presude idu u sličnom smjeru, kojim se predviđa da sporovi s punom jurisdikcijom napreduju kako u zamislama, tako i u stvarnosti, jer su ažurniji, manje dramatični i razarajući od čistog poništenja, no ipak spor o zakonitosti treba “živjeti” i imati određeno mjesto u našem pravnom sistemu¹¹.

Mogući pravci reforme upravnog spora

Sljedeća značajna problematika upravnog sudstva jeste kvalitet pravila sadržanih u odredbama Zakona o upravnim sporovima. Ovo se pitanje pokazuje kao vrlo aktuelno kada se ima u vidu obaveza Republike Srpske i Republike Bosne i Hercegovine da primjenjuje Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te kada se postavi pitanje usklađenosti odredaba Zakona o upravnim sporovima s ovom konvencijom. Potrebno je, dakle, osnovna načela dobre uprave, prihvaćena u Evropskom upravnom prostoru, ugraditi u naše opšte upravnosudsko zakonodavstvo. Prvenstveno, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Vijeća Evrope u svakom postupku zaštite građanskog prava, između ostalog, zahtijeva efikasno provođenje prava na žalbu, uz koje posebno vezuje ovlaštenje tijela koje odlučuje po pravnome lijeku da samostalno utvrđuje činjenice, odnosno samostalno izvodi i ocjenjuje dokaze te da postupak u kojem odlučuje bude pravičan, a odluka donesena pravovremeno.

Dok se pitanje pravovremenog donošenja odluke više odnosi na efikasnost rada, ostala navedena pitanja svakako su pravne prirode.

U praksi Evropske komisije za ljudska prava i Evropskoga suda za ljudska prava prihvaćeno je tumačenje da sud koji odlučuje o “upravnom pravu odnosno obavezi” mora imati ovlaštenje samostalnog utvrđivanja činjenica, odnosno samostalnog izvođenja i ocjenjivanja dokaza¹². Drugim riječima,

¹¹ G. Branković, *Sudska praksa i upravni spor*, Banja Luka (2017), str. 271.

¹² Jerovšek, Tone, *Iskustva Slovenije u upravnom sudovanju i konceptualne promjene u*

mora biti sud pune jurisdikcije. Pravilna primjena ove konvencije u našoj zemlji stoga je vrlo upitna, jer zahtijeva nezavisnost tijela koje odlučuje o građanskom pravu odnosno obavezi. Prema ustaljenoj praksi Evropske komisije i Evropskoga suda¹³, upravna tijela u pravilu ne udovoljavaju, zbog vezanosti nižih upravnih tijela za upute viših upravnih tijela, hijerarhijski formirane odgovornosti u obavljanju upravnih djelatnosti te odgovornosti upravnih tijela, odnosno izvršne vlasti zakonodavnoj vlasti. No, valja napomenuti da je u praksi Evropske komisije i Evropskoga suda prihvaćeno i tumačenje prema kojem se ne radi o povredi Konvencije ako o građanskim pravima i obavezama odlučuje tijelo koje ne udovoljava zahtjevima ako je osigurano naknadno preispitivanje odluke od strane tijela koje tim zahtjevima udovoljava, konkretno, od strane suda pune jurisdikcije.

Član 6 stav 1 Konvencije¹⁴ ujedno zahtijeva da postupak bude pravičan, a prema praksi Evropske komisije i Evropskog suda, pravičnost postupka zahtijeva da on, između ostaloga, bude usmen i kontradiktoran, a što je potvrđeno i u presudi *Fredin v. Sweden*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A., Vol. 283. 1994.

Odredbama važećeg Zakona o upravnim sporovima propisano je da nadležni sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti u pravilu na nejavnim sjednicama. Na taj način znatno je umanjnjen nivo i kvalitet zaštite koja se građanima i ostalim subjektima pruža u okviru upravnog spora. Potrebno je naglasiti da sud ima zakonsku mogućnost za održavanje usmene rasprave jer je članom 25 stav 2 Zakona o upravnom sporu Republike Srpske propisano: “Zbog složenosti sporne stvari ili ako nađe da je to potrebno radi boljeg razrješenja stvari, sud može riješiti da se održi usmena rasprava. Sud može održati usmenu raspravu i u slučaju kada je neka od stranaka u tužbi, odnosno blagovremenom odgovoru na tužbu predložila da se rasprava održi”¹⁵. Dakle, zakonom je samo propisana mogućnost ali ne i obaveza održavanja usmene rasprave i praktično po sadašnjem zakonskom rješenju održavanje usmene rasprave u upravnom sporu zavisi od postupajuće

regulaciji upravnog spora, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.

¹³ Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2004.

¹⁴ Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (“Narodne novine” – Međunarodni ugovori br. 18/97 od 28. listopada 1997).

¹⁵ “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 109/05.

volje sudije. Izostanak usmene rasprave te s time povezan nedostatak mogućnosti nadziranja utvrđenog činjeničnog stanja znatno ograničava mogućnosti nadležnog suda da utiče na smanjenje pogrešaka u upravnom postupanju.

Smatramo da odredba prema kojoj se u upravnim sporovima rješava u nejavnoj sjednici, dakle na osnovu načela posrednosti, pismenosti i nekontradiktornosti, i pored toga što sud zbog složenosti sporne stvari ili ako utvrdi da je to potrebno radi boljeg rješenja stanja stvari može odlučiti da se održi usmena rasprava, nije u skladu s Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁶. Nadležni sud, kada odlučuje o građanskom pravu ili obavezi stranke, u pravilu bi trebalo da zakaže usmenu raspravu da bi omogućio ostvarenje načela usmenog saslušanja stranke, načela kontradiktornosti, te što bolju jednakost procesnopravnih sredstava stranaka, jer ta načela predstavljaju srž prava na pravičan postupak.

Ujedno smatramo da bi sud morao odrediti usmenu raspravu kada god to jedna od stranaka zahtijeva.

Razlog neusklađenosti našeg upravnosudskog postupkovnog prava s navedenim zahtjevima Konvencije¹⁷ ponajprije se nalazi u tome što se upravni spor vodi kao spor o zakonitosti upravnog akta, dok je mogućnost vođenja spora pune jurisdikcije uglavnom ograničena, u skladu s tradicionalnim mišljenjem da sudstvo ne bi trebalo da odlučuje u upravnim stvarima, a na što ukazuju i odredbe Zakona o upravnim sporovima. Tako, prema odredbi stava 1 člana 29 Zakona, “sud u pravilu ne utvrđuje činjenično stanje već rješava spor na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku”. Vežanost suda na činjenično stanje u upravnom postupku primjereno je osnovnoj karakteristici upravnog spora kao spora o zakonitosti upravnog akta.¹⁸ Potrebno je naglasiti da samo u nekoliko zakonom predviđenih slučajeva sud može, ako se na to odluči, i sam utvrđivati činjenično stanje. Prema članu 29 stav 2 Zakona o upravnim sporovima, “sud može sam na raspravi utvrditi drugačije činjenično stanje u odnosu na činjenice utvrđene u upravnom postupku i otkloniti povrede pravila upravnog postupka, poništiti osporeni upravni akt i prvostepeni upravni akt, ako je i on sadržavao iste nedostatke, te sam riješiti upravnu stvar (spor pune jurisdikcije)”.¹⁹ Međutim, u praksi se spor pune ju-

¹⁶ Kujundžić, Ivica, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj i zemljama Europske unije*, Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi, Inženjerski biro, Zagreb, 2006.

¹⁷ SIGMA, Croatia public service and the administrative framework assessment, June 2006.

¹⁸ Zakon o upravnim sporovima Republike Srpske br. 109/05.

¹⁹ Zakon o upravnim sporovima Republike Srpske br. 109/05.

risdikcije, u kojem bi sud sam odlučivao o konkretnoj upravnoj stvari te sam utvrđivao činjenično stanje, primjenjuje vrlo rijetko i samo u onim situacijama kada je to po prirodi stvari uistinu nužno²⁰.

U vezi s drugim istaknutim problemom, treba naglasiti da sud vrlo rijetko vodi usmenu kontradiktornu raspravu, i u pravilu samo u onom slučaju kada se radi o složenoj upravnoj stvari i kada je sudskom vijeću, uz prisustvo stranaka, potrebno određeno objašnjenje kako bi se otklonile određene nejasnoće i kontradiktornosti. Postoje i određena mišljenja da u upravnom postupku usmenu raspravu i treba održati samo u složenim upravnim stvarima, kad je potrebno sudskom vijeću neko razjašnjenje stanja stvari uz učestvovanje stranaka, tako što će one na raspravi iznijeti potrebna objašnjenja kojima će se otkloniti određene nejasnoće, kontradiktornosti i sl. Ovo iz razloga što bi utvrđivanje činjeničnog stanja na usmenoj raspravi trebalo činiti izuzetno, s obzirom na to da sud upravni spor rješava na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku”. Nesporno je da naše upravno sudsko zakonodavstvo nije usklađeno sa Konvencijom, te da su u tom pogledu neophodne reforme pogotovo kada se ima u vidu želja za članstvom naše zemlje u Evropskoj uniji²¹.

Smatramo da bi nadležni sudovi trebalo da imaju mogućnost vođenja spora pune jurisdikcije čak i kada uprava nije odlučivala na temelju slobodne ocjene²², jer zaokruženi sistem upravnog sudovanja omogućuje pojednostavljivanje upravnog postupanja i ubrzavanje upravnog odlučivanja bez opasnosti da ono postane arbitrarno²³. Neki autori, štaviše, ovlaštenje suda da utvrđuje činjenično stanje uopšte ne dovode u pitanje, pa se zakonsko rješenje poput našeg čini izuzetno restriktivnim za sud. Smatramo da bi se činjenično stanje moralo uvijek moći utvrđivati, i to čak u drugom stepenu, jer je “odlučivanje o pravnim i činjeničnim pitanjima u dva stepena jednostavno stvar pravičnosti”. S jedne strane, građanin mora imati pravo da pogreška učinjena u utvrđivanju činjeničnog stanja u prvom stepenu upravnog spora bude ispravljena, a s druge, presuda u upravnoj stvari ima vrlo dalekosežne posljedice, jer uprava često uzima presude kao smjernice u rješavanju drugih slučajeva.

Na kraju, valja naglasiti da vođenje samo spora o zakonitosti ima još jedan značajan nedostatak. Budući da sud svojom odlukom upravni akt samo

²⁰ Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2004.

²¹ G. Branković, *Sudska praksa i upravni spor*, Banja Luka (2017), str. 269–272.

²² I. Krbeč je naglašavao kako se kod spora pune jurisdikcije može pokazati vrlo potrebnim da sud sam vrši slobodnu ocjenu. Krbeč, *Upravni*, op. cit., str. 231.

²³ Reforma hrvatske državne uprave, op. cit., str. 36.

objektivno stavlja van snage, umjesto da donese meritornu odluku u konkretnoj upravnoj stvari, u praksi upravna tijela, i pored obaveznosti sudskih odluka propisanoj članom 3 Zakona o upravnim sporovima, mogu da izbjegnju slijediti mišljenje iz presuda Suda kada donose novi upravni akt u istoj upravnoj stvari.

Ovo je kao primjedbu zakonodavstvu Republike Hrvatske u svom izvještaju za 2006. godinu uputila i SIGMA, navodeći: "Provođenje odluka suda, koja nije opremljena s ovlaštenjem da se direktno primjenjuje i osigura trenutno osnaženje ove odluke, ostaje zavisna o postupanju nadležnog upravnog tijela, što nažalost nije uvijek slučaj."²⁴ Tako Upravni sud može doći u situaciju da nekoliko puta odlučuje o istoj upravnoj stvari, što dodatno doprinosi opterećenju rada ovoga suda.

Ovdje se, dakle, može zaključiti da važeća pravna pravila Zakona o upravnim sporovima nisu u potpunosti usklađena sa evropskim pravnim standardima i odredbama Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ovo se posebno odnosi na odredbe o ovlaštenjima suda da samostalno utvrđuje činjenično stanje te u vezi s tim sprovede usmenu raspravu. Stoga se može utvrditi da bi se barem u navedenim segmentima moralo pristupiti izmjenama važećeg Zakona o upravnim sporovima.

Zaključak

Polazeći od osnovnih teorijskih opredjeljenja upravnog spora pune jurisdikcije u našem pravu, neophodno je ukazati na značaj potrebe smjelijeg i češćeg korištenja ustanove pune jurisdikcije i novih rješenja u zakonodavstvu, koja bi potaknula efikasnije ostvarivanje ciljeva upravnog spora pune jurisdikcije i pridonijela efikasnijoj pravnoj zaštiti.

Ovo se pitanje pokazuje kao vrlo aktuelno kada se ima u vidu obaveza Republike Srpske i Republike Bosne i Hercegovine da primjenjuje Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te kada se postavi pitanje usklađenosti odredaba Zakona o upravnim sporovima s ovom konvencijom.

Ovo se posebno odnosi na odredbe o ovlaštenjima suda da samostalno utvrđuje činjenično stanje te u vezi s tim sprovede usmenu raspravu. Stoga se može utvrditi da bi se barem u navedenim segmentima moralo pristupiti izmjenama važećeg Zakona o upravnim sporovima.

²⁴ SIGMA, Croatia public service and the administrative framework assessment, June 2006. D. Đerđa, *Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme*, 18 Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29, br. 1 (2008).

Literatura

1. Aviani, Damir, *Pojam i izvori upravnog prava Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Mostaru, vol. 15, 2002.
2. Berend, Ivan (2001). *Centralna i istočna Evropa 1944–1993*. Podgorica: CID
3. Borković, Ivo, *Upravno sudovanje i upravni spor u Hrvatskoj u vremenu od 1990. do danas*, Zbornik odluka Upravnog suda Republike Hrvatske 1977–2002, Narodne novine, Zagreb, 2004.
4. D. Đerđa, *Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme*, b ovo se u fusnotama navodi I kao 18 Zb, nejasno Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 29, br. 1 (2008).
5. Dragan Milkov, *Upravno pravo III, Kontrola uprave...*, 2003, str. 65.
6. Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 2004.
7. Human Rights, Council of Europe Publishing, 1996–2007.
8. Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, knjiga I, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983.
9. Jerovšek, Tone, *Iskustva Slovenije u upravnom sudovanju i konceptualne promjene u regulaciji upravnog spora*, Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 2006.
10. Kujundžić, Ivica, *Europeizacija upravnog sudstva – predstojeće reforme*, Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse, Inženjerski biro, Zagreb, 2007.
11. Kujundžić, Ivica, *Upravno sudstvo u Hrvatskoj i zemljama Europske unije*, Upravno pravo i upravni postupak u praksi – aktualna pitanja i problemi, Inženjerski biro, Zagreb, 2006.
12. Službeni glasnik Republike Srpske br. 109/05.
13. Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine" – Međunarodni ugovori br. 18/97 od 28. listopada 1997).
14. Zakon o upravnim sporovima Republike Srpske br. 109/05. Da li ovo ide ispred zakona pod 12?
15. SIGMA, Croatia public service and the administrative framework assessment, June 2006.

Prof. Goran Branković, Ph.D.

**APPLICATION AND EVOLUTION OF
THE FULL JURISDICTION DISPUTE**

Abstract: *In the practice of the European Commission for Human Rights and the European Court of Human Rights, the interpretation is accepted that the court that decides on “administrative judicial rights or obligations” must have the authority to independently determine the facts, that is, independently present and evaluate evidence. In other words, it must be a court of full jurisdiction. The reason for the inconsistency of our administrative judicial procedural law with the stated requirements of the Convention lies primarily in the fact that an administrative dispute is conducted as a dispute about the legality of an administrative act, while the possibility of conducting a dispute with full jurisdiction is generally limited, in accordance with the traditional opinion that the judiciary should not decide in administrative matters matters, as indicated by the provisions of the Law on Administrative Disputes.*

Keywords: *administrative dispute, rights and obligations of citizens, independent presentation and assessment of evidence, European Convention, human rights, oral hearing, public session.*

ЗНАЧАЈ УПРАВНОСУДСКЕ ПРАКСЕ ЗА УСАГЛАШАВАЊЕ ЗАКОНА

Доц. др Сања Голијанин*

Сажетак: У процесу реформи и модернизације управног законодавства, одређени значај и улогу има судска пракса. У ужем смислу, управносудску праксу чини више судских одлука којима су истоврсни случајеви у оквиру управних спорова расправљени на истовјетан начин. У раду се жели указати на значај који усаглашена управносудска пракса има за рад јавне управе и судова, али и за законодавца који примјењивост својих законских рјешења најбоље може увидјети кроз праксу. Судске одлуке донесене у управном спору, својим правним сентенцама и образложењима, могу да инспиришу законодавца за доградњу и побољшање постојећих нормативних рјешења. У вези са тим, и највиши судови у Босни и Херцеговини истичу потребу за измјенама и допунама законâ о управним споровима с циљем усаглашавања појединих законских рјешења.

Кључне ријечи: судска пракса, управносудска пракса, тумачење и примјена права, управни спор, Република Српска.

* Правни факултет, Универзитет у Источном Сарајеву

1. УВОД

Пракса која се ствара у раду органа управе приликом одлучивања у управним стварима, као и пракса судова у управном спору, у нашем правном систему није непосредни извор управног права. Органи управе и судови нису правно везани сопственом праксом. Ипак, устаљена управна и управносудска пракса може послужити као значајан, иако формалноправно необавезан путоказ приликом одлучивања у сличним случајевима. Стога поједини правни писци истичу да управна пракса, као и судска пракса у управном спору, *de facto* представљају изворе за рад управе.¹

Имајући у виду да се фактичка моћ односно утицај управносудске праксе највиших судова како на рад управе, тако и на рад судства, не може порећи, отвара се питање њеног значаја за унапређивање и доградњу управног законодавства. Другим ријечима, да ли, и у којој мјери, уједначена судска пракса утиче на самог законодавца на начин да га инспирише на измјене законских рјешења? Аутор у раду разматра стварни утицај управносудске праксе не само на поступање лица у органима управе и судова већ, прије свега, на измјене, односно усаглашавање управно-процесног законодавства.

2. УПРАВНОСУДСКА ПРАКСА – ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ

Судска пракса представља начин на који судови интерпретирају правна правила.² Као продукт вршења судске функције, судска пракса настаје непрестаним доношењем судских одлука у појединим правним стварима. Према томе, доношењем судских одлука у управним стварима ствара се управно-судска пракса.

Појам „управносудска пракса“ може се посматрати у ширем и ужем смислу. У ширем смислу, под управносудском праксом се подразумевају судске пресуде и друге одлуке донијете у поступку рјешавања

¹ Вид. П. Димитријевић, *Управно право, материјални дио*, Бања Лука, 2014, стр. 42; Д. Авиани, Д. Ђерда, „Униформно тумачење и примјена права те јединственост судске праксе у управном судовању“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 2/2012, стр. 369.

² Г. Станковић, „Начелна правна схватања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 34/35, 1994–1995, стр. 7.

спорова насталих око законитости управних аката (односно законитости „ћутања“ управе)³. Ријеч је заправо о управносудској пракси уопште. У ужем смислу, управносудску праксу чини више судских одлука којима су истоврсни случајеви у оквиру управних спорова расправљени на истовјетан начин од стране свих судова.

У појединим земљама, на примјер у Француској, судска пракса представља формалноправни извор управног права. Међутим, и када је непосредни извор управног права, управносудску праксу треба разликовати од судског прецедента, који представља једну судску одлуку по правилу највише судске инстанце. За стварање једнообразне управносудске праксе потребно је вријеме, испуњено знатним бројем истовјетних судских одлука о битно сличним животним догађајима.⁴

У правном систему Босне и Херцеговине, управносудска пракса није правно обавезна. За суд који рјешава управни спор „она (*управносудска пракса* – С.Г.) вреди онолико колико су убедљиви и колико вреде разлози на којима почива.“⁵ Фактички утицај уједначене управносудске праксе, како на рад судова, тако и на рад јавне управе, не може се порећи. Својим ауторитетом и аргументованошћу, правни ставови и сентенце, „као језгра управносудских пресуда“ значајно утичу на подизање нивоа стручности лица у управи, и сходно томе, побољшању управне праксе.⁶ Дакле, управносудска пракса има велики утицај на уједначавање управне праксе коју чини мноштво управних аката о истоврсним управним стварима ријешеним на истовјетан начин.⁷

С друге стране, законодавац је дужан да прати примјену закона у пракси, будући да њихово доношење није само себи циљ. Пратећи, кроз судску праксу, примјењивост закона на конкретне животне ситуације, законодавац може да „испита“ ваљаност својих законских рјешења.⁸ Пре-

³ Упор. З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2010, стр. 83–84.

⁴ З. Томић, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, стр. 117.

⁵ Г. Бранковић, *Судска пракса и управни спор*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, 2012, стр. 17.

⁶ О овоме више вид.: З. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, стр. 84.

⁷ З. Томић, *Опште управно право*, стр. 116.

⁸ Љ. Пљакић, „Значај управно-судске праксе за измену (усаглашавање) закона“, *Правни живот* бр. 11/2009, том III, стр. 104.

ма томе, нема сумње да одређени степен утицаја судске праксе постоји у односу на законодавца, при чему се не дира у независност судске и законодавне власти. Судске одлуке донесене у управном спору, својим правним сентенцама и образложењима могу да инспиришу законодавца за доградњу и побољшање постојећих законских рјешења, чиме се остварује одређени утицај судске на законодавну власт. Истиче се да је ријеч о пожељном утицају преко кога и једна и друга власт добијају на свом квалитету у раду.⁹

3. УПРАВНОСУДСКА ПРАКСА И ЗАКОН

Према одредбама Устава Републике Српске, судови су самостални и независни од извршне и законодавне власти и суде на основу Устава и закона.¹⁰ Законодавац општим правним актима које доноси и који садрже опште правне норме ствара оквир у коме суд треба да врши судску функцију. У вршењу судске функције, судови, у складу са начелом законитости, могу само да примјењују закон на конкретне случајеве. Примјена закона претпоставља тумачење, које као логичка мисаона операција садржи и извјесне стваралачке елементе и елементе самосталности, те у том смислу судија „тумачењем помаже већ постојећој правној норми [...] да се оствари у фактичким животним односима“.¹¹ У пресуди којом рјешава конкретни спор, суд ствара појединачну норму која извире из опште правне норме.¹²

Основни задатак судске праксе јесте да закон примијени са свим његовим недостацима, али да га у процесу примјене, по могућности, прилагоди захтјевима времена, односно промјењивим друштвеним односима.¹³ Наиме, управносудска пракса често правним нормама придаје значење које оне нису имале у тренутку доношења, али која одговарају новонасталим друштвеним односима. Та значења правне норме објективно су садржана у тексту закона и судија их само објелодањује, што

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Вид. Устав Републике Српске, чл. 121, ст. 2 и чл. 121а, ст. 1.

¹¹ Т. Тарановски, *Енциклопедија права*, Београд, 1923, стр. 187. Наведено према: Г. Станковић, „Начелна правна схватања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 34/35, 1994–1995, стр. 6.

¹² Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 6.

¹³ Упор. Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 8.

представља „горњу границу судијске слободе“.¹⁴ Судови кроз своју праксу развијају и примјењују право, што доприноси да се закон прилагођава времену које се мијења.

Осим тога, значај управносудске праксе најбоље се може уочити у случајевима постојања правних празнина. И поред подређености судске власти законодавној, та подређеност у знатној мјери зависи од степена апстрактности правних норми, односно од врсте правних празнина. У правној теорији превладава мишљење да, уколико су правна правила апстрактнија, а празнине веће, то је већа и судијска слобода и обрнуто.¹⁵ Управносудска пракса допуњава закон уколико постоји правна празнина.

Уколико су пак општа правна правила нејасна, у управносудској пракси се отклањају дилеме и противрјечности које су промакле законодавцу, а које спречавају правилну примјену закона. У вези са тим, од значаја је становиште Уставног суда Републике Српске да је непрецизно законско нормирање у супротности са правном сигурношћу као једним од најважнијих сегмената владавине права, јер „да би законска одредба била у функцији владавине права, она мора да буде јасна, прецизна, доступна адресатима и за њих предвидива [...]“.¹⁶ Устаљеном (управно)судском праксом у знатној мјери се отклањају нејасноће у тумачењу и примјени неке норме.

Једна од пожељних одлика управносудске праксе јесте њен квалитет. Ријеч је о квалитетном тумачењу правних правила јер то дефинише и квалитет судске праксе. То подразумијева темељан рад судија у погледу слова закона, духа закона, као и правних начела. На квалитет судских одлука утичу бројни фактори, попут независности и непристрасности судија, разумног трајања судског поступка, образложења одлуке, извршења управносудске одлуке итд.¹⁷ За настајање квалитетне управносудске праксе нужно је да су судске одлуке јасно образложене. У вези са тим, интересантно је подсјетити да у Европској конвенцији о људским правима (чл. 6, ст. 1) није изричито предвиђена обавеза давања образложења, па је било потребно тумачење судија Европског суда за људска права како би она постала саставни дио права на правично суђење.¹⁸

¹⁴ Г. Бранковић, *op. cit.*, стр. 25.

¹⁵ Г. Бранковић, *op. cit.*, стр. 24.

¹⁶ Одлука Уставног суда Републике Српске у предмету У-74/18 од 30.10.2019. године.

¹⁷ Више о томе, вид. Б. Бритвић Ветма, „Квалитета одлука управних судова“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* бр. 2/2014, стр. 393–414.

¹⁸ Вид. предмет Европског суда за људска права *Van de Hurk v. the Netherlands*, од 19. априла 1994. године, доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, приступљено 3.8.2023. године.

Образложење судске пресуде у управном спору налаже и законодавац.¹⁹ Мишљења смо да не би било сувишно детаљно прописати садржај образложења пресуде у Закону о управним споровима, што би спријечило таква судска образложења у којима се „ништа не каже“.

Образложење судске одлуке треба да задовољи два критеријума. Прије свега, да представља правну подлогу диспозитива одлуке, али и да буде разумљиво ономе коме је намијењено.²⁰ Образложење даје легитимитет судској одлуци и уједно је објашњава.²¹ Исто се може рећи и за управне одлуке. Образложење управне одлуке је важно и због уобличавања будуће праксе првостепених органа управе.²²

4. УСАГЛАШАВАЊЕ УПРАВНОСУДСКЕ ПРАКСЕ

Једнообразност у примјени правних правила рјешава се уједначавањем судске праксе. Потреба за уједначавањем судске праксе постоји, по правилу, када се донесе нови закон који може садржавати непрецизне или непотпуне правне норме, што може имати за посљедицу бројне дилеме приликом његове примјене. Истовремено, нужност уједначавања судске праксе може бити посљедица дуготрајне примјене одређених законских рјешења која више не одговарају друштвеној стварности.²³ Чини нам се да на проблематику једнообразног тумачења и примјене материјалног и процесног управног права може да утиче и чињеница да је седам окружних судова у Републици Српској стварно надлежно за рјешавање управних спорова.²⁴ То значи да се спорови истовјетног

¹⁹ Вид. Закон о управним споровима – ЗУС РС, *Службени гласник РС*, бр. 109/2005 и 63/2011, чл. 33, ст. 1.

²⁰ Б. Бритвић Ветма, „Улога управних судова и суда Европске уније у креирању правних прописа и управносудске праксе“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* бр. 1/2019, стр. 406.

²¹ Б. Бритвић Ветма, „Улога управних судова и суда Европске уније у креирању правних прописа и управносудске праксе“, стр. 399.

²² Стандард образложене одлуке, који је иманентан члану 6 Европске конвенције, заправо је уско повезан са остваривањем других права гарантованих поменутом конвенцијом.

²³ Г. Станковић, стр. 9 и даље.

²⁴ Вид. ЗУС РС, *Службени гласник РС*, бр. 109/2005 и 63/2011, чл. 5; Закон о судовима Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 37/2012, 14/2014 – одлука УС, 44/2015, 39/2016 – одлука УС и 100/2017, чл. 28.

чињеничног стања и правног основа рјешавају пред различитим судовима, у зависности од сједишта првостепеног органа, односно његове организационе јединице, што може да има за посљедицу супротне одлуке и резултира неједнаком примјеном права. Важан корективни механизам представљају ванредни правни лијекови у управном спору, којима се ефикасно могу отклонити незаконитости у тумачењу и примјени права садржане у правоснажним судским одлукама окружних судова. Овдје имамо у виду, прије свега, захтјев за ванредно преиспитивање судске одлуке о којем одлучује Врховни суд Републике Српске у вијећу састављеном од троје судија.²⁵ Може се констатовати да се управо овим ванредним правним лијеком у управном спору спроводи одредба Закона о судовима, према којој Врховни суд, као највиши суд у Републици Српској, „обезбјеђује јединствену примјену закона“.²⁶

Пресуде Врховног суда представљају смјернице у тумачењу и примјени права за све органе. Стога је пракса Управног одјељења Врховног суда Републике Српске од изузетног значаја јер се суд у својим одлукама изјашњавао о бројним процесним питањима, о примјени материјалних прописа и др. Тако је, примјера ради, утврдио да лице које није учествовало у поступку доношења оспорене одлуке по објављеном јавном конкурсима нема својство странке, па није ни легитимисано за подношење тужбе у управном спору;²⁷ да управни спор не може покренути првостепени орган као доносилац првостепеног рјешења иако је њим незадовољан;²⁸ да странке могу само изузетно изјавити жалбу против одлуке донесене у управном спору ако је то посебним законом прописано и то само против првостепене пресуде, а не против пресуде Врховног суда којом је одлучено о захтјеву за ванредно преиспитивање пресуде;²⁹ да приређивачи игара на срећу и забавних игара, који плаћају мјесечни паушални износ пореза утврђен законом, нису у обавези да плаћају по истом основу и локалну комуналну таксу;³⁰ да мајка која је у вријеме рођења дјетета била запослена, али је тај статус изгубила након рођења дјетета, има право на матерински додатак за период у којем је испуњава-

²⁵ Вид. ЗУС РС, чл. 39.

²⁶ Вид. Закон о судовима Републике Српске, чл. 22, ст. 1.

²⁷ Пресуда Врховног суда Републике Српске, 11 0 У 018297 16 Увп од 15.12.2016. године.

²⁸ Пресуда Врховног суда Републике Српске, 11 0 У 021158 18 Увп од 12.12.2018. године.

²⁹ Рјешење Врховног суда Републике Српске, 1251/2013 Уж од 24.1.2014. године.

³⁰ Пресуда Врховног суда Републике Српске, 702/2009 Увп од 31.5.2010. године.

ла законом прописане услове;³¹ да осигураник може остварити право на старосну пензију, након стицања услова а по престанку осигурања;³² да право на рефундацију трошкова набавке лијека који се не налази на листи лијекова, а за који не постоји одговарајући замјенски лијек, има лице које је тај лијек купило и када му није препоручен од стране комисије за лијекове болнице већ од стране конзилијума, јер би у супротном значило да оно и нема право на здравствену заштиту³³итд.

Једнообразност у тумачењу кроз уједначавање судске праксе остварује се, поред осталог, кроз рад судских одјељења и кроз овлашћење највишем суду да утврђује правна схватања.³⁴ Сједница судског одјељења се сазива када се утврди да о питањима правилне примјене закона не постоји сагласност између појединих судија или вијећа, ради разматрања ових питања и покушаја њиховог усаглашавања. Предсједник суда, као и сваки судија тог одјељења, може иницирати одржавање сједнице судског одјељења у вези са правилном примјеном закона и заузимањем правних схватања.³⁵ Правна схватања судских одјељења Врховног суда достављају се нижим судовима и упућујућег су карактера.³⁶ Предсједник судског одјељења, поред осталог, прати примјену закона и других прописа, те предлаже предсједнику суда покретање иницијативе за њихову измјену.³⁷

У вези са уједначавањем тумачења и примјене права, те јединством судске праксе, треба нагласити да је обезбјеђење јединствене примјене закона у Републици Српској законска дужност Врховног суда.³⁸ На општој сједници Врховног суда, коју чине предсједник и све судије Врховног суда, одлучује се о потреби заузимања начелних ставова ради усаглашавања судске праксе о питањима за која се оцијени да су од значаја за јединствену примјену закона у Републици Српској. Начелан став се усваја на проширеној сједници Врховног суда, коју чине предсједник и судије Врховног суда, те по један судија из сваког окружног суда и

³¹ Пресуда Врховног суда Републике Српске, 11 0 У 027381 21 Увп.

³² Пресуда Врховног суда Републике Српске, 11 0 У 012735 14 Увп.

³³ Пресуда Врховног суда Републике Српске, 15 0 У 004297 19 Увп од 19.5.2021. године.

³⁴ О начинима уједначавања судске праксе, више вид. Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 9 и даље.

³⁵ Вид. Правилник о унутрашњем судском пословању Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 9/14 и 71/17, чл. 18, ст. 2 и 4.

³⁶ Правилник о унутрашњем судском пословању Републике Српске, чл. 19.

³⁷ Правилник о унутрашњем судском пословању Републике Српске, чл. 17, ст. 1, тач. к).

³⁸ Вид. Закон о судовима Републике Српске, чл. 35.

Вишег привредног суда.³⁹ Стварању управносудске праксе, схваћене у ужем смислу, у значајној мјери доприносе начелни ставови.

Значај уједначавања судске праксе, неопходност јасне аргументације, неприхватљивост арбитрарности и неаргументованости приликом заузимања правних схватања, а посебно код њихове примјене, произлази из бројних одлука Уставног суда Републике Српске, као и Уставног суда Босне и Херцеговине.⁴⁰ И Европски суд за људска права је 2021. године донио пресуду у предмету *Miquishta против Босне и Херцеговине*⁴¹ гдје је утврдио повреду права на правично суђење због арбитрарности одлука органа управе донесених у управном поступку, те повреду права на суђење у разумном року због прекомјерне дужине трајања управног поступка. Европски суд је констатовао да су органи управе и Кантонални суд у Федерацији БиХ у потпуности занемарили правне прописе према којима апликантица, страна држављанка, има право на одређене бенефиције, сталну новчану помоћ и новчану накнаду за помоћ и његу од стране друге особе,⁴² као и да су занемарили своју законску обавезу да осигурају да апликантица буде упозната са својим правима, те да јој се дају права која јој припадају. По поднијетој апелацији, ни Уставни суд Босне и Херцеговине није то исправио, што је довело до повреде права на правично суђење према одредби чл. 6 ст. 1 Европске конвенције.⁴³ Арбитрарно и произвољно тумачење права угрожава остваривање правне сигурности, начело законитости и начело владавине права.

³⁹ У зависности од дневног реда, судије представници окружних судова и Вишег привредног суда Бањалука могу се мијењати. Вид. Правилник о начину рада опште и проширене сједнице Врховног суда Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 6/2013, чл. 6.

⁴⁰ Вид. Одлука Уставног суда АП-1472/07 од 22. октобра 2009. године; Одлука АП-2157/08 од 30. маја 2009. године; Одлука АП-1274/08 од 30. маја 2009. године, *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине 2009. година*, Сарајево, 2010.

⁴¹ Предмет *Miquishta против Босне и Херцеговине*, бр. апликације 27994/19 од 31.8.2021. године.

⁴² Ради се о Правилнику о начину остваривања права на социјалну помоћ особа којима је призната међународна заштита у Босни и Херцеговини, *Службени гласник БиХ*, бр. 3/09, 5/10 и 43/17.

⁴³ У циљу спречавања сличних повреда Европске конвенције, Уред заступника Савјета министара БиХ пред Европским судом за људска права затражио је да Високи судски и тужилачки савјет БиХ о овој пресуди обавијести све судове у Босни и Херцеговини, посебно судове у чијој надлежности је рјешавање управних спорова и да осигура да судови ускладе своју праксу са израженим ставовима Европског суда за људска права.

Усаглашена управносудска пракса значајна је за унапређивање управносудске заштите. У вези са тим, чини нам се битним нагласити да у управном спору, када суд поништи управни акт као незаконит, уколико природа ствари то дозвољава и резултати поступка пружају поуздан основ, може пресудом ријешити управну ствар.⁴⁴ Дакле, обим надлежности суда може бити условљен природом предмета. Суд сам процјењује да ли је, у конкретном случају, природа ствари таква да он може ријешити управну ствар. Ту „дискрециону оцјену“ судови, чини нам се, сувише често користе на начин да не одлучују у пуној јурисдикцији. Тиме се не пружа увијек ефикасна судска заштита због тога што се пракса своди на поништавање управног акта због незаконитости и враћање предмета органу на поновни поступак, а чија се нова одлука поново појављује пред судом.⁴⁵

5. ЗНАЧАЈ СУДСКЕ ПРАКСЕ ЗА ИЗМЈЕНЕ УПРАВНО- ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

Поједини аутори истичу да се прихватањем тумачења закона у пракси и могућности њихове стварне примјене, законодавцу не одузима ништа од његовог мјеста у систему подјеле власти.⁴⁶ Напротив, законодавна власт се ојачава и употпуњује своју уставну позицију. И „то је тај позитивни и жељени утицај судске на законодавну власт“.⁴⁷

Ваљаност својих законских рјешења законодавац „провјерава“ приликом њихове практичне примјене. У том правцу дјелује и судска

⁴⁴ Вид. ЗУС РС, чл. 31, ст. 5.

⁴⁵ Као посебан проблем истичу се управни спорови у вези са јавним набавкама, због тога што се право оштећеног учесника у поступку јавне набавке на крају своди на судски поступак за накнаду причињене штете. О овоме, вид. Б. Перић, *Правосуђе у БиХ, стање и перспективе*, Сарајево, 2019, стр. 30. Поводом питања судског одлучивања у пуној јурисдикцији, у пракси се могу уочити два супротстављена става. Према једном схватању, надлежност суда би требало да буде ограничена само на одлучивање у пуној јурисдикцији, док би, према другом схватању, тако нешто имало за посљедицу преношење управне надлежности на судове, чиме би се довела у питање основна функција управног спора, а то је оцјена законитости управног акта. На овом мјесту, задржаћемо се на констатацији да наведено свакако заслужује дубљу анализу. *Ibid.*

⁴⁶ Љ. Пљакић, *op. cit.*, стр. 104.

⁴⁷ *Ibid.*

власт када исказује потребу за измјенама одређених законских рјешења чије су мањкавости произашле из саме праксе. Усаглашавање различите судске праксе која о појединим питањима постоји између нивоа Босне и Херцеговине, Републике Српске, Федерације БиХ и Брчко дистрикта БиХ обезбјеђује се сарадњом судских одјељења Суда Босне и Херцеговине, Врховног суда Републике Српске, Врховног суда Федерације БиХ и Апелационог суда Брчко дистрикта БиХ. Састанци се одржавају најмање два пута годишње, а записници са састанака се достављају њиховим учесницима, Високом судском и тужилачком савјету и министру правде.⁴⁸

У складу са Правилима панела за уједначавање судске праксе, у случају усаглашености законских одредаба, а различитог тумачења истих, панел врши усаглашавање ставова и доноси правна схватања.⁴⁹ Међутим, када не постоји усаглашеност законских рјешења, која ствара неједнакост грађана пред законом, панел ће по потреби иницирати законске измјене.⁵⁰ Тако је на састанку представника управних одјељења највиших судских инстанци у Босни и Херцеговини, који је одржан средином прошле године, утврђена потреба за измјенама и допунама законâ о управним споровима на нивоу Босне и Херцеговине, Републике Српске, Федерације БиХ и Брчко дистрикта БиХ. Наиме, након вишемјесечних консултација, с циљем да се дефинишу могућа јединствена рјешења за измјене и допуне ентитетских закона о управном спору, а што би допринијело уједначеном поступању судова у Босни и Херцеговини, односно једнакости грађана пред законом у остваривању њихових права, надлежним министарствима правде упућене су иницијативе за измјене и допуне Закона о управном спору Републике Српске и измјене и допуне Закона о управном спору Федерације БиХ.⁵¹ Иницијатива је дефинисана у складу са анализом досадашњег рада окружних судова у Републици

⁴⁸ Вид. Правилник о унутрашњем судском пословању Републике Српске, чл. 9, ст. 3 и 4. У Врховном суду Републике Српске Одјељење за судску праксу прикупља ставове из судских одлука и систематизује их.

⁴⁹ Вид. Правила панела за уједначавање судске праксе, чл. 3, ст. 1, доступно на: <https://pravosudje.ba/vstvfo/B/142/article/50694>, приступљено 4.8. 2023. године.

⁵⁰ Правила панела за уједначавање судске праксе, чл. 3, ст. 2.

⁵¹ Након усаглашених ставова, Високи судски и тужилачки савјет БиХ је надлежним министарствима упутио, у име Панела за уједначавање судске праксе из управне области, иницијативе за измјене и допуне законâ у складу са чл. 15, ст. 4 Правила о раду панела за уједначавање судске праксе. <https://pravnahronika.org/novosti-iz-odjelaza-sudsku-dokumentaciju-i-edukaciju-vstv-a-bih/>

Српској односно кантоналних судова у Федерацији БиХ и искуствима врховних судова, а односи се, поред осталог, на измјене одредаба које прописују функционалну надлежност суда у управном спору, одржавање јавне расправе, одлагање извршења оспореног управног акта, питање жалбе у управном спору и др.⁵²

Судска одлука се сматра квалитетном када је јасна, образложена, примјерена спорној ситуацији и, наравно, донесена у складу са законом. Доследне, квалитетне и прецизно образложене управносудске одлуке представљају поуздан ослонац рада органа јавне управе и судова. Поред тога, примјењивост закона на конкретне животне ситуације сам законодавац може најбоље увидјети кроз судску праксу. Стога се, не дирајући у уставно начело подјеле власти на законодавну, извршну и судску, не може порећи одређени утицај судске власти на самог законодавца.

ЛИТЕРАТУРА

1. Авиани, Дамир, Ђерда, Дарио, „Униформно тумачење и примјена права те јединственост судске праксе у управном судовању“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 2/2012, стр. 369–394.
2. Бранковић, Горан, *Судска пракса и управни спор*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, 2012.
3. Бритвић Ветма, Босиљка, „Улога управних судова и суда Европске уније у креирању правних прописа и управносудске праксе“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* бр. 1/2019, стр. 399–421.
4. Бритвић Ветма, Босиљка, „Квалитета одлука управних судова“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 2/2014, стр. 393–414.
5. Голијанин, Сања, „Реформа управног спора“, *Правна ријеч*, бр. 58/2019, стр. 309–327.
6. Димитријевић, Предраг, *Управно право материјални дио*, Бања Лука, 2014.

⁵² О неусаглашености појединих законских рјешења у области управног спора, више вид. С. Голијанин, „Реформа управног спора“, *Правна ријеч*, бр. 58/2019, стр. 309–327.

7. Перић, Бранко, *Правосуђе у БиХ, стање и перспективе*, Сарајево, 2019.
8. Пљакић, Љубодраг, „Значај управно-судске праксе за измену (усаглашавање) закона“, *Правни живот*, бр. 11/2009, том III, стр. 103–111.
9. Станковић, Гордана, „Начелна правна схватања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 34/35, 1994–1995, стр. 5–14.
10. Томић, Зоран, *Опште управно право*, Београд, 2009.
11. Томић, Зоран, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2010.

Правни прописи

1. *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине 2009. година*, Сарајево, 2010.
2. Европски суд за људска права, предмет *Miquishita против Босне и Херцеговине*, бр. апликације 27994/19 од 31.8.2021. године.
3. Европски суд за људска права, предмет *Van de Hurk v. the Netherlands*, од 19. априла 1994. године, доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>.
4. Закон о судовима Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 37/2012, 14/2014 – одлука УС, 44/2015, 39/2016 – одлука УС и 100/2017.
5. Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 109/2005 и 63/2011.
6. Одлука Уставног суда Републике Српске у предмету У-74/18 од 30.10.2019. Године.
7. Правилник о унутрашњем судском пословању Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 9/14 и 71/17.
8. Правилник о начину рада опште и проширене сједнице Врховног суда Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 6/2013.
9. Правила панела за уједначавање судске праксе, доступно на: <https://pravosudje.ba/vstvfo/B/142/article/50694>.
10. Пресуда Врховног суда Републике Српске, 11 0 У 018297 16 Увп од 15.12.2016. године.
11. Пресуда Врховног суда Републике Српске, 11 0 У 021158 18 Увп од 12.12.2018. године.
12. Рјешење Врховног суда Републике Српске, 1251/2013 Уж од 24.1.2014. године.

13. Пресуда Врховног суда Републике Српске, 702/2009 УВП од 31.5.2010. године.
 14. Пресуда Врховног суда Републике Српске, 11 0 У 027381 21 УВП.
 15. Пресуда Врховног суда Републике Српске, 11 0 У 012735 14 УВП.
 16. Пресуда Врховног суда Републике Српске, 15 0 У 004297 19 УВП од 19.5.2021. године.
- Устав Републике Српске, <http://www.ustavisud.org>.
17. <https://pravnahronika.org/novosti-iz-odjela-za-sudsku-dokumentaciju-i-edukaciju-vstv-a-bih/>.

Assistant Professor Sanja Golijanin, LL.D.**

THE SIGNIFICANCE OF ADMINISTRATIVE-JUDICIAL JURISPRUDENCE IN HARMONIZATION OF LEGISLATION

***Abstract:** Jurisprudence has certain meaning and certain role in the process of reform and modernization of administrative legislation. In a general sense, administrative-judicial jurisprudence in consisted of multiple court decisions by which the same cases were resolved in the same manner within the framework of administrative disputes. This paper points out the significance that harmonized administrative-judicial jurisprudence has for functioning of public administration and court, but for the legislator as well since applicability of legislative solutions can be best seen through jurisprudence. Court decisions rendered within administrative disputes, with its' legal sentences and reasoning, may inspire the legislator to upgrade and improve existing normative solutions. In that respect, even the highest courts in Bosnia and Herzegovina underline the necessity for changes and amendments of the laws on administrative disputes aiming to harmonize certain legislative solutions.*

***Key words:** Judicial jurisprudence; Administrative-judicial jurisprudence; Interpretation and application of the law; Republic of Srpska.*

** Faculty of Law, University of East Sarajevo

ИЗАЗОВИ УПРАВЉАЊА ЉУДСКИМ РЕСУРСИМА У ДРЖАВНОЈ УПРАВИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – МОТИВАЦИЈА ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Доц. др Милица Торбица*

Сажетак: Државни службеници, као најбројнији кадар управе Републике Србије, специфична су категорија запослених лица и кадар који је био принуђен да поднесе највећи терет преображаја административне и троме управе, у услужан, економичан, професионалан и делотворан сервис, уз подизање квалитета свога стручног знања и етике. Међутим, дуготрајна реформа управе, процес рационализације и реорганизације, укидања непотребних радних места и смањење броја запослених у управи, одсуство интеграције привремено запослених кадрова, те лутање за проналажењем функционалног система оцењивања државних службеника, довела је до пада мотивације службеника презасићених променама. Ради спречавања одлива кадрова и повећања осећаја задовољства послом код државних службеника у управи, у даљем периоду је неопходно доследно примењивати све правним нормама предвиђене системе управљања људским ресурсима, посебно оне који се тичу оцењивања и награђивања државних службеника.

Кључне речи: државни службеник, вредновање радне успешности, награђивање државних службеника, компетенције, управљање људским ресурсима, мотивација запослених.

* Универзитет Привредна академија,
Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, Република Србија,
Бачки Јарак, Марка Орешковића 60
milica.office1@gmail.com, +381 64 308 4565

УВОД

Управљање људским ресурсима представља стратешку функцију у развоју државне управе у Републици Србији, будући да се применом савременог модела управљања људским ресурсима постиже, са једне стране, испуњавање очекивања државе као послодавца, а са друге стране, потреба запослених. При томе, можемо подразумевати да се испуњавањем очекивања државе као послодавца паралелно остварују и интереси корисника јавних услуга, дакле, грађана. Коначни циљ јесте успостављање такве државне управе која у целини представља сервис грађана способан да пружи потребан ниво услуга, како у квалитативном тако и у квантитативном смислу, те управе која је усаглашена са „принципима европског управног простора“.¹

Успешна примена различитих метода и техника управљања људским ресурсима у приватном сектору довела је до идеје да се исто учини и са јавним сектором, конкретно управом. Наиме, управа се одликује сталним променама, изазовима, наглашеном дигитализацијом и сталним захтевом за њеном делотворношћу и ефикасношћу, без умањења квалитета пружених услуга. Будући да државну управу чине људи од којих у највећој мери зависи остварење постављених циљева, то се морала посветити пажња њиховом положају, условима рада, напредовањима и награђивањима, као и свим другим карактеристикама које државни службеник мора да поседује да би посао обављао професионално, законито и ефикасно. Испоставило се да је за креирање потпуно професионалне, стручне и експедитивне управе неопходно уложити и средства и време, што подразумева да је запошљавање, обучавање и социјализација запосленог државног службеника тек почетна фаза у управљању људским ресурсима. Много већи напори, искуство и стручно знање треба да се уложе у касније фазе из разлога што тако обучен и делотворан кадар, као и кадар који је већ затечен у управи и који се показао као висококвалитетан, није лако задржати. У данашњој ситуацији када је константан захтев за смањењем броја запослених у јавном сектору, када се преферирају флексибилни радни односи, када се реформа система плата константно одлаже, неопходно је да се примењују адекватни механизми мотивације запослених у циљу њиховог препознавања управе као пожељног послодавца.

¹ М. Торбица, Унапређење развоја управљања људским потенцијалима као стратешки циљ јавне управе у Републици Србији, *Зборник радова Развој јавне управе*, Велеучилиште „Лавослав Ружичка“, Вуковар, 2023, 398–406, стр. 400.

УПРАВЉАЊЕ ЉУДСКИМ РЕСУРСИМА – ПОЈАМ И ФУНКЦИЈЕ

Изворно, управљање људским ресурсима потекло је из приватног сектора, као последица тежње да се побољша положај запослених и развију методи и приступи којима би се то на најисплативији начин учинило у односу на власника капитала. Дакле, идеја је била да се запосленима учине уступци који ће у крајњем довести до остварења организационих циљева уз побољшање положаја запослених.²

Управљање људским ресурсима данас представља интердисциплинарну теорију насталу на основама постојећих кадровских служби које су се бавиле радноправним питањима односа послодавца и запосленог (пријаве новозапослених, одјаве запослених, вођење евиденције о боловањима, годишњим одморима, плаћеним и неплаћеним одсуствима...). Значајан утицај на развој управљања људским ресурсима првенствено је имала психологија,³ затим социологија, антропологија, андрагогија, медицина рада, те организационе и економске теорије. Стога, управљање

² Развој менаџмента људских ресурса кретао се кроз више фаза. Прва фаза отпочела је крајем XIX века на основама доктрине критике слободног предузетништва и евидентно веома лошег положаја експлоатисаног радника од стране власника капитала. Резултат рада својеврсних социјалних радника, одређених за тај задатак, названих персоналним менаџерима, представљало је увођење социјалних уступака и олакшица радницима којима је њихов положај побољшан (плаћена боловања, доприноси за незапослене...). Друга фаза је отпочела након Другог светског рата и карактерише је почетак оснивања синдиката као представника радника, као и недостатак радне снаге. Неопходност преговарања, сада са синдикатима а не са радницима појединачно, довела је до потребе да се особе које су за такве разговоре биле задужене додатно обучавају, све у циљу остварења заједничких интереса. Трећа фаза настаје осамдесетих година прошлог века када персонални менаџери добијају нову улогу, улогу осмишљавања систематизације радних места и неопходног броја запослених за предвиђени посао. Такође, будући да је то период почетка развоја информационих технологија, постало је неопходно константно прилагођавање радних места, описа послова, обуке запослених и одређивање која то неопходна знања запослени морају да поседују да би одговорили циљевима организације. Четврта фаза је проширивање улоге персоналних менаџера и заокрет у филозофском тумачењу управљања људским ресурсима са преласком првенствено на потражњу људских ресурса него на понуду. Вид: Д. Торингтон, Л. Хал, С. Тејлор, *Менаџмент људских ресурса*, Дата статус, Београд, 2004, стр. 12–13.

³ У том смислу посебан значај имала су истраживања психологије личности у организацији, изучавање понашања, мотивације, селекције запослених, процене успешности...

људским ресурсима можемо дефинисати као интердисциплинарну, хуманистичку и практично применљиву научну дисциплину, односно управљачку активност која подразумева обезбеђивање, развој, одржавање, прилагођавање, усмеравање и коришћење људских потенцијала у складу са циљевима организације, уз истовремено поштовање индивидуалних потреба и циљева запослених.⁴

Функције управљања људским ресурсима су бројне и у литератури се обично наводе следеће: пројектовање послова и задатака, анализа послова и радних задатака, прибављање кадрова, образовање и развој кадрова, вредновање кадрова, накнада за рад, одржавање кадрова и радни односи.⁵ У функцију одржавања кадрова можемо сврстати награђивање и мотивисање запослених. Све функције управљања људским ресурсима морају бити пажљиво осмишљене, усмерене на повећање организацијских способности и конкурентности уз укључивање људских ресурса у остваривање циљева организације.

Мотивација представља целокупни сложен психички процес покретања, усмеравања и регулисања делатности усредсређене ка одређеном циљу.⁶ Награђивање запослених у блиској је вези са мотивацијом и представља једну од најосетљивијих и најважнијих функција управљања људским ресурсима, посебно из разлога што спада у круг интересовања свих запослених.⁷ Да би се успешно и потпуно остварили циљеви организације и са њима ускладили циљеви запосленог, неопходно је креирати адекватан систем награђивања који обухвата материјалне⁸ или нематеријалне награде⁹ и уз њих компензације и стратегије мотивисања.

Развој мотивације за одговорним, професионалним, стручним и експедитивним обављањем посла код државних службеника посебно је

⁴ Ж. Пржуљ, *Менаџмент људских ресурса*, Универзитет ЕДУЦОНС, Сремска Каменица, 2011, стр.15.

⁵ Д. Миленковић, *Значај управљања људским ресурсима у подизању управљачких капацитета јавне управе у Србији*, чланак у публикацији: *Политички идентитет Србије у глобалном и регионалном контексту*, Факултет политичких наука, Београд, 2015, стр. 89.

⁶ Ch. Viliams, *Принципи менаџмента – МГМТ*, Дата статус, Београд, 2011, стр. 232.

⁷ М. Лазаревић, К. Космина, Д. Бајић, *Квалитетном политиком задржавања кадрова до одрживе интеграције Србије у Европску унију*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Београд, 2017, стр. 25.

⁸ Материјалне награде подразумевају новац и део су зараде запосленог.

⁹ Нематеријалне награде могу се огледати у показивању поштовања према запосленом, похвали или његовом задуживању са послом који му се чини занимљив.

значајан и сложен, будући да су деценијама изложени константној реформи управе. Од њих се у том процесу очекује да буду прилагодљиви и толерантни, да служе грађанима и свој посао обављају професионално и одговорно. Управа, да би била делотворна, мора располагати са образованим, стручним и високо мотивисаним кадром, а будући да је профилисање државног службеника, његово стручно оспособљавање и усавршавање дуготрајан процес, неопходно је створити такве услове да обучени и стручни државни службеници наставе да раде у управи и буду задовољни послом. То се може постићи развојем функције одржавања кадрова у склопу управљања људским ресурсима и проналажењем адекватног система мотивације и награђивања државних службеника. На тај начин се, између осталог, спречава и осетан одлив кадрова из управе и промовише управа као пожељан послодавац.

ДРЖАВНИ СЛУЖБЕНИК

Циљеве стратешке реформе државне управе могу остварити само људи, и то не било који, већ они који су запослени и на директан начин повезани са системом управе. Кадрови државне управе деле се према различитим критеријумима, а најзаступљенија је подела на: функционере, службенике, лица која привремено обављају одређене послове и лица која обављају пратеће, помоћно-техничке послове. Функционери представљају политички слој у државној управи, док државни службеници представљају лица која послове државне управе обављају као своје основно и трајно занимање.¹⁰ Државни службеник је позитивним правом одређен као лице чије се радно место састоји од послова из делокруга органа државне управе, судова, јавних тужилаштва, Државног правобранилаштва, служби Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног суда и служби органа чије чланове бира Народна скупштина или са њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова. Законом је прописано да пратеће помоћно-техничке послове у државном

¹⁰ Мартиновић, А., Службеничко право у Србији на размеђи векова – савремене тенденције у развоју службеничког система и избор државних службеника, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, вол. 51, бр. 4, 2017, 1589–1605, стр. 1590.

органу обављају намештеници.¹¹ Разлика између државних службеника и запослених у недржавном сектору је свакако у опису послова, специфичној радној етици, посебној врсти одговорности, као и свим осталим специфичностима које произлазе из чињенице да је њихов послодавац држава и да они својим радом, понашањем и професионалним деловањем представљају државу.

Радноправни однос државних службеника, као најбројнијег кадра у државној управи Републике Србије, регулисан је Законом о државним службеницима,¹² Законом о платама државних службеника и намештеника,¹³ Законом о буџетском систему¹⁴ и законима о буџету који се доносе за сваку календарску годину, као и пратећим подзаконским актима и посебним колективним уговором.¹⁵ Специфичности посебног радноправног статуса државних службеника, њиховог положаја, права и обавеза резултира и издвајањем службеничког односа као посебног радноправног односа. Радна места државних службеника у Републици Србији се, у зависности од сложености послова, овлашћења и одговорности, деле на положаје и извршилачка радна места.¹⁶ Положај подразумева радно место на коме државни службеник има одговорности које се тичу вођења и усклађивања рада у државном органу, а извршилачка радна места су сва остала, укључујући и руководиоце ужих унутрашњих јединица у државном органу.¹⁷ Извршилачка радна места разврстана су по звањима, по критеријумима који се тичу сложености и одговорности посла, потребних знања и способности, као и услова за рад.¹⁸ Звања су

¹¹ Закон о државним службеницима, „Службени гласник Републике Србије“, број: 79/05, 81/05 – испр., 83/05 – испр., 64/07, 67/07 – испр., 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18, 157/20 и 142/22, чл. 2.

¹² Закон о државним службеницима.

¹³ Закон о платама државних службеника и намештеника, „Службени гласник Републике Србије“, број: 62/06, 63/06 – испр., 115/06 – испр., 101/07, 99/10, 108/13, 99/14, 95/18 и 14/22.

¹⁴ Закон о буџетском систему, „Службени гласник Републике Србије“, број: 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13, 63/13 – испр., 108/13, 242/14, 68/15 – др. закон, 103/15, 99/16, 113/17, 95/18, 31/19, 72/19, 149/20, 118/21, 138/22.

¹⁵ Посебан колективни уговор за државне органе, „Службени Гласник Републике Србије“, број: 35/19, 55/20, 45/23.

¹⁶ Закон о државним службеницима, чл. 32.

¹⁷ Закон о државним службеницима, чл. 33. ст. 1 и чл. 35 ст. 1.

¹⁸ Правни положај државних службеника на извршилачким радним местима заснован је на каријерном службеничком систему, који је комбинован са појединим елементима

виши саветник, самостални саветник, млађи саветник, сарадник, млађи сарадник, референт и млађи референт.¹⁹ Приликом одређивања радног места и њиховог разврставања у звања неопходно је правилно применити мерила за процену радног места која су прописана Уредбом о разврставању радних места и мерила за опис радних места државних службеника.²⁰

КОМПЕТЕНЦИЈЕ ЗА РАД ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Свеобухватна реформа државне управе која се стратешки спроводи у Републици Србији у последњих двадесет година, и која наставља да се реформише истим темпом, подразумева системске промене које државни службеници морају да прате и да својим деловањем изнесу. Тежња за успостављањем усклађеног јавнослужбеничког система заснованог на принципима који су општеприхваћени у европским државама, условила је настанак потребе за озбиљнијем бављењем управљањем људским ресурсима у управи. Акценат на професионализацији, деполитизацији, експедитивности, транспарентности и делотворности

система позиција. Вид: З. Лончар, Деполитизација и професионализација управе у Републици Србији, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, 2013, бр. 4, 185–202, стр. 190.

¹⁹ Закон о државним службеницима, чл. 35 ст. 2 и 3.

²⁰ У односу на извршилачка радна места, предвиђена мерила за процену радног места и њихово објашњење су: *сложеност послова* представља мерило којим се изражава ниво општости правила (технике, логике, права и слично) на којима су утемељени послови, слобода стваралаштва и коришћењ нових метода у раду; *самосталност у раду* је мерило којим се изражава у којој мери се посао врши по општим или појединачним усмерењима и упутствима руководиоца и у којој мери се врши под његовим надзором; *одговорност*, подразумева мерило којим се изражава колико послови утичу на остваривање циљева рада органа, што најпре подразумева одговорност за сопствене послове и одлучивање, али може да укључи и одговорност за одређивање и распоређивање радних задатака и надзор над њиховим извршавањем, односно одговорност за руковођење; *пословна комуникација* је мерило којим се изражава врста контаката у раду и њихов значај за остваривање циљева рада органа; и *потребне квалификације* представљају мерило којим се изражавају знања и радно искуство које је потребно за делотворан рад на радном месту. Уредба о разврставању радних места и мерила за опис радних места државних службеника, „Службени гласник Републике Србије“, број: 117/05, 108/08, 109/09, 95/10, 117/12, 84/14, 132/14, 28/15, 102/15, 113/15, 16/18, 2/19, 4/19, 26/19, 42/19 и 56/21, чл. 8 и 9.

управе је довео до значајних промена у систему управљања људским ресурсима. Прихватањем *мерит система*²¹ који подразумева да се запошљавање и напредовање државних службеника заснива на заслугама и њиховим индивидуалним могућностима, 2019. године су у читав систем управљања људским ресурсима у управи уведене компетенције за рад државних службеника.²² Законом о државним службеницима прописано је да компетенције представљају скуп знања, вештина, особина, ставова и способности које државни службеник поседује, а који обликују његово понашање и воде постизању очекиване радне успешности на радном месту.²³

Компетенције потребне за обављање послова радног места подељене су на *понашајне*, које представљају скуп радних понашања потребних за делотворно обављање свих послова у државном органу, и *функционалне*, скуп знања и вештина потребних за делотворно обављање послова у државном органу.²⁴ Функционалне компетенције даље се деле на *опште*,²⁵ које представљају скуп знања и вештина потребних за делотворно обављање послова на свим радним местима државних службеника у било којој области рада или било ком радном месту, и *посебне*, које се односе на одређену област рада и одређено радно место. Ближе одређивање компетенција и показатеља њиховог испољавања, као и посебне функционалне компетенције у одређеној области рада, начин њи-

²¹ Мерит систем подразумева изграђен систем управљања учинком и заслугама запослених који се огледа у постављеним циљевима: запошљавање и напредовање по заслугама, оцењивање запослених на основу њиховог учинка, једнака плата за једнаки рад, награђивање запослених за изврсност у раду различитим подстицајима и признањима, одржавање високих стандарда интегритета, понашања запослених и бриге за јавни интерес, ефективно и ефикасно управљање запосленима, едукацију и обуку запослених уколико би то допринело бољим организационим и индивидуалним перформансама. Merit System Principles and Performance Management, <https://www.opm.gov/policy-data-oversight/performance-management/reference-materials/more-topics/merit-system-principles-and-performance-management/>, приступљено 12.08.2023.

²² Увођење компетенција у систем управљања људским ресурсима представља праксу у управи великог броја европских земаља, која се показала као делотворна. Вид.: EUPAN, Human Resources Working Group, „Competency Management in EU Public Administration“, Survey commissioned by the Portuguese EU – Presidency, 2007, стр. 7.

²³ Закон о државним службеницима, чл. 5а.

²⁴ Закон о државним службеницима, чл. 44а–44в.

²⁵ Опште функционалне компетенције су: организација и рад државних органа Републике Србије, дигитална писменост и пословна комуникација.

ховог одређивања и области знања и вештина на које се односе, уређене су подзаконским актом.²⁶

Уредбом о одређивању компетенција за рад државних службеника²⁷ прописане су следеће понашајне компетенције: управљање информацијама, управљање задацима и остваривање резултата, оријентација ка учењу и променама, изградња и одржавање професионалних односа, савесност, посвећеност и интегритет, управљање људским ресурсима и стратешко управљање, као и показатељи њиховог испољавања и примери пожељног радног понашања који указују на постојање дате компетенције. Уредбом су прописани показатељи испољавања општих функционалних компетенција²⁸ и то да се компетенција „организација и рад државних органа Републике Србије“ односи на поседовање знања у области рада државних органа, разумевање организације, врсте послова, начела рада и унутрашњег уређења државног органа, компетенција „дигитална писменост“ односи се на поседовање знања и вештина за квалитетно и поуздано коришћење информатичких технологија у раду основних програмских апликација, као и да се компетенција „словна комуникација“ односи на поседовање знања и вештина неопходних за ефикасну усмену и писану пословну комуникацију. Уредбом су предвиђене и посебне функционалне компетенције за одређене области рада које се односе на потребна општа и методолошка знања и вештине у оквиру одређене области рада које државни службеник треба да примењује у раду да би делотворно обављао свој посао.²⁹

Будући да се компетенције везују за одређена радна места, услов за њихову пуну примену у систему управљања људским ресурсима у државној управи и последично давање очекиваних резултата њиховог увођења, представља претходно пажљиво и плански спроведен поступак разврставања радних места. Сваки орган управе има обавезу да својим правилником о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места опише положаје и извршилачка радна места као и звања у које је оно разврстано.³⁰ Управо је квалитетно, функционално и организационо де-

²⁶ Закон о државним службеницима, чл. 44г.

²⁷ Уредба о одређивању компетенција за рад државних службеника, „Службени гласник Републике Србије“, број: 9/22, чл. 2–9.

²⁸ Уредба о одређивању компетенција за рад државних службеника, чл. 10–13.

²⁹ Уредба о одређивању компетенција за рад државних службеника, чл. 14–31.

³⁰ Уредба о разврставању радних места и мерила за опис радних места државних службеника, чл. 4.

лотворно спроведена систематизација радних места у органима управе предуслов за даљу примену компетенција у управљању људским ресурсима, што представља основ за вредновање радне успешности државног службеника, њихово награђивање, напредовање и у крајњој линији мотивацију за успешно извршавање свих радних задатака.

ВРЕДНОВАЊЕ РАДНЕ УСПЕШНОСТИ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НАГРАЂИВАЊЕ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Једна од последица увођења компетенција у систем управљања људским ресурсима је измена и начина оцењивања државних службеника, сада названо вредновањем радне успешности. Систем оцењивања који се примењивао до 2019. године није приказивао реалну слику вредновања резултата постигнутих у извршавању послова радног места и постављених циљева, на шта је указивано и у извештајима Европске комисије.³¹ Поред тога, нужност измене система оцењивања државних службеника свакако се огледала у прилагођавању усвојеним компетенцијама и достизању радног понашања и пожељних вредности у раду у складу са њима, али и у остварењу постављених приоритета који се тичу обезбеђивања остварења свих организационих циљева државних органа, мотивације, учења и развоја државних службеника у складу са усвојеним принципом професионализма у државној управи.

Начини, мерила и критеријуми за вредновање радне успешности државних службеника су на јединствен начин уређени у свим државним органима Уредбом о вредновању радне успешности државних службеника.³² Уредба донета 2019. године је измењена и допуњена 2022. године у сврху нормативне реализације Стратегије реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2021. до 2030. године.³³ Наиме, новоусвојеном Стратегијом је указано на проблем у правилној расподели

³¹ Годишњи извештај Европске комисије за 2018. годину, Република Србија, Министарство за европске интеграције, https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_o_srbiji2.pdf, приступљено 12.08.2023.

³² Уредба о вредновању радне успешности државних службеника, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 2/19, 69/19 и 20/22.

³³ Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2021. до 2020. године, „Службени гласник Републике Србије“, број: 42/21, 9/22.

исхода вредновања радне успешности и предложене су мере за решавање те неправилности. Предвиђен је стратешки циљ да дистрибуција исхода вредновања радне успешности која одговара стандардима управљања људским ресурсима, од почетне вредности из 2020. године која је износила 75%, до 2025. године испуни циљану вредност од 40–45%, а до 2030. године та вредност буде мања од 35%. То значи да расподела резултата односно исхода вредновања учинка државних службеника оцењених са највишом оценом вредновања у наредних осам година мора да се преполови.

Вредновање радне успешности врши се једном годишње, радна успешност се утврђује решењем, а рад државног службеника се прати континуирано, током целе године.³⁴ Ради постизања правичне конкуренције, предвиђено је вредновање радне успешности и државних службеника запослених на одређено време, уколико су у календарској години радили најмање шест месеци.³⁵ Омогућено је, под одређеним условима, вредновање радне успешности извршити и пре истека периода вредновања.³⁶ У том процесу значајна је улога непосредног руководиоца државног службеника, који или доноси решење о вредновању радне успешности запосленог, или предлаже вредновање радне успешности лицу које доноси решење. Квалитет вредновања радне успешности у државном органу обезбеђује се првенствено правом, али и обавезом државних службеника на руководећим радним местима да похађају програме обуке којима се унапређују способности спровођења тог поступка. Програме обуке спроводи Национална академија за јавну управу као централна институција система стручног усавршавања у јавној управи Републике Србије.³⁷ Међутим, извештаји Националне агенције за јавну управу која се бави

³⁴ Уредба о вредновању радне успешности државних службеника, чл. 21.

³⁵ Уредба о вредновању радне успешности државних службеника, чл. 3 и 5.

³⁶ Уредба о вредновању радне успешности државних службеника, чл. 4.

³⁷ У сврху правилног спровођења поступка вредновања радне успешности, Национална академија за јавну управу (НАЈУ), као централна институција система стручног усавршавања у јавној управи Републике Србије са статусом јавно признатог организатора активности неформалног образовања одраслих, организује и спроводи програме обуке ради унапређења способности за успешно остваривање вредновања радне успешности и постављање организационих циљева за државне службенике на руководећим радним местима који су дужни да похађају, као и за запослене у јединицама за управљање кадрovima у циљу унапређења знања и вештина. Вид.: Закон о националној академији за јавну управу, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 94/17, чл. 2 и 3.

спровођењем таквих обука нису оптимистични, будући да је од 2019. до 2022. године такву обуку прошло тек мање од 5% државних службеника на руководећим радним местима.³⁸

Мерила радне успешности државног службеника су *понашајне компетенције*, при чему се оне вреднују на индивидуалном нивоу процене учесталости и квалитета испољавања пожељних понашања државног службеника, и *резултати рада*, који представљају степен остварења утврђених годишњих циљева.³⁹ Годишње циљеве утврђује руководиоца органа у сарадњи са руководиоцем уже унутрашње јединице за коју се утврђују циљеви. У исходу вредновања радне успешности државног службеника⁴⁰ удео исхода вредновања понашајних компетенција је четири пута већи од удела исхода резултата рада.⁴¹

Исход вредновања радне успешности државног службеника директно утиче на награђивање државног службеника, односно могућност повећања плате као основног примања државног службеника. Награђивање подразумева да се државном службенику за обављање послова који су разврстани у исто звање додели већи коефицијент у оквиру платне групе у коју је разврстано то звање.⁴² Државни службеник може да буде награђен са два или једним платним разредом више, у зависности од исхода вредновања радне успешности.⁴³ Право на одређивање коефицијента већег за два платна разреда у односу на коефицијент његовог радног места, државни службеник остварује уколико је у два узастопна вредновања радне успешности утврђено да је превазишао очекивања (две године за редом), док право на одређивање коефицијента већег за један платни разред остварује уколико је у два узастопна вредновања радне успешности утврђено да је превазишао очекивања или испунио очекивања, независно од редоследа, или у три узастопна вредно-

³⁸ Извештаји и евалуације, Национална академија за јавну управу, Република Србија, <https://www.napa.gov.rs/tekst/487/izvestaji-i-evaluacije.php>, приступљено 12.08.2023. године.

³⁹ Уредба о вредновању радне успешности државних службеника, чл. 6–10.

⁴⁰ У зависности од исхода вредновања радне успешности, остварена радна успешност државног службеника се описује као: није испунио већину очекивања, потребно побољшање, испунио очекивања и превазишао очекивања. Закон о државним службеницима, чл. 84.

⁴¹ Уредба о вредновању радне успешности државних службеника, чл. 11.

⁴² Закон о државним службеницима, чл. 87а.

⁴³ Закон о платама државних службеника и намештеника, чл. 16.

вања радне успешности утврђено да је испунио очекивања. Будући да се средства за плате, накнаде и друга примања државних службеника обезбеђују у буџету Републике Србије, то би било упутно за сваку годину унапред предвидети материјална средства за евентуално повећање плата по основу награђивања. Износ таквих средстава може се утврдити на основу статистичких подака којима надлежни органи већ располажу, будући да се интензивно прати делотворност вредновања радне успешности у свим државним органима, који између осталог садржи и укупан број државних службеника чији је рад вреднован са нарочито се истиче и испунио очекивања.

ЗАКЉУЧАК

Један од фактора који на најнепосреднији начин може да утиче на повећање мотивације државних службеника за остварење пуног капацитета њихових интелектуалних и физичких способности на радном месту свакако је спровођење непристрасног и пажљивог вредновања радне успешности и извесност награђивања уколико се испуне сви предвиђени услови. Значај правичног и исправног спровођења овог поступка увећава се чињеницом постојања утврђеног стратешког циља за смањењем исхода вредновања највишим оценама. Са друге стране, исход вредновања рада државног службеника зависи од укупне оцене рада државног органа и испуњења радних циљева, те их је неопходно реално поставити, у складу са бројем стручно усавршених кадрова и обима посла који је неопходно извршити. Пре тога, неопходно је да се у сваком државном органу руководство и јединице за управљање људским ресурсима озбиљно посвете систематизацији радних места. Правилници о систематизацији радних места би требали да буду пажљиво припремани, доношени за дужи временски период, прогнозирањем и предвиђањем даљег развоја и потреба органа управе.

Сам поступак вредновања радне успешности, будући да захтева посматрање запосленог као личност са његовим укупним особинама, способностима, стручношћу, начина на који се односи према колективу и прихвата ауторитет, морају да врше одговорне, непристрасне и стручне особе. Како у државним органима непосредни руководиоци, лица која махом обављају неке друге, стручне послове као основну делатност, оцењују запосленог, то је неопходно, ради спровођења норми закона и

остварења његовог смисла и суштине, да они прођу сертификоване обуке за вршење тог посла. Даље, неопходно је да се систем награђивања дословно спроводи, односно да се обезбеди могућност награђивања сваке године за све запослене који у тој години по законским одредбама могу да остваре то право.

CONCLUSION

One of the factors that can most directly influence the increase in the motivation of civil servants to achieve the full capacity of their intellectual and physical abilities at the workplace is certainly the implementation of an impartial and careful evaluation of work performance and the certainty of rewards if all the stipulated conditions are met. The importance of the fair and correct implementation of this procedure is increased by the fact of the existence of a determined strategic goal of reducing the outcome of evaluation with the highest grades. On the other hand, the outcome of the evaluation of the work of civil servants depends on the overall assessment of the work of the state body and the fulfillment of work goals, and it is necessary to set them realistically, in accordance with the number of professionally trained personnel and the scope of work that must be performed. Before that, it is necessary that the leadership and human resource management units in every state body seriously devote themselves to the systematization of workplaces. Regulations on the systematization of workplaces should be carefully prepared, adopted for a longer period of time, forecasting and anticipating further development and the needs of administrative bodies.

The very process of evaluating work performance, since it requires observing the employee as a person with his overall characteristics, abilities, expertise, the way he relates to the team and accepts authority, must be carried out by responsible, impartial and professional persons. Since in state bodies, direct managers, persons who mostly perform other, professional tasks as a basic activity, evaluate the employee, it is necessary, in order to implement the norms of the law and realize its meaning and essence, that they undergo certified training for performing that work. Furthermore, it is necessary to implement the reward system literally, that is, to ensure the possibility of reward every year for all employees who can exercise that right in that year according to the legal provisions.

Keywords: civil servant, evaluating work performance, rewarding civil servants, competencies, human resources management, employee motivation

ЛИТЕРАТУРА

1. Viliams Chuk, *Принципи менаџмента – МГМТ*, Дата статус, Београд, 2011.
2. Годишњи извештај Европске комисије за 2018. годину, Република Србија, Министарство за европске интеграције, https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_o_srbiji2.pdf.
3. EUPAN, Human Resources Working Group, „Competency Managment in EU Public Administration“, Survey commissioned by the Portuguese EU – Presidency, 2007.
4. Закон о буџетском систему, „Службени гласник Републике Србије“, број: 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13, 63/13 – испр., 108/13, 242/14, 68/15 – др. закон, 103/15, 99/16, 113/17, 95/18, 31/19, 72/19, 149/20, 118/21, 138/22.
5. Закон о државним службеницима, „Службени гласник Републике Србије“, број: 79/05, 81/05 – испр, 83/05 – испр, 64/07, 67/07 – испр., 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18, 157/20 и 142/22.
6. Закон о платама државних службеника и намештеника, „Службени гласник Републике Србије“, број: 62/06, 63/06 – испр., 115/06 – испр., 101/07, 99/10, 108/13, 99/14, 95/18 и 14/22.
7. Закон о националној академији за јавну управу, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 94/17.
8. Извештаји и евалуације, Национална академија за јавну управу, Република Србија, <https://www.napa.gov.rs/tekst/487/izvestaji-i-evaluacije.php>
9. Лазаревић, Милена, Космина, Катарина, Бајић, Драгана, *Квалитетном политиком задржавања кадрова до одрживе интеграције Србије у Европску унију*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Београд, 2017.
10. Лончар, Зоран, Демолитизација и професионализација управе у Републици Србији, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, 2013, бр. 4, 185–202, стр. 190.

11. Мартиновић, Александар, Службеничко право у Србији на размеђи векова – савремене тенденције у развоју службеничког система и избор државних службеника, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, вол. 51, бр. 4, 2017, 1589–1605.
12. Миленковић, Дејан, Значај управљања људским ресурсима у подизању управљачких капацитета јавне управе у Србији, чланак у публикацији: *Политички идентитет Србије у глобалном и регионалном контексту*, Факултет политичких наука, Београд, 2015.
13. Merit System Principles and Performance Management, <https://www.opm.gov/policy-data-oversight/performance-management/reference-materials/more-topics/merit-system-principles-and-performance-management/>
14. Пржуљ Живка, *Менаџмент људских ресурса*, Универзитет ЕДУ-ЦОНС, Сремска Каменица, 2011.
15. Посебан колективни уговор за државне органе, „Службени гласник Републике Србије“, број: 35/19, 55/20, 45/23.
16. Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији за период од 2021. до 2020. године, „Службени гласник Републике Србије“, број: 42/21, 9/22.
17. Торингтон Дерек, Хал Лаура, Тејлор Стефен, *Менаџмент људских ресурса*, Дата статус, Београд, 2004.
18. Торбица Милица, Унапређење развоја управљања људским потенцијалима као стратешки циљ јавне управе у Републици Србији, *Зборник радова Развој јавне управе*, Велеучилиште „Лавослав Ружичка“, Вуковар, 2023, 398–406.
19. Уредба о разврставању радних места и мерила за опис радних места државних службеника, „Службени гласник Републике Србије“, број: 117/05, 108/08, 109/09, 95/10, 117/12, 84/14, 132/14, 28/15, 102/15, 113/15, 16/18, 2/19, 4/19, 26/19, 42/19 и 56/21.
20. Уредба о одређивању компетенција за рад државних службеника, „Службени гласник Републике Србије“, број: 9/22.

РАДНОПРАВНА КАТЕДРА

**NEKE OBJEKTIVNE NOMOTEHNIČKE KARAKTERISTIKE
ZAKONA O BEZBEDNOSTI I ZDRAVLJU NA RADU
U REPUBLICI SRBIJI**

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur*

Sažetak: U „Službenom glasilu RS” br. 35/2023 od 20.04.2023. godine objavljen je Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, koji je stupio na snagu 07.05.2023. Uređuje složenu i specifičnu oblast odnosa, „unapređivanje i sprovođenje mera bezbednosti i zdravlja na radu lica koja učestvuju u radnim procesima, kao i lica koja se zateknu u radnoj sredini, radi sprečavanja povreda na radu, profesionalnih bolesti i bolesti u vezi sa radom, opšta načela prevencije, prava posebnih grupa zaposlenih, obaveze poslodavca, prava i obveze zaposlenih, informisanje, konsultovanje, suradnju i obuku zaposlenih i predstavnika zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu, registar povrede na radu, stručni ispiti, izdavanje licenci, nadzor i kaznene odredbe” (član 1 st. 1).

Ovu zahtjevnu multidisciplinarnu i interdisciplinarnu pravnu (i drugu) oblast odnosa navedeni zakon regulira u sedamnaest (I–XVII) dijeova, odnosno u 113 članaka, što pokazuje uvažavanje objektivnih (a i subjektivnih) nomotehničkih pretpostavki za izradu propisa.

Neke objektivne nomotehničke karakteristike ovoga zakona predmet (sadržaj) su ovoga rada.

Ključne riječi: Srbija, zakon, bezbjednost i zdravlje na radu, nomotehničke karakteristike.

* Dipl. pravnik, znanstveni savjetnik (u trajnom zvanju) iz Rijeke (Republika Hrvatska),
e-mail: marinko.ucur051@gmail.com

1. UVOD

Dana 07.05.2023. godine u Republici Srbiji stupio je na snagu Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, kada je, nakon osamnaest godina, prestao da važi Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu koji se do tada primjenjivao, a mijenjan je i dopunjavan dva puta (2015. i 2017).¹

Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (u nastavku: Zakon 2023) ima bitne objektivne, nomotehničke karakteristike, koje nomotecnika (nauka o izradi propisa) uči kao bitne pretpostavke (oznake, karakteristike) za izradu zakona (i drugih propisa).

Sadržaj Zakona 2023. raspoređen je u sedamnaest dijelova (oznaka, jedinica) i 113 članova, kojima regulira: „I Osnovne odredbe” – Predmet Zakona, primjenu, uređivanje prava, obaveza i odgovornosti, značenje pojedinih izraza, pravo na bezbjednost i zdravlje na radu, prava posebnih grupa zaposlenih (član 1–6); „II Preventivne mere” (član 7), „III – Obaveze i odgovornosti poslodavca”: opšte obaveze (podijeljene i preciznim naslovima označene); posebne obaveze; obuka zaposlenih (član 7–37); „IV Prava i obaveze zaposlenih“ (član 38–42); „V – Obaveza lica koje se samozapošljava” (član 43); „VI Rad od kuće i rad na daljinu” (član 44 i 45); „VII Organizovanje poslova bezbednosti i zdravlja na radu” (član 46–56); „VIII Zaštita zdravlja na radu” (član 54–56); „IX Predstavnik zaposlenih i odbor za bezbednost i zdravlje na radu” (član 57–61); „X Evidencija, suradnja i izveštavanje” (član 62–67); „XI Registar povreda na radu” (član 68–70); „XII Stručni ispit i izdavanje licence (član 71–87); „XVIII Uprava za bezbednost i zdravlje na radu (član 88 i 89); „XIV Nacionalna priznanja” (član 90); „XV Nadzor” (91–99); „XVI Kaznene odredbe” (član 100–107); „XVII Prelazne i završne odredbe” (član 108–113).

U ovom radu prvenstveno je riječ o nomotehničkom aspektu Zakona 2023, a neizravno i o materijalnopravnom značenju i sadržaju pojedinih njegovih normi. Njegova forma je zahtjevna, tehnička izrada originalna, postupak specifičniji od postupka donošenja drugih zakona. Okvir i osnov Zakona 2023 je Ustav Republike Srbije i, u skladu s njim, norme univerzalnih i drugih vrela prava, koje su na snazi i koje se primjenjuju.²

¹ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 35/2023 od 29.4.2023. – članak 112 i 113; Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu „Službeni glasnik RS“, br. 101/05, 91/15 i 113/17.

² Učur, Marinko, *Nomotecnika u radnom pravu i u pravu zaštite na radu*, Veleučilište, Rijeka,

Odnosi sigurnosti i zaštite zdravlja na radu su u uzročno-posljedičnoj vezi u cjelini društvenih, ekonomskih, socijalnih, pravnih, kulturnih i drugih odnosa suvremene države. U tom smislu na stalnom su ispitu kako stvaraoci pravnih normi, tako i brojni adresati „na koje se pravni propisi odnose”.

U stvaranju propisa u oblasti sigurnosti (bezbjednosti) i zaštite zdravlja na radu, poseban je zahtjev u realiziranju objektivnih nomotehničkih pretpostavki za njihovo donošenje. Zakon 2023. donijela je skupština Republike Srbije. Podzakonske (provedbene) propise uz ovaj zakon donosi zakonom određeni ministar nadležan za rad, odnosno za sigurnost (bezbjednost) i zaštitu zdravlja na radu. Još brojniji su poslodavci, odnosno udruge poslodavaca, radnici odnosno radnička vijeća i radnički sindikati u donošenju autonomnih općih normativnih akata o sigurnosti (bezbjednosti) i zaštiti zdravlja na radu (kolektivnih ugovora, pravilnika, sporazuma, odluka s općim normama i drugih).

Zakon 2023. donesen je poštivajući brojne neizostavne i kumulativne elemente (društveno-ekonomski i drugi odnosi „upisani” u Ustav države i realizirani u pravnom poretku, ali i društvena svijest, moral, etika, pravni sustav, znanost, stupanj razvoja društva i brojni drugi u državi).

U sadržaju normi ovoga zakona nalaze se „utkani” stvaralački, regulativni, odgojni, zaštitni i drugi ciljevi, odnosno hipoteza (željeni projekt) Zakona 2023.

Dokazano je sigurno i stručno reguliranje odnosa u sigurnosti (bezbjednosti) i zaštite zdravlja na radu. Nema ponavljanja, nema prakticizma i improvizacije. Praksa i struka daju adekvatan sadržaj normi (obim pitanja i odnosa utvrđenih Zakonom 2023). Kako je već napisano, to je „naslonjeno” i na univerzalna i druga vrela prava zaštite na radu.

Osnovne nomotehničke objektivne karakteristike (oznake, pretpostavke) u izradi Zakona 2023 (uostalom, kao i drugih zakona) su: nadležnost (ovlasti) za donošenje, postupak (procedura), sadržaj, vremensko i prostorno djelovanje zakona. Nisu sve navedene objektivne nomotehničke karakteristike iste naravi (pravne prirode), značenja, uloge i utjecaja u pripremi, izradi i donošenju zakona. Međutim, moraju potrajati jer je, u protivnom, u pitanju ustavnost i zakonitost, odnosno ništavnost (ništavnost) propisa. To je, rekli bi građevinari, „mrežni plan” stvaranja i donošenja propisa.

2007; Učur, Marinko, Laleta, Sandra, *Konvencija međunarodne organizacije rada*, TIMpress, Zagreb, Pravni fakultet, Rijeka, 2007.

2. OBJEKTIVNE NOMOTEHNIČKE KARAKTERISTIKE (OZNAKE, PRETPOSTAVKE) ZAKONA 2023.

Objektivne nomotehničke karakteristike (oznake, pretpostavke) određene su Ustavom Republike Srbije, Poslovníkom o radu Skupštine Republike Srbije, što se nadležnosti i postupka za donošenje Zakona 2023. tiče, a što se tiče sadržaja, vremensko i prostorno važenje Zakona 2023. „odredila” je nomotehnika (nauka o izradi propisa), pravna teorija, Ustav države i zakonodavstvo koje se odnosi na sigurnost (bezbednost) i zaštitu zdravlja na radu.

2.1. Nadležnost i postupak donošenja

Republika Srbija je ovim zakonom utvrdila svoju „volju, cilj i interes” u sigurnosti (bezbednosti) i zaštiti zdravlja na radu, omogućavajući drugim subjektima da to detaljnije reguliraju podzakonskim (provedbenim) propisima i općim normativnim autonomnim aktima u skladu sa Zakonom 2023.

Jedna od osnovnih formalnopravnih pretpostavki i obveza (zahtjeva) jeste da propis bude donesen od subjekta koji je za to nadležan. U najkraćem, nadležnost znači tko donosi zakon. To utvrđuje Ustav države. U nadležnost spada i utvrđivanje pitanja, subjekata, radnji, rokova i odnose koji će se regulirati zakonom i koliko široko. Tu je potrebna „prava mjera” (ne više od „dozvoljenog” ali i ne stvaranje zakonske praznine). Nadležnost je stvarna i mjesna. Nadležnost je pravo i dužnost.

Zakon 2023. donijela je Skupština Republike Srbije, u skladu s odredbama članka 99 Ustava Republike Srbije.³ Ustav garantira „neposrednu primjenu zajamčenih prava (član 18), uređuje ljudska prava i slobode: „pravo na rad, bezbednost i zdrave uslove rada”, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vrijeme, dnevni i nedjeljni odmor, godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad i druga prava i slobode (član 60 i drugi). Pravo na zaštitu fizičkog i psihičkog zdravlja posebno je naglašeno u članu 68 Ustava Republike Srbije, a u članu 74 „zdrava životna sredina”.

U odredbama člana 67 propisano je da Republika Srbija „uređuje... i zaštitu na radu”.

³ Ustav Republike Srbije 30.09.2006. (i na referendumu 28. i 29.10.2006), da bi bio proglašen 06.11.2005, kada je, (u skladu s odredbama članka 206) i stupio na snagu.

Kao osnovni političko-pravni dokument (akt) u državi, Ustav („zakon nad zakonima“) utvrđuje ustavni poredak odnosno pravni sustav države, koji jamči integritet čovjeka, ljudska prava i slobode.

Postupak donošenja zakona je posebna objektivna nomotehnička pretpostavka u stvaranju propisa. Zakon je predložila Vlada Republike Srbije. U postupku su sudjelovali i drugi subjekti sa radnjama i rokovima propisanim za zakonodavni postupak.

2.2. Vremensko i prostorno važenje (djelovanje) Zakona 2023.

„Vrijeme je u odnosima između ljudima dobilo pravni karakter, pa zbog toga dolazi u obzir prilikom normiranja društvenih odnosa“.⁴

Kod vremenskog važenja ovog zakona treba razgraničiti dva vremena: početak primjene i važenje. Uvijek su ta dva vremena međuovisna, a „važnje“ je vezano za budućnost (pro futuro). U odredbama Zakona 2023. označeni su: dan objavljivanja (20.04.2023), dan stupanja na snagu (početak primjene) 07.05.2023. i to cjelokupni sadržaj Zakona i točno određenog dana (što je u nomotehničkom smislu pravno najsigurnije). Taj dan stupanja na snagu (vacatio legis) upisan je u odredbama članka 113 Zakona (heteronomna norma ius cogens): „Ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom glasniku Republike Srbije“. Primjenjuje se na neodređeno vrijeme (bez obzira na moguće izmjene i dopune).

Prostor je jedna od odrednica i osnova Zakona 2023. Prostor (spatium) je poredak. Ovaj zakon dio je pravnog sustava države Republike Srbije i važi na cjelokupnoj njezinoj teritoriji. On je osnova za postupanje poslodavaca, radnika i drugih subjekata u odnosima sigurnosti (bezbjednosti) i zaštite zdravlja na radu.

Zakon 2023. donesen je da traje, da se primjenjuje, jer će vrijeme primjene ovaj zakon činiti autoritativnijim. Vrijeme primjene je posebna vrijednost u propisima. U tom vremenu pokazuju se prednosti i manjkavosti propisa (neujednačenost prava, obveza i odgovornosti, pravne praznine, neusklađenosti, nesigurnost adresata u pravnim odnosima, usporavanje rada uprave, sudova i drugih subjekata i odnosa).

Poseban problem u primjeni Zakona 2023. stvoriti će „ostavljanje na snazi“ brojnih podzakonskih (provedbenih) propisa i drugi rokovi za donošenje novih.⁵

⁴ Vuković, Mihajlo, Vuković, Đuro, *Nomotehnika*, Informator, Zagreb, 1988.

⁵ „Podzakonski akti predviđeni ovim zakonom biće doneseni u roku od 18 meseci od dana

2.3. Sadržaj Zakona 2023.

Opseg (obim) Zakona 2023. nije „propisan” (kao i za druge zakone), ali je teorija radnog prava i prava zaštite na radu neizravno to sugerirala. Opseg i sadržaj Zakona to određuju, i načela navedenih disciplina. Na snazi su proklamacije i načela u pravnim normama Zakona 2023, pa slijedi njihovo ostvarivanje (primjena) u „živim” odnosima brojnih subjekata u sigurnosti (bezbednosti) i zaštiti zdravlja na radu. Opseg (obim) Zakona može se objašnjavati u tehničkom i u sadržajnom smislu. U normama Zakona 2023. upisano je puno pojmova, sudova, zaključaka, subjekata i odnosa u sigurnosti (bezbednosti) i zaštiti zdravlja na radu (u zaštiti na radu u širem smislu).

Zakon 2023. je i generalni (*lex generalis* – opći) i posebni (*specialis* – posebni), u odnosu na Ustav, Zakon o radu, i univerzalne propise na snazi u Republici Srbiji, u ovoj oblasti. Sadržaj omogućava apercipiranje normi zakona.

Kada se govori o opsegu (obimu) Zakona 2023. u sadržajnom smislu, onda imamo u vidu ukupnosti subjekata i odnosa koji su ovim zakonom obuhvaćeni, odnosno u „širini” odnosa sigurnosti (bezbednosti) i zaštite zdravlja na radu.

„Dati odgovarajući sadržaj jednom pravnom propisu znači obuhvatiti njegovim odredbama ono područje društvenih odnosa koje odgovara nadležnosti njegova donosioca”.⁶ Sadržaj propisa mora biti pregledan, bez obzira na to sa kojim brojem odredaba se izražava. To je, uvijek, složeno pitanje. Pojedina pitanja i odnosi u propisu izražavaju se i izdvajaju u posebne cjeline u sadržaju kako bi se precizno i jasno iskazala sva specifičnost njegovih bitnih i karakterističnih oznaka. Sadržaj treba da ima i svoju unutrašnju logičnu vezu. To omogućava jezično i logično izražavanje, ali i znanje „materijalnog” prava uz uvažavanje svih učenja nomotehlike.

Teorija je postavila projekt i „generalni plan”, ali treba „izvesti” građevinu i pravnim normama „stvoriti novi propis”.

Norme u sadržaju Zakona 2023. opravdavaju njegov naziv (ime) i „predmet zakona” kako je naveden u članku 1 stavak prvi. Sadržaj čini cje-

stupanja na snagu ovog zakona“ (član 108 st. 1 Zakona – 2023) Prema stavu drugom čl. 108 sve do donošenja novih propisa primjenjivat će se oni doneseni na osnovu Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu („Sl. glasnik RS“ br. 101/05, 91/15, 113/17) ali „ako nisu u suprotnosti sa ovim zakonom“ i mjere zaštite na radu (pravila) sadržana u propisima...“, prema članku 109 radi se o sedam pravilnika (neki doneseni i prije 40 godina), a prema članu 110 još osam pravilnika (neki doneseni i prije 65 godina).

⁶ Borković, Ivo, *Nomotehnika*, Split, Pravni fakultet, 1966, str. 18; Mirjanić, Željko, *Pisanje i donošenje zakona*, Pravni fakultet univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2014.

linu i tako ga treba razumijevati i primjenjivati. Raspoređen je tako da od „osnovnih odredaba” do „prelaznih i završnih odredaba” sustavno uređuje subjekte i mjere koje se na te subjekte odnose „radi sprečavanja povreda na radu, profesionalnih bolesti i bolesti u vezi sa radom...”, naglašavajući načela: prevencije, zaštite „posebnih grupa zaposlenih” (posebno zaštićenih kategorija osoba), odgovornosti poslodavca, prava zaposlenih, sve u interesu „bezbednosti i zdravlja na radu”.

Širinom svoje primjene „u svim djelatnostima” zakon je, koristeći vrela prava sigurnosti (bezbednosti) i zaštite zdravlja na radu, uredio prava i obveze destinatora, poštujući utvrđenu terminologiju, stručne izraze, pojmove, kategorije, institute i pravne odnose poštujući hijerarhiju (rang) univerzalnih vrela prava (Povelje Org. ujedinjenih naroda, Univerzalne (opće) deklaracije o pravima čovjeka, Ustav Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, OIT), konvencija i rekomandacija MOR-a) ali i regionalnih vrela prava Vijeća Europe (Savjeta Europe), kao što su Europska socijalna povelja, Europska konvencija o ljudskim pravima i slobodama, ali i *aquis communitaires* Europske unije (EU), a naglašeno direktiva o sigurnosti (bezbednosti) i zaštiti zdravlja na radu i relevantne sudske prakse. Sve je to „našlo krov” u odredbama Ustava Republike Srbije.⁷

3. PROJEKT ISTRAŽIVANJA

Već je navedeno da je Zakon 2023. po brojnim oznakama poseban i da, bez obzira na određeni broj neposredno provedbenih odredaba, treba, za potpuniju provedbu (primjenu), donijeti provedbene propise ovlaštenih subjekata, a za povredu odredaba i protupravna ponašanja izricati propisane mjere.

⁷ Povelja Ujedinjenih naroda (San Francisco, 26. lipnja 1945), N.N.–M.U. 15/93, 7/94; Opća (univerzalna) deklaracija o ljudskim pravima (10. prosinca 1948), N.N.–M.U. 12/09, Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima (New York, 16.12.1966) N.N.–M.U. 13/93; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (New York, 15.12.1966) N.N.–M.U. 12/93; Ustav MOR-a i Svjetske zdravstvene organizacije u tekstovima objavljeni su u knjizi: Učur, Marinko, *Radnopravni status pomoraca*, Pravni fakultet Rijeka, 2003, Učur, Marinko, Laleta, Sandra, *Konvencije Međunarodne organizacije rada – s komentarima*, TIM-press, Zagreb, Pravni fakultet, Rijeka, 2007; Europska socijalna povelja, N.N.–M.U. 15/2002; Pavlović, Šime, *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, LIBERTIN naklada, Rijeka, 2020, Učur, Marinko, *Radno zakonodavstvo i aquis communautaire (direktive)*, Radno pravo 10/2008, Zagreb, 2008, Ustav Republike Srbije – cit.

Za dosljedno primjenjivanje njegovih odredaba, u skladu sa strukturom pravne norme (hipoteza, dispozicija, sankcija), treba sačiniti svojevrsni projekt istraživanja koji bi to omogućio.

To se odnosi na:

- subjekte i odnose u Zakonu 2023;
- podzakonske (provedbene) propise po Zakonu 2023;
- opće normativne autonomne akte (propise) po Zakonu 2023;
- prava, obveze i odgovornosti poslodavca po Zakonu 2023;
- prava, obveze i odgovornosti radnika po Zakonu 2023;
- posebno mjesto i uloga medicine rada po Zakonu 2023;
- značaj prevencija (mjera preventivnih) po Zakonu 2023;
- obuku zaposlenih po Zakonu 2023;
- rad od kuće i rad na daljinu po Zakonu 2023;
- specifičnosti u organiziranju poslova i sigurnosti i zdravlja na radu po Zakonu 2023;
- informiranje, savjetovanje i suodlučivanje zaposlenih po Zakonu 2023;
- evidencije, dokumentaciju i dr. po Zakonu 2023;
- ostvarivanje mjera u sigurnosti i zaštiti zdravlja na radu i nadzor, po Zakonu 2023.

Za sve je potrebno imati u vidu da su u pitanju tako složeni i zahtjevni odnosi na svim razinama: na razini jednog poslodavca, povezanih društava, zajedničkih radilišta, grana, grupacija, djelatnosti, na razinama različitih teritorijalnih organizacionih oblika, na državnoj razini, a u određenim slučajevima i šire.⁸

4. ZAKLJUČAK

Snagom (i primjenom) načela nomotehnike i priznatih objektivnih pretpostavki (uz druga znanja) donesen je suvremen i primjenljiv Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu („Službeni glasnik RS” broj 35) 2023 od 29.4.2023. godine (stupio je na snagu 07.05.2023) u Republici Srbiji.

Sigurnost (bezbjednost) i zdravlje na radu su prirodna prava (ljudska prava, prava čovjeka), uređena Ustavom Republike Srbije, najvišim univerzalnim i regionalnim vrelima prava, brojnim zakonima i drugim propisima, te autonomnim općim normativnim aktima brojnih poslodavca u postupku nezamjenljivog socijalnog dijaloga.

⁸ Učur, Marinko, *Osnove prava i zakonodavstvo sigurnosti*, Veleučilište u Rijeci, Rijeka, 2005.

Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu je i opći i posebni zakon. Opći je jer je osnov i okvir za druge propise ove multidisciplinarne i interdisciplinarne oblasti odnosa, a posebni zakon (*lex specialis*) jer je sadržajem svojih odredaba uredio specifične odnose radnih i socijalnih prava (na radu i u vezi s radom) „posebnije” od drugih propisa.

Propisane mjere i sredstva ne mogu čekati, pa je nužno ubrzati postupak za donošenje provedbenih propisa kao i „zamjena” nekih pravilnika „starih” i nekoliko desetljeća. Mijenjaju se sredstva rada, tehnološki procesi i uvjeti rada i to moraju pratiti propisi i aktivnosti u odnosima sigurnosti i zaštite zdravlja na radu.

4. CONCLUSION

With the strength (and application) of the principles of Nomotechnics and recognized objective assumptions (along with other knowledge), the modern and applicable Law on Safety and Health at Work (“Official Gazette of RS” No. 35) 2023 was adopted in 29.04.2023. (entered into force on 07.05.2023.) in the Republic of Serbia.

Safety and health at work are natural rights (human rights, human rights), regulated by the Constitution of the Republic of Serbia, the highest universal and regional sources of law, numerous laws and other regulations, and autonomous general normative acts of numerous employers in the process of irreplaceable social dialogue.

The Occupational Safety and Health Act is both a general and special law. It is general because it is the basis and framework for other regulations in this multidisciplinary and interdisciplinary field of relations, and it is a special law (*lex specialis*) because the content of its provisions regulated the specific relations of labor and social rights (at work and in relation to work) more “specially” than other regulations.

Prescribed measures and funds cannot wait, so it is necessary to speed up the procedure for the adoption of implementing regulations as well as the “replacement” of some regulations that are several decades „old”. The means of work, technological processes and working conditions are changing, and this must be accompanied by regulations and activities related to safety and health protection at work.

5. NAPOMENA O LITERATURI

Osnovna literatura navedena je u pozivnim bilješkama.

Prof. Ph.D. sc. Marinko Đ. Učur

SOME OBJECTIVE NOMOTECHNICAL CHARACTERISTICS LAW ON SAFETY AND HEALTH AT WORK IN THE REPUBLIC OF SERBIA

***Abstract:** In the official gazette “R.S.” no. 35/2023, 20.04.2023., the Law on Occupational Safety and Health was published, and he entered into force on 07.05.2023. He regulates the complex and specific area of relations, „the improvement and implementation of safety and health measures at work for persons participating in work processes, as well as persons who find themselves in the working environment, in order to prevent injuries at work, occupational diseases and work-related diseases, general principles prevention, rights of special groups of employees, obligations of the employer, rights and obligations of employees, information, consultation, cooperation and training of employees and employee representatives for safety and health at work, register of injuries at work, professional examinations, issuance of licenses, supervision and penal provisions” (Article 1, paragraph 1).*

This demanding multidisciplinary and interdisciplinary legal (and other) area of relations is regulated in seventeen (I-XVII) sections, i.e. in 113 articles, which shows the respect of objective (and subjective) nomotechnical assumptions for drafting regulations.

Some objective nomotechnical characteristics of this Act are the subject (content) of this work.

***Keywords:** Serbia, law, safety and health at work, nomotechnical characteristics*

ЗАШТИТА ПОСЕБНИХ КАТЕГОРИЈА РАДНИКА У СМISЛУ ОДРЕДАБА ЗАКОНА О РАДУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Др Рајко Кличковић¹

Дипл. правник Милан Ђурановић²

Апстракт: Циљ овог рада је да анализира и укаже на систем и начин заштите посебних категорија радника у Републици Српској, у смислу одредаба Закона о раду и са њим повезаних прописа, а којима се такође уређује предметна област.

Република Српска, према Уставу, надлежна је да на својој територији уређује питања која се односе на заштиту радника на раду, социјалну заштиту, запошљавање и сл. Закон о раду у Републици Српској, као системски пропис, дао је јасан оквир и утврдио конкретне мјере заштите права из радног односа за посебне категорије радника, као што су труднице, породиље, малољетници, болесни радници, радници са смањеном радном способношћу. Због посебне осјетљивости наведених категорија радника исти, сходно законским одредбама, уживају и посебан статус, нарочито када је у питању ноћни рад, прековремени рад, престанак радног односа, запошљавање на другим пословима и сл.

Поред Закона о раду, у регулисању ових питања од изузетног значаја је и Закон о заштити на раду којим се уређује заштита и здравље на раду, као дјелатност од општег интереса, а истовремено се и утврђују механизми за унапређивање безбједности и здравља на раду, права, оба-

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

² Директор Центра за пружање бесплатне правне помоћи milandjuranovic1986@gmail.com

везе и одговорности, превентивне мјере и друга питања која се односе на безбједност и здравље радника.

Кључне ријечи: *права из радног односа, посебне категорије радника, мјере заштите, механизми заштите.*

УВОД

Устав Републике Српске, тачније Амандман XXXII, прописује да Република Српска уређује и обезбјеђује радне односе, заштиту на раду, запошљавање, социјално осигурање и друге облике социјалне заштите... бригу о дјец и омладини. То значи да највиши акт правног поретка Републике Српске у члану 40 став 2 прописује да сви запослени имају право на заштиту у складу са законом. С тим у вези важно је напоменути да је област заштите на раду, поред Закона о раду,³ уређена Законом о заштити на раду⁴ Републике Српске, у погледу права, обавеза и одговорности послодаваца и других субјеката у обезбјеђивању, спровођењу и унапређивању заштите на раду.

Овим законом су на савременим техничко-технолошким, организационим, правним и друштвено-економским основама, уређени сви институти који чине систем заштите на раду, а у оквиру њега и друга питања и односи које тај систем директно и конкретно ставља у функцију заштите на раду, заштите живота и здравља радника на раду и у вези са радом.

Иако Закон о заштити на раду представља акт цјеловите правне регулативе система заштите на раду Републике Српске и ствара нормативну подлогу за његову надоградњу колективним уговорима и подзаконским актима ради утврђивања неопходних мјера којима би се обезбиједила заштита на раду, он регулише општу заштиту на раду коју уживају сви радници.

Што се тиче посебне заштите одређених категорија радника у радном законодавству Републике Српске, иста је постављена тако да се посматра у односу на њихова субјективна својства и објективне околности које су у узрочно-последичној вези са тим категоријама радника.

³ Службени гласник Републике Српске, бр. 1/16, 66/18, 91/21 – Одлука Уставног суда Републике Српске и 119/21.

⁴ Службени гласник Републике Српске, бр. 1/08 и 13/10.

Посебну заштиту уживају категорије осјетљивих, тј. угрожених радника, као што су жене, млађи радници, инвалиди, родитељи, лица која пружају његу или посебну његу дјечи и другим особама, и иста је загарантована одредбама Закона о раду Републике Српске. Посебна заштита жена може се окарактерисати као заштита трудница, породиља и заштита мајки генерално.

У овом раду, осим напомена везаних за општу заштиту радника, мјерама и параметрима опште заштите којима се штити физички и морални интегритет радника па и достојанство радника, општа заштита радника на раду неће се посебно анализирати. Кроз предметни рад биће анализирана посебна заштита поједних категорија радника, сходно одредбама Закона о раду Републике Српске, те најбитнији сегменти повезаних прописа.

1. ОПШТА ЗАШТИТА РАДНИКА

Општа заштита радника тиче се свих радника који су изложени или могу бити изложени разним ризицима на раду и радном мјесту. Општом заштитом стварају се сигурни и безбједни услови рада и чува се здравље радника. Напријед наведено остварује се досљедном примјеном прописа о праву на заштиту на раду, самој дужности заштите и очувања здравља радника, као и посебне заштите радника који раде на опасним пословима, односно пословима са повећаним ризиком. Крајњи циљ заштите и здравља на раду јесте обезбјеђивање радницима услова рада у којима ће се у највећој могућој мјери смањити могућност за повреде на раду, професионална обољења и друга обољења која су у вези са радом, односно стварање таквог радног амбијента који ће настојати да осигура и омогући социјално благостање радника.

Радници имају право на сигурност и заштиту здравља приликом рада у складу са законом. Угроженост радника и њиховог здравља постаје све уочљивија, због пораста амбиција да се повећа профит на једној страни, а смање производни трошкови на другој страни. Ови захтјеви довели су до тога да заштита на раду постане предмет многих конвенција, препорука и правилника Међународне организације рада и других организација регионалног и националног карактера. Конвенције, препоруке и други правни акти садрже опште стандарде, који ратификацијом и хармонизацијом постају саставни дио правних система или врше директни утицај на развој националног законодавства.

Мјере опште заштите на раду односе се на техничка, хигијенска, здравствена, правна и друга средства којима се стварају сигурни услови рада и заштићује физички и морални интегритет радника.

Техничка средства заштите радника тичу се прије свега личне заштите радника, заштите на средствима рада, заштитних уређаја у простору рада радника, итд. Хигијенска средства односе се на санитарне уређаје, смјештај, чистоћу ваздуха и слично.

Здравствена средства (здравствена заштита) односе се на обавезне љекарске прегледе, док се правна средства тичу радног времена, коришћења одмора, ноћног или прековременог рада радника, затим на посебну заштиту жена, малољетних и инвалидних радника. У друга средства заштите радника на раду улазе све оне мјере којима се директно или индиректно доприноси заштити радника на раду.

Поред општих мјера заштите, неопходно је обратити пажњу и на оне претходне мјере заштите на раду, које се предузимају прије него што послодавац отпочне рад. Послодавац рад може почети када надлежни орган (обично орган локалне управе) донесе акт, тј. рјешење којим констатује да су испуњени сви неопходни услови за почетак рада и обављање регистроване дјелатности, а и сам послодавац је дужан да прије почетка рада обавијести надлежну инспекцију рада о почетку свог рада, раду одвојене јединице или о промјенама технолошког поступка, уколико се њима мијењају услови рада.

Претходне, опште и посебне мјере имају превентивни значај јер им је циљ да спријече повреде радника на раду, да спријече настанак професионалне болести или обољења, инвалидност, смртне случајеве и друге негативне пратиоце рада.

2. ПОСЕБНА ЗАШТИТА РАДНИКА

2.1. Заштита жена као посебне категорије радника

Узимајући у обзир прописе којима се регулишу радни односи и заштита на раду, можемо рећи да у нашем правном систему жене уживају посебну и адекватну заштиту. Тако је Закон о раду посебно поглавље посветио посебној заштити жене и материнства.

Кроз одредбе Закона о раду Републике Српске осигурана је заштита за жене, почевши од самог почетка трудноће, у току трудноће, па и послје порођаја. Сходно одредбама Закона о раду, женама, односно породиљама,

гарантовано је право на породилско одсуство. Закон такође, кроз одредбу члана 105, императивно забрањује било који вид дискриминације или неједнаког третмана труднице, на начин да забрањује послодавацу да одбије да прими у радни однос жену због тога што је трудна, нити јој послодавац може отказати уговор о раду због трудноће или због тога што жена користи породилско одсуство. Закон о раду је изричито прописао и забрану прековременог рада и ноћног рада за труднице и жене са дјецом до одређеног узраста, о чему ће бити ријечи у наредном поглављу овог рада. Такође, Закон прописује и ограничења у погледу промјене радног мјеста, као мјеста рада за труднице и жене са дјецом до три године. Жена такође за свако рођено дијете остварује и одређена права која се тичу испуњавања услова за пензију⁵.

Имајући у виду све напријед истакнуто, а уважавајући да се ради о осјетљивој теми, можемо рећи да је Закон о раду предметном питању посветио значајну пажњу, те да је нормативни статус трудница и жена са дјецом узраста до три године на задовољавајућем нивоу, иако је неспорно да и даље постоји простора за напредак, за прописивање нових права, као и за проширивање обима већ постојећих права. Водећи рачуна о ограниченом простору у овом раду, укратко ћемо приказати све аспекте посебне заштите жене раднице.

2.1.2. Распоред труднице на рад

Закон о раду прописао је да жена ужива посебну заштиту за вријеме трудноће и док доји дијете може бити привремено распоређена на друге послове ако је то у интересу очувања њеног здравља или здравља дјетета⁶. То значи да у тим случајевима жена не смије подизати терет, не смије бити изложена штетном зрачењу, хладноћи, високим температурама и слично, и мора се заштитити од сваког потенцијалног ризика по њено здравље или здравље њеног дјетета, или ризика који би могао угрозити сам ток трудноће. Законодавац је надаље прописао да, ако послодавац није у могућности да жени обезбиједи распоред на други посао, жена има право на одсуство с рада, уз накнаду плате, у складу са

⁵ Жена-мајка за свако рођено дијете стиче право на пензију за једну годину мање стажа осигурања, у односу на услове који су прописани Законом о пензијском и инвалидском осигурању.

⁶ Члан 106 став 1 Закона о раду.

општим актом и да та накнада не може бити мања од накнаде коју би жена остваривала да је остала да ради на свом радном мјесту.

Дакле, и на овај начин је пружена додатна заштита трудницама и породиљама, на начин да послодавац трудну жену и жену која доји дијете не може распоредити на послове који су супротни очувању њиховог здравља и здравља дјетета, а у случају да послодавац нема таквих послова или радних мјеста, жене имају право на одуство са посла уз накнаду плате као за редован рад, што је свакако значајан бенефит за жене које се налазе у тој ситуацији. Важно је нагласити да је један од видова посебне заштите за труднице и жене са дјететом до три године забрана прековременог рада, сходно одредби члана 64 став (1) тачка 2) Закона о раду. Изузетак од овог правила постоји само у случају да трудна жена или мајка дјетета до три године поднесе писмени захтјев, који мора бити одобрен и од стране послодавца. Такође, трудницама, почев од шестог мјесеца трудноће, као и мајкама са дјететом до двије године, забрањено је обављање ноћног рада.

У случајевима да послодавац, супротно наведеним законским одредбама, одреди прековремени или ноћни рад, инспектор рада има обавезу да својим актом то забрани, с тим да Закон о раду за ове прекршаје предвиђа новчано кажњавање послодавца и то новчаном казном у износу од 2.000 КМ до 12.000 КМ, те новчано кажњавање одговорног лица код послодавца новчаном казном у износу од 200 до 1.200 КМ⁷.

Када је у питању евентуална промјена мјеста рада, Закон о раду прописује да жену за вријеме трудноће и мајку дјетета до двије године старости послодавац може распоредити на рад у друго мјесто рада само уз њен пристанак. Ова одредба свакако даје одређену сигурност трудницама и мајкама дјетета до двије године и представља гаранцију да их послодавац не може самоиницијативно премјестити у друго мјесто рада, уколико то није у њиховом интересу и уколико нису дале свој пристанак.

2.1.3. Породиљско одсуство и друга права у току породилског одсуства

Право на породилско одсуство једно је од основних и најважнијих права жена у вези са радом, којим се уједно штити интерес жене и интерес

⁷ Члан 264 став 1 тачка 25 и став 2 Закона о раду.

дјетета. Према Закону о раду⁸, жена за вријеме трудноће, порођаја и њега дјетета има право на породилско одсуство у трајању од једне године непрекидно, док за рођене близанце и свако треће и наредно дијете жена има право на породилско одсуство у трајању од 18 мјесеци непрекидно. Породилско одсуство, на основу захтјева жене и препоруке овлашћеног доктора медицине, жена може отпочети са коришћењем 28 дана прије дана порођаја и дато је као могућност (у пракси је и најчешће) али не и обавеза, што значи да жена не мора да отпочне породилско одсуство 28 дана прије порођаја. Дакле, уколико жели и уколико јој то не представља превелико оптерећење, жена у сваком конкретном случају може да диспонира наведеним правом, односно да отпочне са коришћењем породилског одсуства 28 дана прије порођаја или да настави редован рад, до самог тренутка порођаја.

Породилско одсуство за прво и друго дијете траје годину дана. Ако жена започне са породилским одсуством 28 дана прије порођаја, онда породилско одсуство траје још 11 мјесеци након порођаја жене. Од дана отпочињања породилског одсуства зависи и његов дан завршетка.

Међународна организација рада, у Конвенцији бр. 103 о заштити материнства, инсистира да породилско одсуство мора отпочети у разумном периоду прије очекиваног термина порођаја жене. Код нас је факултативног карактера (жена може да отпочне породилско одсуством 28 дана прије порођаја), те би стога било неопходно извршити измјену ове норме и факултативно постављено право жене прописати императивно (да жена мора отпочети са породилским одсуством), а све у циљу најбољег интереса труднице, односно породиље, као и најбољем интересу дјетета. Отпочињање породилског одсуства 28 дана прије порођаја је у интересу и мајке и дјетета, а ствар је и медицинске процјене. Због напријед наведеног, породилско одсуство и започиње на основу препоруке овлашћеног доктора медицине. Чим медицински услови или индикатори буду постојали, жена ће отпочети са коришћењем породилског одсуства.

Запослена жена има право на породилско одсуство у трајању од годину дана и у ситуацији ако је до самог тренутка порођаја била одсутна са рада због одржавања/чувања трудноће.

Када говоримо о породилском одсуству, морамо имати у виду и могућност да се родитељи дјетета могу споразумјети да породилско

⁸ Члан 107 Закона о раду.

одсуство, након истека 60 дана од дана рођења дјетета, умјесто мајке настави да користи запослени отац дјетета. Отац дјетета има право на породилско одсуство у преосталом неискоришћеном дијелу мајке, што значи да отац дјетета може користити максимално преосталих девет мјесеци одсуства, ако је мајка отпочела са породилским одсуство 28 дана прије порођаја. Само право на породилско одсуство се изводи из радног односа, па је стога Закон јасно назначио да предметно право може да користи запослени отац дјетета. О праву на породилско одсуство оца за дијете, уз изјаву родитеља и других релевантних доказа, одлучује послодавац оца својим рјешењем.

Жена породилца на сопствени захтјев може отпочети рад и прије истека породилског одсуства, али не прије него што протекне 60 дана од дана порођаја. На овај начин, закон је одредио минимално трајање породилског одсуства за жену (60 дана од дана порођаја). Оно је императивно, траје увијек и у свакој ситуацији, другачије није могуће одредити, па чак ни ако постоји захтјев жене. Од овог правила Закон предвиђа изузетак само у случају ако жена роди мртво дијете, или ако дијете умре прије истека породилског одсуства, жена има право на породилско одсуство онолико времена колико је, по оцјени овлашћеног доктора медицине, потребно да се жена опорави од порођаја и психичког стања изазваног губитком дјетета, а најмање 45 дана од дана порођаја, односно од дана губитка дјетета. Ако жена отпочне рад прије истека времена породилског одсуства, има право да за вријеме радног дана, поред дневног одмора, користи још и 60 минута одсуства с рада ради дојења дјетета. Ово је право жене, а уједно и обавеза послодавца да јој омогући остваривање истог⁹.

У циљу заштите дјетета законодавац је дао могућност да, ако мајка дјетета умре или напусти дијете или из других оправданих разлога није у стању да се брине о дјетету и да га његује, право на породилско одсуство има запослени отац или усвојилац дјетета, као и друго лице коме је надлежни орган старатељства повјерио дијете на његу и старање.

Отац дјетета има обавезу да ступи у право мајке на породилско одсуство и да то право користи у ситуацији када мајка није у могућности да то чини.

Напомињемо да је ступање у право мајке и коришћење истог дозвољено првенствено због интереса дјетета и његовог развоја. Ова

⁹ Члан 108 став 1, 2 и 3 Закона о раду.

супституција права не може се односити на претпорођајно и порођајно породилско одсуство, већ једино на период послје рођења дјетета. Ради бриге о дјетету и његовом развоју, отац дјетета може замијенити мајку за све вријеме трајања породилског одсуства. Смрт мајке је први разлог супституције, ако смрт наступи у току или послје порођаја, док трају права која се супституишу, а чињеница смрти доказује се изводом из матичне књиге умрлих. Напуштање дјетета, као други разлог за супституцију права, јесте фактичка чињеница и доказује се релевантним доказним средствима, без посебног рангирања и значаја доказних средстава.

Поред смрти и напуштања дјетета од стране мајке, трећи могући разлог за супституцију права од стране оца постоји у ситуацији када мајка из других оправданих разлога није у стању да се брине о дјетету. Оправдан разлог се утврђује у сваком поједином случају. Тешка болест мајке, повреда, притвор, затвор, изречена мјера безбједности јесу свакако разлози да отац супституише право мајке на породилско одсуство и да то право и користи. Неопходно је нагласити да отац има право на супституцију права мајке, тј. отац има право да користи право мајке на породилско одсуство док постоје разлози због којих их она сама не може користити или није у стању да их врши.

Породилско одсуство отац дјетета може да користи и када мајка није у радном односу. Ако мајка није у радном односу не може се говорити о супсидијарном коришћењу праву. Тад су та права оца дјетета изворна, а не изведена (супсидијарна). Наведена права почињу да теку у моменту када и сама мајка може да започне да их користи, а престају када их престане и она користити.

2.1.4. Право на рад са половином пуног радног времена

Након истека породилског одсуства, један од запослених родитеља има право да ради са половином пуног радног времена за вријеме док дијете не наврши три године живота, уколико је дјетету, према налазу овлашћеног доктора медицине, потребна појачана нега¹⁰. Овим је пружена додатна заштита мајци или оцу дјетета којем је потребна појачана нега.

Родитељи ово право имају независно од тога да ли живе у брачној или ванбрачној заједници, посебно или појединачно, и од суштинског

¹⁰ Члан 110 став 1 Закона о раду.

је значаја да се родитељ, који тражи одсуство по овом основу, стара о дјетету којем је потребна појачана њега, а такве чињенице и околности утврђују се на основу налаза овлашћеног доктора медицине. Родитељ (најчешће мајка, а отац изузетно под законом дозвољеним условима) одмах након протеча породилског одсуства стиче право да ради са половином пуног радног времена. Право је временски ограничено и може трајати до треће године живота дјетета. То је максимално трајање овог одсуства. Може трајати и краће, под условом да престане потреба за појачаном његом дјетета. Родитељ који остварује ово право не ради у другој половини пуног радног времена, али остварује право на накнаду плате за тај дио који не ради¹¹.

Накнаде плате за вријеме рада са половином пуног радног времена због потребне појачане њега дјетета од стране мајке дјетета или других лица, под условима прописаним законом, исплаћују се на терет средстава Јавне установе Фонд за дјечју заштиту Републике Српске.

Поред овог права, веома је важно право једног од родитеља дјетета са психофизичким сметњама у развоју, које није смјештено у одговарајућу здравствену или социјалну установу, да ради с половином пуног радног времена, са правом на накнаду плате за другу половину пуног радног времена.

О трајању, почетку и престанку коришћења овог права одлучује овлашћена здравствена установа, водећи рачуна о потребама дјетета за појачаном родитељском његом и старањем.

Психофизичке сметње у развоју дјетета ствар су медицинских налаза, медицинске процјене и студија, а неке од њих, због којих би родитељи имали ово право, свакако су церебрална и дјечја парализа, плегија, мишићне дистрофије и друга тешка обољења.

Родитељу дјетета са психофизичким сметњама не може се, без његове сагласности, одредити да ради прековремено или ноћу, нити му се, без његовог пристанка, може промијенити мјесто рада. Ова ограничења свакако су веома важан фактор у смислу потпуније заштите предметног права, а свакако и у циљу заштите интереса дјетета и његовог здравственог стања, које и представља основ за коришћење самог права. Накнаду плате родитељу дјетета које користи ово право такође обезбјеђује Јавна установа Фонд за дјечју заштиту Републике Српске.

¹¹ Члан 113 Закона о раду.

2.2. Накнада плате

За вријеме коришћења породилског одсуства жена има право на накнаду плате у висини просјечне плате коју је остварила у току посљедњих 12 мјесеци прије почињања породилског одсуства. Накнада се мјесечно усклађује са растом просјечних плата у Републици, што практично значи да, колико се процентуално повећа просјечна плата у Републици Српској, према подацима Завода за статистику Републике Српске, за толики процентуални дио доћи ће до увећања и накнаде плате¹². У случају да жена није остварила плату за свих посљедњих 12 мјесеци, накнада плате износи висину плате коју би остварила да је била на раду.

Обрачун и исплату накнаде плате врши послодавац истовремено са обрачуном и исплатом плате и осталим радницима. Накнада плате за вријеме породилског одсуства остварује се на терет Јавне установе Фонд за дјечију заштиту Републике Српске у бруто износу.

2.3. Посебна заштита болесних и инвалидних радника

Закон о раду прописује и гарантује посебну заштиту болесних и инвалидних радника. У том смислу раднику који је повријеђен на раду или је оболио од професионалне болести послодавац не може отказати уговор о раду за вријеме док је здравствено неспособан за рад, без обзира на то да ли је радник са послодавцем закључио уговор о раду на неодређено или на одређено вријеме.

Ово је општа заштита болесних и инвалидних радника. Уговорни однос траје све вријеме док постоје здравствени разлози спријечености радника за рад, а ти разлози морају бити у узрочно-посљедичној вези са радним мјестом радника и његовог обољења.

Радник, без обзира на врсту уговорног односа са послодавцем, на одређено или неодређено, са пуним или непуним радним временом, ужива заштиту од незаконитог отказа уговора о раду од стране послодавца, чак сходно одредби члана 115 став 2 Закона о раду раднику који је закључио уговор о раду на одређено вријеме период здравствене спријечености за рад не урачунава се у вријеме трајања уговора о раду¹³.

¹² Члан 112 став 1, 2 и 3 Закона о раду.

¹³ Ово је изузетак од општег правила да уговор о раду који је закључен на одређено

2.3.1. Распоређивање радника након лијечења

Одредбама члана 116 Закона о раду уређено је питање повратка на рад радника након лијечења, права радника након повратка као и обавезе послодавца у тим случајевима. Сходно наведеном члану Закона, радник који је био привремено спријечен за рад због повреде или повреде на раду, болести или професионалне болести, а за којег након лијечења, односно опоравка, овлашћени доктор медицине, односно надлежни орган у складу с посебним прописом утврди да је способан за рад, има право да се врати на послове на којима је претходно радио. Ако је евентуално престала потреба за обављањем послова на којима је радник претходно радио, послодавац је дужан раднику понудити уговор о раду за обављање других послова који одговарају тренутном здравственом стању радника, као и пословима на којима је исти радник претходно радио. Ако послодавац нема могућност да раднику понуди уговор о раду за обављање других послова или ако радник одбије понуђени уговор о раду, послодавац у том случају може раднику да откаже уговор о раду на начин и под условима прописаним Законом о раду, с тим да због ових разлога послодавац не може отказати уговор о раду раднику који је повријеђен на раду или је оболио од професионалне болести.

Уколико дође до спора пред надлежним судом између радника и послодавца, овлашћена здравствена установа медицине рада је надлежна да оцијени и утврди да ли су понуђени послови, које је послодавац понудио раднику новим уговором, одговарајући. Радник који је био повријеђен на раду или је имао професионално обољење има право на додатно стручно оспособљавање, ако је у међувремену дошло до промјене у технологији или начину рада, као и на све друге погодности које произлазе из побољшаних услова рада на које би имао право. Ово је обавеза послодавца, који је дужан да радника (као и друге раднике) стручно оспособи за безбједно руковање средствима рада и у вези са радом.

Законом о пензијском и инвалидском осигурању¹⁴ уређена су права радника/осигураника којем је утврђена смањена радна способност, а то су право на: распоређивање на одговарајуће радно мјесто; преквалификацију или доквалификацију и новчану накнаду у вези са смањеном радном способношћу.

вријеме престаје да важи протеком рока из уговора о раду.

¹⁴ Службени гласник Републике Српске, бр. 134/11, 92/13, 103/15, 111/21, 15/22 и 132/22.

Ова права, ако овим законом није другачије одређено, осигуранику обезбјеђује послодавац.

Право на распоређивање на одговарајуће радно мјесто обезбјеђује се осигуранику док не испуни услове за стицање права на пензију, а право на преквалификацију или доквалификацију до навршених 58 година живота под условом да се, с обзиром на преосталу радну способност, осигураник може оспособити за рад на другом радном мјесту са пуним радним временом. Право на распоређивање на друго радно мјесто има и радник/осигураник након завршене преквалификације или доквалификације. Такође, важно је нагласити и да осигураник коме се на основу смањене радне способности обезбјеђује право на распоређивање на друго радно мјесто, односно право на доквалификацију или преквалификацију има право на: накнаду плате од дана настанка инвалидности до распореда на друго радно мјесто, односно до упућивања на преквалификацију или доквалификацију, као и од дана завршетка преквалификације или доквалификације па до распоређивања на друго радно мјесто; накнаду плате за вријеме преквалификације или доквалификације и накнаду плате због мање плате на другом радном мјесту.

Наведеним механизмима гарантује се радницима да након, а и за вријеме лијечења, односно преквалификације и доквалификације, неће трпјети посљедице у смислу престанка радног односа или умањења плате због промјене радног мјеста.

2.3.2 Право на запослење на другим пословима

Поред радника код којег постоји смањена радна способност, послодавац је и раднику, код којег постоји непосредна опасност од настанка инвалидности, коју је утврдио надлежни орган, дужан понудити закључење уговора о раду за обављање послова за које је радник радно способан, а ти послови морају одговарати пословима на којима је радник претходно радио. То радно мјесто мора да одговара стручној спреми и радном искуству радника. Тако нпр. послодавац не може радника распоредити на радно мјесто за које се захтијева нижи степен стручне спреме, у односу на радно мјесто и степен стручне спреме која се захтијевала за рад на претходном радном мјесту.

Како би се ово постигло у пракси, законодавац је прописао обавезу послодавца да у тим случајевима прилагоди послове способностима радника, измијени распоред радног времена, те предузме друге мјере

како би раднику обезбиједио одговарајуће услове и омогућио несметан рад. Надаље, законодавац прописује да, ако је послодавац предузео све одговарајуће мјере, а и даље не може раднику понудити друго радно мјесто које одговара здравственом стању радника, у том случају може доћи до отказивања уговора о раду, али уз прибављено мишљење синдиката, односно савјета радника.

У овом случају треба разликовати двије ситуације. Прва је, када се и поред предузетих мјера (водећи рачуна о налазу и препоруци надлежног органа – мисли се на комисије за оцјену радне способности радника) раднику не може обезбиједити посао. Ово је прва ситуација која даје право послодавцу да раднику откаже уговор о раду. Да би отказивање уговора било у складу са законом, послодавац је дужан да затражи мишљење синдиката, односно савјета радника. Ово мишљење ће затражити писменим путем, наводећи и описујући ситуацију из које произлази да и поред предузетих мјера од стране послодавца не постоји могућност обезбјеђивања других послова који одговарају радним способностима радника, те оставити рок у којем поменуте организације мишљење треба да доставе.

Након што му мишење буде достављено (или ако не буде достављено) послодавац ће сагледати мишљење и одлучити да ли ће раднику отказати уговор о раду (не мора). У ситуацији када је послодавац предузео неопходне мјере с циљем да раднику обезбиједи распоред на друге одговарајуће послове (водећи рачуна о налазима и датим препорукама), а радник одбија понуду за закључење уговора о раду, послодавац има право да раднику откаже уговор о раду. Такође, дужан је затражити мишљење синдиката, односно савјета радника, те исто узети у обзир ако му је достављено.

Значајно је напоменути да и у овом случају раднику којем је смањена радна способност или је непосредна опасност од настанка инвалидности узрокована повредом на раду или професионалном болешћу, послодавац не може отказати уговор о раду, у сваком конкретном случају неопходно је утврдити узрочно-последичну везу између рада радника и настале повреде на раду, професионалне болести или непосредне опасности од настанка инвалидности.

Закон предвиђа и један изузетак у погледу отказивања уговора о раду радницима који су претрпјели повреду на раду и који су обољели од професионалне болести, а којима након завршеног лијечења послодавац не може понудити одговарајући посао. Према члану 118 Закона о раду,

таквим радницима послодавац може отказати уговор о раду само уз њихову писмену сагласност, с тим да у том случају радник има право на отпремнину у најмање двоструком износу отпремнине утврђене чланом 194 Закона о раду.

Када се говори о заштити лица са смањеном, односно преосталом радном способношћу, неопходно је навести да постоје и посебни прописи о запошљавању лица са инвалидитетом. Код нас је то Закон о професионалној рехабилитацији, оспособљавању и запошљавању инвалида¹⁵. Овим законом регулише се: радно оспособљавање и запошљавање инвалида под општим и посебним условима, дефинише инвалидитет и смањена радна способност, прописује право на запошљавање и услови за запошљавање инвалида. Затим, одређује се и дефинише запошљавање под општим и посебним условима инвалида квотним системом или уплатом стопе посебног доприноса у односу на укупан број радника. Предвиђа се и могућност за оснивање предузећа за запошљавање инвалида, заштитних радионица, радних центара и установа за професионалну рехабилитацију, коју може основати Република и јединице локалне самоуправе. Законом су предвиђене пореске, царинске и друге олакшице као и новчани стимуланси за послодавце који запошљавају инвалиде или новчани стимуланс за лица која се samozapoшљавају. Законом је основан и Фонд за професионалну рехабилитацију и запошљавање инвалида као јавна установа коју оснива Влада Републике Српске.

2.3.4. Привремена спријеченост за рад

Радници имају право да одсуствују са рада у случају привремене неспособности за рад у складу са прописима о здравственом осигурању. Нажалост, ово право се често злоупотребљава, због чега је и уведен механизам за заштиту од злоупотребе овог права.

Радник је дужан да најкасније у року три дана од дана наступања привремене спријечености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању о томе достави послодавцу потврду надлежног доктора медицине.

Доктор медицине је дужан да изда ову потврду, из разлога што коришћење одсуства са рада по основу привремене спријечености за рад зависи искључиво од те потврде.

¹⁵ Службени гласник Републике Српске, бр. 37/12 и 82/15.

Потврда представља јавну исправу и доказује оно што је у њој наведено. То подиже ниво одговорности доктора медицине, јер га излаже ризику одговорности ако изда потврду, а не постоји привремена спријеченост за рад, односно ако не постоји оправдан разлог за издвање исте.

Начин издавања и садржај потврде о наступању привремене спријечености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању прописује министар надлежан за послове здравља и социјалне заштите.

Потврда мора обавезно садржавати податке о здравственој установи, раднику и послодавцу, податке о разлозима за привремену спријеченост радника за рад (почетак, основ, дијагнозу, очекивано вријеме трајања привремене спријечености). Такође, мора садржавати потпис и факсимил љекара, као и печат здравствене установе.

Привремена спријеченост за рад регулише се у складу са прописима здравственог осигурања. Радник је дужан да достави послодавцу потврду љекара и то најкасније у року од три дана од дана наступања привремене спријечености за рад. Достављање потврде је обавеза радника, али постоје и одступања од овог правила. Тако у случају теже болести, умјесто радника, потврду послодавцу достављају чланови уже породице или друга лица са којима живи у породичном домаћинству.

Ако послодавац посумња у оправданост разлога за одсуствовање са рада, може да поднесе захтјев надлежном органу установе ради утврђивања здравствене способности радника, у складу са законом.

Ако овај орган здравствене установе нађе да радник није био у стању привремене спријечености за рад, узима се да је радник неоправдано изостајао с посла. То представља злоупотребу привремене спријечености за рад, а у том случају може да дође и до отказа уговора о раду раднику, након спроведеног дисциплинског поступка.

2. 4. Заштита млађих радника

Одредбама Закона о раду, Закона о заштити на раду, као и повезаних законских прописа и подзаконских аката, на јасан и недвосмислен начин је утврђена посебна заштита млађих радника.

У правном систему Републике Српске, способност уговарања (односно способност бити уговорна страна) имају пословно способна физичка лица и правно способна правна лица. Пословна способност, способност бити носилац права и обавеза, у правном систему Републике

Српске, стиче се пунољетством тј. са навршењем 18. године живота. Животна доб од 15 година као доња граница старости омогућава да неко буде укључен у процес рада без опасности по живот и здравље. Иако је лице са навршених 15 година живота малолетно, оно ступањем у радни однос стиче сва права и обавезе и одговорности из тог радног односа. Тиме стиче ограничену пословну способност да располаже платом и другим личним примањима из радног односа, али и процесну способност да буде странка у поступку. Ова способност је ограничена и односи се само на права, обавезе и одговорности из радног односа. Зато је еманципација запосленог радника дјелимична. Еманципација је и условна јер зависи од радног односа. Уговор о раду не може да закључи лице које није навршило 15 година живота и које нема општу здравствену способност за рад. Уговор о раду закључен мимо општих законских услова јесте правно ништав уговор.

Према члану 27 Закона о раду, радни однос са лицем млађим од 18 година може да се заснује само уз писмену сагласност¹⁶ родитеља, усвојиоца или стараоца, ако такав рад не угрожава његово здравље, морал и образовање, односно ако такав рад није забрањен законом.

Ако је радник млађи од 18 година засновао радни однос без сагласности са родитељима, односно усвојиоцима или његовим стараоцима, дато је право да захтјевом траже да тај радни однос престане. Захтјев послодавцу се подноси у писменој форми уз обавезно навођење датума, за који се има сматрати да је и дан престанка радног односа радника млађег од 18 година. Уколико у захтјеву није наведен дан престанка радног односа, радни однос престаје даном подношења захтјева. Захтјев родитељи подносе споразумно, осим ако једном од родитеља није одузето родитељско право или он то право према малолетном лицу из неког разлога није у стању да врши. Рјешавајући захтјев родитеља или старатеља за престанак радног односа радника млађег од 18 година живота, послодавац је дужан да донесе рјешење. Ово рјешење може да има само декларативан карактер и да констатује чињеницу престанка радног односа, јер радни однос престаје по сили закона, тј. оног датума који је од стране родитеља или стараоца наведен у захтјеву, односно дана када је захтјев поднесен послодавцу.

¹⁶ Закон изричито не прописује каква сагласност мора да буде, нити у којем тренутку се даје. Оправдана претпоставка је да сагласност треба да постоји прије закључења уговора о раду.

Лице млађе од 18 година живота може да заснује радни однос само на основу налаза надлежне здравствене установе којим се утврђује да је способно за обављање послова за које заснива радни однос и да такви послови нису штетни за његово здравље. Трошкове љекарског прегледа за лица која се налазе у евиденцији незапослених код Јавне установе „Завод за запошљавање Републике Српске” сноси Завод за запошљавање.

Законом се гарантује посебна заштита лицу које није навршило 18 година живота тако што се онемогућава да та лица закључе уговор о раду за обављање послова на којима постоји повећана опасност од повреда или повећан штетни утицај на здравље, јер се та лица још увијек налазе у интензивном физичком и психичком развоју. Ови услови су постављени у циљу потпуне заштите не само психичког и физичког здравља млађих радника већ и код остваривања њихових права код послодавца у случају радног спора.

Према одредбама члана 103 Закона о раду, радник млађи од 18 година не може бити распоређен да ради на радним мјестима за која је утврђено да су радна мјеста са повећаним ризиком, или на нарочито тешким физичким пословима, на радовима који се обављају под земљом или под водом, као ни на другим пословима који би могли да представљају повећан ризик по његов живот, здравље и психофизички развој. Министар рада и борачко-инвалидске заштите посебним правилником¹⁷ прописује о којим се то пословима ради. Правилником о пословима на које не може бити распоређен млађи радник прописује се да радник не може бити распоређен на мјесто са повећаним ризиком, а таква мјеста се утврђују актом о процјени ризика. Циљ ових одредаба је заштита живота, здравља, морала, образовања и психофизичког развоја малољетних радника. У акту о процјени ризика посебно мора бити наведено који су послови потенцијално ризични за млађе раднике. Између осталог, може се радити о пословима који су изнад физичких и психолошких могућности млађих радника, послови који представљају повећан ризик од штетног излагања физичким, хемијским и биолошким штетностима, послови који су у вези са производњом и руковањем пиротехничким и експлозивним средствима, послови који се односе на рад са дивљим или отровним животињама, послови код којих се долази у контакт са електричном енергијом високог напона, послови на којима

¹⁷ Службени гласник Републике Српске, број 86/16.

постоји изложеност штетном утицају високих или ниских температура, буке, вибрације и зрачења, те други послови којима се може угрозити психофизичко здравље млађих радника.

Закон о раду предвиђа заштиту ове категорије радника и у погледу радног времена, пуно радно вријеме не може да се утврди у трајању дужем од 35 часова седмично, односно од 8 часова дневно, а послодавац је дужан да једном у току године малољетног радника шаље на оцјену радне способности, о свом трошку.

Кроз наведене прописе настоји се осигурати повољнији положај млађих радника у радном законодавству, с обзиром на њихов узраст, физичку и психичку развијеност, као и саму могућност за обављање одређених послова. Чињеница је да је успостављен законодавни оквир када је у питању заштита млађих радника, али по нашем мишљењу, у протеклим годинама у пракси нису честе ситуације у којима су млађи радници активно укључивани у процес рада. Иако се у посљедње вријеме тај тренд полако мијења, ноторна је чињеница да тренутно постоји проблем са недостатком радне снаге у односу на претходни период, па се послодавци све чешће одлучују да ангажују млађе раднике, махом и средњошколце у вријеме распуста, тј. када не похађају школу.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Прописујући посебну заштиту и мјере посебне заштите, законодавац је имао у виду поједина субјективна својства радника, односно објективне околности у којима се ти радници могу наћи. Наравно, сама та својства и околности су од значаја за предузимање посебних мјера које ће допринијети заштити. Свакако да су мјере и околности у узрочно-посљедичној вези са радним мјестом и радном средином радника, па је и логично да законодавац у Закону о раду, као акту системског карактера када су у питању радни односи, прописује већи степен заштите појединих категорија радника.

Можемо рећи да је у Републици Српској на јасан начин успостављен систем заштите на раду и створена нормативна подлога за његову даљу надоградњу колективним уговорима и подзаконским актима ради утврђивања неопходних мјера којима би се у потпуности обезбиједила заштита на раду. Ипак, и поред мноштва одредаба којима се гарантује заштита посебних категорија радника, оправдано се поставља питање примјене и поштовања истих у потпуности.

У више наврата смо свједочили ситуацијама у којима се и онај законски минимум права радника повређује, када се прва радника бришу под плаштом транзиције и “свјетске економске кризе”. Многи радници, притиснути бременом и ставом “недовољног капитала и профита за послодавце и њиховом добити” те “свјетском економском кризом која само и једино погађа послодавце”, ћуте и трпе, велики број радника је укључиван у процес рада “на црно”, стопа наталитета је сваким даном све мања, а један од разлога је и тај што жене често избегавају трудноћу јер то представља разлог “неподобности” за даљи несметан рад који неријетко траје и седам дана у недељи и по дванаест часова дневно, а болесни и инвалидни радници морају да забораве да су болесни и ограничено способни за рад или да то могу бити.

Дакле, иако су прописи који регулишу предметну област дали јасан оквир и прописали адекватне механизме заштите права ових категорија радника, можемо рећи да те одредбе у пракси нису у потпуности имплементирани и да се утврђена права неријетко занемарују и крше.

Вјерујемо да ће права радника, па тако и права посебних категорија радника, у времену које слиједи бити на знатно вишем нивоу, а усљед објективних околности које су тренутно присутне на тржишту рада. С обзиром на то да је и код нас, као и у региону а и шире, евидентан недостатак радне снаге у скоро свим дјелатностима, послодавци ће, уколико желе да задрже или повећају обим пословања и производње, морати посветити додатну пажњу радницима, јер без радника и њиховог активног доприноса процесу рада нема ни профита послодаваца. Околности на тржишту рада тренутно су такве да радници ипак имају више могућности и прилика за промјену посла и промјену послодавца него што је то било у претходном периоду, што свакако даје одређену дозу оптимизма у погледу поштовања права радника, као и њихове заштите.

CONCLUDING CONSIDERATIONS

When prescribing special protection and special protection measures, the legislator had in mind certain subjective characteristics of workers and the objective circumstances that may befall these workers. Of course, these characteristics and circumstances are important for undertaking special measures that will contribute to the protection. Also, the measures and circumstances are causally related to the workplace and the working

environment, so it was natural that the legislator in the Labor Law, as act of a systemic character when it comes to labor relations, prescribes a higher degree of protection for certain categories of workers.

We can say that in Republic of Srpska there has been clearly established a system of occupational safety and health and a normative basis has been created for its further development through collective agreements and by-laws in order to determine the necessary measures to fully ensure occupational safety. However, despite the multitude of provisions that guarantee the protection of special categories of workers, the question of their application and full compliance is justifiably raised.

On several occasions, we have witnessed situations in which even the legal minimum of workers' rights have been violated, or when workers' rights are neglected under the guise of transition and "world economic crisis". Many workers oppressed by the burden and attitude of "insufficient capital and profit for the employers" and "the world economic crisis which only and just affects employers", remain silent and suffer, a large number of workers are involved in "moonlight work", the birth rate is decreasing every day, and one of the reasons is that women refrain from pregnancy, as this is a reason for "ineligibility" for further uninterrupted work, which often lasts seven days a week and twelve hours a day, and sick and disabled workers must forget that they are sick or have a limited ability to work.

Therefore, although the regulations governing the subject area provided a clear framework and prescribed adequate mechanisms for the protection of the rights of these categories of workers, we can say that these provisions are not fully implemented in practice and that the established rights are often neglected and violated.

We believe that the rights of workers, as well as the rights of special categories of workers, will be at a significantly higher level in the time to come, due to the objective circumstances that are currently present on the labor market. Considering that in our country, as well as in the region and beyond, there is an evident lack of labor force in almost all industries, employers, if they want to maintain or increase the volume of business and production, will have to pay extra attention to workers, because without workers and their active contribution to the work process, there is no profit for employers. Circumstances on the labor market are currently such that workers still have more options and opportunities to change jobs and employers than in the previous period, which certainly gives a certain amount of optimism regarding the respect of workers' rights and their protection.

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 Радић Борислав, *Коментар Закона о раду Републике Српске*, Центра за демократизацију друштва Бања Лука. 2016.
4. Лубарда А., Бранко, *Лексикон индустријских односа*, НИП „Радничка штампа” Београд 1997 год,
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

1. Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске”, број 3/92),
2. Закон о раду („Службени гласник Републике Српске”, бр. 1/16 и 66/18 и 119/21)
3. Закон о заштити на раду („Службени гласник Републике Српске”, бр. 1/08 и 13/10)
4. Закон о здравственој заштити („Службени гласник Републике Српске” број 57/22)
5. Закон о пензијском и инвалидском осигурању („Службени гласник Републике Српске”, бр. 134/11, 92/13, 103/15, 111/21, 15/22 и 132/22)
6. Правилник о пословима на које не може бити распоређен млађи радник („Службени гласник Републике Српске”, број 86/16)

PRAVNI ASPEKT ZAŠTITE LIČNIH PODATAKA U ZDRAVSTVU

Dr Nedeljko Z. Milaković¹

***Apstrakt:** U ovom radu, autor daje pregled i analizu pravnog regulisanja zaštite ličnih podataka u zdravstvu Republike Srpske, kako bi se mogla sagledati složenost i potreba pravnog uređivanja i poznavanja ove oblasti za sve učesnike zdravstvenog sistema, stručnu javnost i informisanje građana. Pored toga, vođenje, prikupljanje i obrada podataka iz medicinske dokumentacije i evidencija, dokumentacije zdravstvenog osiguranja i sistema statističkih istraživanja u oblasti zdravstva, vezana je za korišćenje i zaštitu ličnih podataka. U tom smislu, rad obuhvata uvod u kojem je dat pregled istorijskog razvoja zaštite ličnih podataka, pravni okvir, prava pacijenata i lični podaci, zdravstvena dokumentacija i evidencije u oblasti zdravstva, integrisan zdravstveni informacioni sistem, nadzor i pravna zaštita ličnih podataka pacijenta te zaključak sa prijedlogom mjera za poboljšanje propisa u ovoj oblasti. Značaj ove teme, koja ima uticaj na sve građane odnosno pacijente, biće i ubuduće predmet izučavanja i istraživanja, imajući u vidu digitalizaciju, tehnološki i informacioni napredak, sajber napade i međunarodnu saradnju. Pravno regulisanje ove oblasti, koju treba kontinuirano unapređivati i usklađivati, i ubuduće će se zasnivati na zakonodavstvu Evropske unije, država u okruženju i vlastitoj praksi s obzirom na specifičnosti zdravstvenog sistema, složenost integrisanog zdravstvenog informacionog sistema i efikasnost zaštite ličnih podataka pacijenata.*

***Ključne riječi:** lični podaci, nosilac podataka, posebne kategorije podataka, obrada ličnih podataka, kontrolor, profesionalna tajna, integrisani zdravstveni informacioni sistem i Agencija za zaštitu ličnih podataka.*

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

1. Uvod

Zaštita ličnih podataka u zdravstvu je novija oblast pravnog regulisanja, prouzrokovana razvojem informacionih sistema i tehnološkim napretkom, i spada u grupu ljudskih prava i sloboda zaštićenih Ustavom Republike Srpske. Cilj ovog rada je da se napravi pregled i analiza propisa koji uređuju ovu oblast u okviru zdravstva Republike Srpske te stručnoj javnosti i građanima ukaže na značaj i posljedice eventualnog kršenja odredaba o zaštiti ličnih podataka u zdravstvu.

Od sredine prošlog vijeka ubrzano se razvijaju informacione tehnologije i širi upotreba računara, digitalizacije, a time i potreba za automatskom obradom podataka. Ovakav trend uslovio je potrebu pravnog regulisanja zaštite podataka u okviru informacionih sistema i u digitalnom svijetu interneta. U tom smislu Savjet Evrope je 28.01.1981. godine usvojio Konvenciju 108² koja govori o zaštiti pojedinaca u procesu automatske obrade podataka. U članu 1 Konvencije, koja govori o zaštiti lica s obzirom na automatsku obradu ličnih podataka, navodi se: "Svrha ove konvencije je da na teritoriji svake strane potpisnice osigura svakom licu, bez obzira na nacionalnost ili boravište, poštovanje njegovih prava i osnovnih sloboda, a posebno prava na privatnost u pogledu automatske obrade podataka koji se na njega odnose (zaštita podataka)". U istoj konvenciji definisan je pojam automatske obrade koji obuhvata operacije koje se u cijelosti ili djelimično izvode automatskim sredstvima: pohranjivanje podataka, izvođenje logičkih i/ili aritmetičkih operacija nad tim podacima, njihova izmjena, brisanje, potraživanje ili slanje. Generalna skupština UN je 14. decembra 1990. godine usvojila Smjernice u vezi sa kompjuterizovanim dosijeima ličnih podataka, a Evropska zajednica je 1995. godine donijela Direktivu 95/46 koja preciznije definiše zaštitu u procesu automatske obrade podataka.³ Značajno je takođe naglasiti doprinos Međunarodne konferencije povjerenika za lične podatke i privatnost koja je održana u Madridu 5. novembra 2009. godine, tzv. Madridske rezolucije.

Poslije tragičnog sukoba iz devedesetih godina prošlog vijeka, u BiH se prišlo izradi zakonodavstva u ovoj oblasti. Parlamentarna skupština BiH je

² Arben O.Murtezić, „Konvencija 108: Aktuelni značaj i primjena“, časopis Strani pravni život, Sarajevo, BiH, broj 3/2020, str. 99–109.

³ Najznačajniji akti: Direktiva 95/46 EZ Evropskog parlamenta i Vijeća od 24. oktobra 1995; Savjet Evrope, Komitet ministara, Preporuka br. P (97)5 o zaštiti medicinskih podataka, 13.02.1997; Međunarodni standardi za zaštitu ličnih podataka i privatnosti (Madridska rezolucija, 5. novembar 2009), Savjet Evrope, Preporuka br. P(81)1.

krajem 2001.godine usvojila set zakona koji regulišu oblast ličnih dokumenata i zaštite ličnih podataka⁴. Evropska unija i BiH potpisale su Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju,⁵ gdje je u članu 70 propisano: “Strane priznaju važnost usklađivanja postojećeg zakonodavstva BiH sa zakonodavstvom Unije, kao i njegovo efikasno provođenje. BiH će nastojati osigurati postepena usklađivanja svojih postojećih zakona i budućeg zakonodavstva sa pravnom tekovinom (acquisem) Unije. BiH će osigurati propisanu primjenu i provođenje postojećeg i budućeg zakonodavstva”. U članu 79 istog sporazuma propisana je zaštita ličnih podataka, koja glasi: “BiH će stupanjem na snagu ovog sporazuma uskladiti svoje zakonodavstvo vezano za zaštitu ličnih podataka sa pravom Zajednice i drugim evropskim i međunarodnim zakonodavstvom o privatnosti. BiH će uspostaviti nezavisna nadzorna tijela sa dovoljnim finansijskim i ljudskim potencijalima s ciljem efikasnog praćenja i garantovanja provođenja nacionalnog zakonodavstva o zaštiti ličnih podataka. Strane će saradivati u postizanju tog cilja”. Republika Srpska i BiH su Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju preuzele obavezu usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa pravnim nasleđstvom Evropske unije (za što je krajnji rok 01.06.2021. godine) tako da se navedena obaveza odnosi i na usklađivanje Zakona o zaštiti ličnih podataka sa novim zakonodavstvom Evropske unije o zaštiti ličnih podataka. Zakon o zaštiti ličnih podataka⁶ neophodno je uskladiti sa Opštom uredbom o zaštiti ličnih podataka EU⁷ (u daljem tekstu: GDPR). Osnovne novine GDPR-a odnose se na sljedeće: biometrijski podaci; podaci o genetskom profilu ispitanika; obaveza jasnog informisanja korisnika; pravo na brisanje podataka; pravo na prenos podataka sa jednog davatelja usluga drugome; pravo na obavijest u slučaju napada na podatke i dr.

Za potrebe ovog rada dat je pravni okvir uređivanja ličnih podataka, prava pacijenata i lični podaci, zdravstvena dokumentacija i evidencije u

⁴ U “Službenom glasniku BiH” broj 32/01 objavljeni su sljedeći zakoni: Zakon o jedinstvenom matičnom broju državljana BiH; Zakon o prebivalištu i boravištu državljana BiH; Zakon o ličnoj karti državljana BiH; Zakon o centralnoj evidenciji i razmjeni podataka BiH te Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH).

⁵ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju potpisan između EU i BiH, www.dei.gov.ba i www.parlament.ba (pristupljeno 25.07.2023.godine).

⁶ Zakon o zaštiti ličnih podataka (“Službeni glasnik BiH” broj: 49/06; 76/11 i 98/11).

⁷ Arben O.Murtezić, „Konvencija 108: Aktuelni značaj i primjena”, časopis Strani pravni život, Sarajevo, BiH, broj 3/2020, str. 99–109, Opšta uredba o zaštiti ličnih podataka EU, GDPR 2016/679, koja je stupila na snagu 25. maja 2016. godine i koja se primjenjuje u zemljama članicama EU od 25. maja 2018. godine.

oblasti zdravstva i lični podaci pacijenta, integrisan zdravstveni informacioni sistem, nadzor i pravna zaštita ličnih podataka pacijenta te zaključak.

2. Pravni okvir

Zaštita ličnih podataka propisana je Zakonom o zaštiti ličnih podataka u BiH i primjenjuje se na cijeloj njenoj teritoriji, kao i Krivični zakon BiH koji je propisao krivična djela zaštite ličnih podataka. U zakonodavstvu Republike Srpske, na osnovu Ustava, uređivanje ličnih podataka i njihova zaštita sadržana je u velikom broju propisa, kao i za oblast zdravstva, od kojih ćemo za ovu temu rada navesti najznačajnije.

*Ustav Republike Srpske*⁸ – U članu 13 propisano je da “ljudsko dostojanstvo, tjelesni i duhovni integritet, čovjekova privatnost, lični i porodični život su nepovredivi”. U okviru ljudskih prava i sloboda propisano je u članu 16 da “svako ima pravo na jednaku zaštitu svojih prava u postupku pred sudom i drugim državnim organom i organizacijom” kao i u članu 17 da “svako ima pravo na naknadu štete koju mu nezakonitim ili nepravilnim radom nanose službeno lice ili državni organ, odnosno organizacija koja vrši javna ovlašćenja”. U članu 23 propisano je: “Zajamčena je zaštita tajnosti podataka o ličnosti. Prikupljanje, obrada i svrha korišćenja ličnih podataka uređuju se zakonom. Zabranjeno je korišćenje podataka o ličnosti koje je suprotno utvrđenoj svrsi njihovog prikupljanja. Građani imaju pravo da traže i dobiju sve podatke o sebi, sadržane u aktima državnih organa i u drugim službenim evidencijama”.

*Zakon o ličnom imenu*⁹ – Ovim zakonom utvrđuje se pojam, način određivanja, korišćenja i promjene ličnog imena državljana Republike Srpske i BiH. U članu 2 propisano je da je lično ime pravo građanina i služi za razlikovanje i identifikovanje fizičkih lica. Lično ime stiče se upisom u matičnu knjigu rođenih. Građanin je dužan da se koristi svojim ličnim imenom upisanim u matičnu knjigu rođenih. Lično ime građaninu obezbjeđuje identitet, zaštitu njegove ličnosti i dostojanstva. U članu 3 regulisano je da se lično ime sastoji od imena i prezimena. U članu 18 propisano je da će se novčanom kaznom kazniti za prekršaj lice koje se u pravnom saobraćaju ne koristi svojim ličnim

⁸ Ustav Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 21/92; 28/94 ; 8/96; 13/96; 15/96; 16/96; 21/96; 21/02; 26/02; 30/02; 31/02; 69/02; 31/03; 98/03; 115/05; 117/05).

⁹ Zakon o ličnom imenu (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 82/19).

imenom upisanim u matičnu knjigu rođenih na način kako je propisano ovim zakonom.

*Zakon o zaštiti ličnih podataka*¹⁰ – “Cilj ovog zakona je da se na teritoriji BiH svim licima, bez obzira na njihovo državljanstvo ili prebivalište, obezbijedi zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda, a naročito pravo na privatnost i zaštitu podataka u pogledu obrade ličnih podataka koji se na njih odnose”. Ovim zakonom osniva se Agencija za zaštitu ličnih podataka u BiH, utvrđuje se njena nadležnost, organizacija i upravljanje, kao i druga pitanja značajna za njen rad i zakonito funkcionisanje. Važno je istaći da se ovaj zakon primjenjuje na lične podatke koje obrađuju javni organi, fizička i pravna lica, osim ako drugi zakon ne nalaže drugačije. Takođe, ovaj zakon neće se primjenjivati na lične podatke koje obrađuju fizička lica isključivo u svrhu ličnih aktivnosti ili aktivnosti domaćinstva. Za bolje razumijevanje ove oblasti u zakonu su definisani određeni pojmovi od kojih najznačajniji imaju sljedeća značenja: *Lični podaci* znače bilo koju informaciju koja se odnosi na fizičko lice koje je identifikovano ili se može utvrditi identitet lica. *Nosilac podatka* je fizičko lice čiji se identitet može ustanoviti ili identifikovati neposredno ili posredno, naročito na osnovu jedinstvenog matičnog broja te jednog ili više faktora karakterističnih za fizički, fiziološki, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet tog lica. *Posebne kategorije podataka* su svi lični podaci koji otkrivaju: raso porijeklo, nacionalno ili etničko porijeklo, političko mišljenje ili stranačku pripadnost ili članstvo u sindikatima, religijsko, filozofsko ili drugo uvjerenje, zdravstveno stanje, genetski kod, seksualni život; krivične presude i biometrijske podatke. *Obrada ličnih podataka* podrazumijeva bilo koju radnju ili skup radnji koje se vrše nad podacima, bilo da je automatska ili ne, a posebno prikupljanje, unošenje, organizovanje, pohranjivanje, prerađivanje ili izmjenu, uzimanje, konsultovanje, korištenje, otkrivanje prenosom, širenje ili na drugi način omogućavanje pristupa podacima, svrstavanje ili kombinovanje, blokiranje, brisanje ili uništavanje. *Kontrolor* je svaki javni organ, fizičko ili pravno lice, agencija ili drugi organ koji samostalno ili zajedno s drugim vodi, obrađuje i utvrđuje svrhu i način obrade ličnih podataka na osnovu zakona ili propisa.

*Zakon o zdravstvenoj zaštiti*¹¹ – Ovaj zakon uređuje društvenu brigu za zdravlje građana, gdje su, pored ostalog, propisani prava i obaveze građanina i pacijenata u ostvarivanju zdravstvene zaštite. Za temu ovog rada posebno

¹⁰ Zakon o zaštiti ličnih podataka (“Službeni glasnik BiH” br. 49/06; 76/11 i 89/11).

¹¹ Zakon o zdravstvenoj zaštiti (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 57/22).

je značajna analiza, pravo pacijenta na informaciju, pravo pacijenta na povjerljivost ličnih podataka, pravo pacijenta na uvid u svoju zdravstvenu dokumentaciju i troškove liječenja, profesionalna tajna, integrisani zdravstveni informacijski sistem (u daljem tekstu: IZIS) i dr.

*Zakon o obaveznom zdravstvenom osiguranju*¹² – Ovim zakonom uređuje se sistem obaveznog zdravstvenog osiguranja, kao i druga pitanja od značaja za obavezno zdravstveno osiguranje u Republici Srpskoj. U zakonu je propisano da Fond zdravstvenog osiguranja (u daljem tekstu: Fond), za teritoriju Republike Srpske, vodi matičnu evidenciju, koju čine podaci o osiguranicima, odnosno osiguranim licima, uplatiocima i uplatama doprinosa i podaci u vezi sa korišćenjem prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja. Podaci koji se vode u matičnoj evidenciji koriste se za potrebe sprovođenja obaveznog zdravstvenog osiguranja i potrebe funkcionisanja IZIS-a u Republici Srpskoj.

*Zakon o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva*¹³ – Ovim zakonom uređuju se zdravstvena dokumentacija i evidencije, registri i statistička istraživanja u oblasti zdravstva, IZIS, obrada, korišćenje, čuvanje i zaštita podataka, nadzor, kao i druga pitanja od značaja za vođenje zdravstvene dokumentacije i evidencija u oblasti zdravstva. Subjekti koji su dužni da vode medicinsku dokumentaciju i evidencije u skladu sa ovim zakonom obavezni su da ih čuvaju od neovlašćenog pristupa, uvida, kopiranja i zloupotrebe, nezavisno od oblika u kome su podaci sačuvani, a u saglasnosti i sa propisima kojim se uređuje zaštita ličnih podataka. Podaci iz medicinske dokumentacije pacijenta, individualnih izvještaja, odnosno podaci koji se obrađuju i vode u evidencijama i registrima su tajni i čuvaju se kao profesionalna tajna u skladu sa propisima kojima se uređuje oblast zdravstvene zaštite. Upravni nadzor nad primjenom ovog zakona i propisa donesenih na osnovu ovog zakona vrši Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite, a inspekcij-ski nadzor obavlja Republička uprava za inspekcijske poslove putem zdravstvenog inspektora. U zakonu su propisane kaznene odredbe koje obuhvataju prekršajnu odgovornost pravnog lica, odgovornost lica u pravnom licu i fizičkog lica.

¹² Zakon o obaveznom zdravstvenom osiguranju (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 93/22).

¹³ Zakon o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 57/22).

*Zakon o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske*¹⁴ – Cilj ovog zakona je: da se ustanovi da informacije pod kontrolom javnog organa predstavljaju javno dobro od vrijednosti i da javni pristup ovim informacijama promoviraju veću transparentnost i odgovornost tih javnih organa, te da su ove informacije neophodne za demokratski proces; da se ustanovi da svako lice ima pravo pristupa ovim informacijama u najvećoj mogućoj mjeri u skladu sa javnim interesom, te da javni organi imaju odgovarajuću obavezu da objave informacije i da omoguće svakom fizičkom licu zaštitu ličnih podataka te da zatraže izmjenu i daju komentar na svoje lične informacije pod kontrolom javnog organa.

*Zakon o radu Republike Srpske*¹⁵ – U dijelu pravne odredbe zaštita ličnih podataka, u členu 102 propisano je: “Radnik ima pravo uvida u sve dokumente koji sadrže njegove lične podatke, a koji se čuvaju ili obrađuju kod poslodavca, kao i pravo da zahtijeva brisanje podataka koji nisu od neposrednog značaja za poslove koje obavlja, kao i ispravljanje netačnih podataka. Lični podaci koji se odnose na radnika ne mogu da budu dostupni trećem licu, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim zakonom ili ako je to potrebno radi dokazivanja prava i obaveza iz radnog odnosa ili u vezi sa radom. Lične podatke radnika može da prikuplja, obrađuje, koristi i dostavlja trećim licima samo za to ovlašćeno lice zaposleno kod poslodavca u skladu sa propisom koji uređuje zaštitu ličnih podataka”.

*Zakon o statistici Republike Srpske*¹⁶ – uređuje organizaciju statistike u Republici Srpskoj, djelokrug rada, ovlašćenja, odgovornost, kao i druga pitanja od značaja za proizvodnju statistike. Proizvodnja statistike uključuje sve aktivnosti potrebne za pripremu, prikupljanje, pohranjivanje, obradu, kompilaciju, analizu i distribuciju statističkih podataka. Proizvodnja statistike obuhvata statističke podatke i informacije o stanju u pojedinim oblastima društvenog života, stanju i kretanju stanovništva, ekonomskim, socijalnim i drugim pojavama neophodnim za praćenje i usmjeravanje društveno-ekonomskog razvoja, obavještanja javnosti, razmjenu informacija i međunarodna poređenja o takvim pojavama. Statistički podaci su podaci dobijeni od izvještajnih jedinica i obrađeni, odnosno distribuirani u okviru Programa, ali i

¹⁴ Zakon o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 20/01).

¹⁵ Zakon o radu Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 1/16; 66/18 i 91/21).

¹⁶ Zakon o statistici Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 85/03).

drugi statistički podaci prikupljeni od strane ovlašćenih organa i organizacija.

*Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske*¹⁷ – Ovim zakonom uređuje se pravo fizičkih i pravnih lica na upotrebu elektronskog potpisa u upravnim, sudskim i drugim postupcima, poslovnim i drugim radnjama, te prava, obaveze i odgovornosti fizičkih i pravnih lica koja pružaju usluge izrade, verifikacije i validacije elektronskog potpisa, vremenskog žiga, elektronskog pečata i sertifikata za autentifikaciju mrežnih stranica na teritoriji Republike Srpske, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.

*Zakon o elektronskom dokumentu Republike Srpske*¹⁸ – Ovim zakonom uređuje se upotreba elektronskog dokumenta od republičkih organa, organa jedinica lokalne samouprave, privrednih društava, ustanova, preduzetnika i drugih pravnih i fizičkih lica u obavljanju djelatnosti, te u postupcima koji se vode pred nadležnim organima u upravnom, sudskom ili drugom postupku u kojima se elektronska oprema i programi mogu primjenjivati u izradi, prenosu, prijemu i čuvanju informacija u elektronskom obliku, pravna valjanost elektronskog dokumenta, te upotreba i promet elektronskog dokumenta.

*Krivični zakon Republike Srpske*¹⁹ – Osnov i funkcija krivičnog zakonodavstva Republike Srpske sadržana je u krivičnopravnim odredbama ovog zakona koje se zasnivaju na Ustavu Republike Srpske i opštepriznatim načelima i normama međunarodnog prava. Osnovna funkcija krivičnog zakonodavstva Republike Srpske sastoji se u zaštiti osnovnih prava i sloboda čovjeka i drugih osnovnih individualnih i opštih vrijednosti koje su ustanovljene ustavom i međunarodnim pravom. Ova zaštita se ostvaruje određivanjem koja djela predstavljaju krivična djela u zakonom utvrđenom postupku. Krivična djela koja se odnose na temu ovog rada, pored ostalog, jesu: neovlašćeno otkrivanje poslovne tajne (čl. 173), neovlašćeno korišćenje ličnih podataka (čl. 176) te krivična djela protiv bezbjednosti kompjuterskih podataka (čl. 292).

*Krivični zakon Bosne i Hercegovine*²⁰ – U članu 149 ovog zakona propisano je krivično djelo “nedozvoljeno korišćenje ličnih podataka” koje glasi: „Službeno ili odgovorno lice u institucijama BiH koje bez pristanka poje-

¹⁷ Zakon o elektronskom potpisu Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 106/15).

¹⁸ Zakon o elektronskom dokumentu Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 106/15).

¹⁹ Krivični zakon Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 64/17; 104/18; 15/21 i 89/21).

²⁰ Krivični zakon Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH” br. 3/03; 32/03; 37/03; 54/04; 61/04; 30/05; 53/06; 55/06; 8/10; 47/14; 22/15; 40/15; 35/18 i 46/21).

dinca protivno uslovima propisanim u zakonu, prikuplja, obrađuje ili koristi njegove lične podatke ili te podatke koristi suprotno zakonom dozvoljenoj svrsi njihova prikupljanja, kazniće se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do šest mjeseci”.

S obzirom na to da su Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o zdravstvenom osiguranju i Zakon o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva usvojeni u 2022. godini, a rok za donošenje podzakonskih propisa koji proizlaze iz ovih zakona je godinu ili dvije, možemo konstatovati da su ove aktivnosti u toku i da je neophodno vrijeme da se u potpunosti uspostavi planirani pravni okvir i obezbijedi puna primjena propisa u ovoj oblasti.

Zaštita ličnih podataka građana odnosno pacijenata u neposrednoj je vezi sa ostvarivanjem zdravstvene zaštite i prava pacijenata koja su propisana Zakonom o zdravstvenoj zaštiti.

3. Prava pacijenata i lični podaci

Građanska i politička prava, ekonomska i socijalna prava, garancija su ostvarivanja i drugih ličnih prava. Prava pacijenata sastavni su dio zdravstvenog prava odnosno nastavak realizacije ekonomskih i socijalnih prava. Pacijent je lice koje traži zdravstvenu uslugu ili kome se pruža zdravstvena usluga. U okviru zaštite ličnih podataka pacijenta, koji su regulisani u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti, možemo govoriti o: pravu pacijenta na informaciju, pravu pacijenta na povjerljivost ličnih podataka, pravu pacijenta na privatnost i pravu pacijenta na uvid u svoju medicinsku dokumentaciju i troškove liječenja, pravu pacijenta na prigovor i profesionalnoj tajni²¹.

Pravo pacijenta na informaciju regulisano je u članu 41 Zakona, gdje je propisano da pacijent ima pravo na informaciju u vezi sa svojim zdravljem i na slobodan izbor zdravstvene usluge na osnovu odgovarajućih informacija o mogućim rizicima i posljedicama po svoje zdravlje. Ovlašćeni zdravstveni radnik daje pacijentu informaciju koja mu je potrebna da bi donio odluku u vezi sa predloženom zdravstvenom uslugom i ona obuhvata: dijagnozu i prognozu bolesti, kratak opis, cilj i korist od predložene zdravstvene usluge, dužinu pružanja i moguće posljedice odlaganja ili odbijanja predložene zdravstvene usluge; vrstu mogućih rizika i komplikacija i vjerovatnoću na-

²¹ Šire objašnjenje prava pacijenata u zdravstvenoj zaštiti može se vidjeti u: Milaković, Z. Nedeljko, Doktorska disertacija, *Prava i obaveze osiguranika u zdravstvenoj zaštiti*, Univerzitet u Banjoj Luci, Pravni fakultet u Banjoj Luci, 2017, str. 177–266.

stanka privremenih ili trajnih posljedica; druge metode liječenja; moguće promjene pacijentovog stanja i promjene u načinu života poslije predložene zdravstvene usluge; očekivano dejstvo lijekova i moguće neželjene posljedice tog dejstva; štetne posljedice povlačenja pristanka na zdravstvenu uslugu. Navedene informacije zdravstveni radnik je obavezan dati pacijentu i bez njegovog traženja na način koji je razumljiv pacijentu, vodeći računa o starosti, obrazovanju i emocionalnom stanju pacijenta. Pacijent se može odreći svog prava na informaciju, osim na informaciju da je predložena zdravstvena usluga potrebna i da nije bez znatnog rizika odnosno da je rizično ne preduzimati medicinski tretman. Pacijent ima pravo da nakon pružene zdravstvene usluge bude informisan o rezultatima pružene usluge kao i o razlozima za eventualno odstupanje od očekivanih rezultata. Lične informacije date pacijentu predstavljaju profesionalnu tajnu i u neposrednoj vezi su sa pravom pacijenta na povjerljivost ličnih podataka.

Pravo pacijenta na povjerljivost ličnih podataka regulisano je u članu 45 Zakona. U ovom zakonu je propisano da pacijent ima pravo na povjerljivost ličnih podataka koje je saopštio odgovornom zdravstvenom radniku odnosno odgovornom zdravstvenom saradniku, uključujući i informacije koje se odnose na stanje njegovog zdravlja i potencijalne dijagnostičke i terapijske procedure, čak i poslije smrti pacijenta. Zdravstveni radnik odnosno zdravstveni saradnik obavezan je da prikupljanje i obradu podataka o pacijentu obavlja na način kojim se obezbjeđuje povjerljivost ličnih informacija. Pristup podacima o pacijentu u medicinskoj dokumentaciji ima odgovorni zdravstveni radnik odnosno zdravstveni saradnik, radi ostvarivanja zdravstvene zaštite. Navedeni pristup podacima o pacijentu mora biti u neposrednoj vezi sa ostvarivanjem zdravstvene zaštite odnosno vremenski vezan za pružanje zdravstvene usluge. Zabranjeno je da zdravstveni radnik odnosno zdravstveni saradnik, kao i drugo lice zaposleno u zdravstvenoj ustanovi ili Fondu, bez pismenog pristanka pacijenta saopšti drugim licima lične podatke o pacijentu osim kada je na to obavezan posebnim zakonom ili kada je to u skladu sa odlukom nadležnog suda ili tužilaštva u vezi sa postojanjem osnova sumnje o izvršenju krivičnog djela. Ako je pacijent dao pismeni pristanak, odgovorni zdravstveni radnik može saopštiti podatke o zdravstvenom stanju pacijenta punoljetnom članu uže porodice pacijenta, a na to je obavezan i kad pacijent nije dao pismeni pristanak za saopštavanje podataka o svom zdravstvenom stanju, ako je to neophodno radi izbjegavanja zdravstvenog rizika za člana porodice. Obaveze čuvanja povjerljivosti informacija može biti oslobođeno zaposleno lice u zdravstvenoj ustanovi samo na osnovu pismenog pristanka

pacijenta, roditelja odnosno staratelja ili zakonskog zastupnika djeteta ili lica lišenog poslovne sposobnosti ili na osnovu odluke suda. U slučaju ozbiljne opasnosti po život i zdravlje djeteta, odgovorni zdravstveni radnik obavezan je da informacije o zdravstvenom stanju djeteta saopšti njegovom roditelju, usvojitelju odnosno staratelju, i pored zahtjeva djeteta starijeg od 14 godina da se informacije o njegovom zdravstvenom stanju ne saopšte njegovom roditelju odnosno staratelju.

Pravo pacijenta na privatnost uređeno je u članu 46 Zakona, gdje je propisano da pacijent ima pravo na zaštitu svoje privatnosti tokom procesa pružanja zdravstvenih usluga. Pregledu pacijenta može prisustvovati zdravstveni radnik odnosno zdravstveni saradnik koji neposredno učestvuje u pružanju zdravstvene usluge, a pregledu lica uzrasta do 18 godina ili lica lišenog poslovne sposobnosti može prisustvovati i roditelj ili staratelj odnosno zakonski zastupnik. Izuzetno od navedenog, pregledu pacijenta i preduzimanju drugih dijagnostičkih i terapijskih postupaka može prisustvovati učenik srednje škole u struci zdravstva ili student prvog, drugog ili trećeg ciklusa studija u obrazovnoj oblasti zdravlja i zaštite zdravlja, u svrhu obavljanja praktične nastave, kao i zdravstveni radnik odnosno zdravstveni saradnik u toku obavljanja pripravničkog staža, specijalističkog ili supspecijalističkog staža i stručnog usavršavanja, osim ako to pacijent odbije. Pacijent može dati pristanak i za prisustvo drugih lica prilikom pružanja zdravstvene usluge. Zdravstvena ustanova obavezna je da obezbijedi zvučnu i vizuelnu privatnost pacijenta tokom pregleda i preduzimanja drugih dijagnostičkih i terapijskih postupaka. Tokom boravka u zdravstvenoj ustanovi koja pruža bolničku zdravstvenu zaštitu, pacijent ima pravo primanja posjetilaca i pravo da ne dozvoli posjetu određenih lica, u skladu sa kućnim redom zdravstvene ustanove.

Pravo pacijenta na uvid u svoju medicinsku dokumentaciju i troškove liječenja propisano je u članu 48 Zakona, prema kojem pacijent odnosno njegov roditelj, usvojitelj, staratelj ili zakonski zastupnik ima pravo uvida u medicinsku dokumentaciju, uključujući i podatke koji se vode u njegovom zdravstvenom kartonu. Ovo pravo se ostvaruje podnošenjem pismenog zahtjeva odgovornom zdravstvenom radniku u zdravstvenoj ustanovi u kojoj se vodi medicinska dokumentacija. Pacijent može ostvarivati pravo uvida u sopstveni zdravstveni karton putem interneta, ako su prethodno ispunjeni tehnički uslovi i mjere zaštite utvrđene propisima kojima se uređuje oblast zaštite ličnih podataka i informacione bezbjednosti. Takođe, pacijent ima pravo uvida u troškove svog liječenja u zdravstvenoj ustanovi. Ako je pacijent dijete ili lice lišeno poslovne sposobnosti, pravo uvida u medicinsku dokumentaciju

i troškove liječenja ima roditelj, usvojitelj odnosno staratelj ili zakonski zastupnik. Izuzetno, član uže porodice pacijenta ima pravo uvida u medicinsku dokumentaciju člana svoje porodice ako su ti podaci od značaja za zdravlje člana porodice. Izvod iz medicinske dokumentacije, odnosno kopija medicinske dokumentacije za umrlog člana porodice izdaje se punoljetnom članu uže porodice, članu šire porodice ukoliko pacijent nije imao članova uže porodice, odnosno zakonskom zastupniku umrlog lica, na njegov zahtjev.

Pravo pacijenta na prigovor sadržano je u članu 50 Zakona. Pacijent, odnosno njegov zakonski zastupnik, roditelj, usvojitelj, odnosno staratelj djeteta ili zakonski zastupnik lica lišenog poslovne sposobnosti koji smatra da su mu 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 zdravstvene ustanove dužan je da u roku od 30 dana od dana podnošenja prigovora utvrdi bitne činjenice i okolnosti u vezi sa navodima iz prigovora, na osnovu kojih donosi rješenje po prigovoru. Ovo rješenje je konačno, a protiv istog se može pokrenuti postupak pred nadležnim sudom.

Profesionalna tajna

U članu 169 Zakona sadržane su odredbe kojima se reguliše čuvanje profesionalne tajne. Zdravstveni radnik i zdravstveni saradnik obavezan je da čuva kao profesionalnu tajnu sve činjenice i podatke o zdravstvenom stanju građanina. U zakonu je propisano da se obaveza čuvanja profesionalne tajne odnosi i na druge zaposlene u zdravstvenim ustanovama, zaposlene u Agenciji, Fondu i osiguravajućem društvu, kao i na studente iz oblasti obrazovanja zdravlja i zaštite zdravlja. Za sva navedena lica, povreda čuvanja profesionalne tajne predstavlja težu povredu radne obaveze. Izuzetno od ovog pravila, student iz oblasti obrazovanja zdravlja i zaštite zdravlja i učenik u struci zdravstva za povredu obaveze čuvanja profesionalne tajne odgovaraju disciplinski i materijalno u skladu sa propisima kojima je uređena oblast srednjeg obrazovanja i opštim aktom visokoškolske ustanove. Lica na koja se odnosi propis o čuvanju profesionalne tajne nisu obavezna čuvati kao profesionalnu tajnu podatke koje su obavezni dati na osnovu odluke nadležnog suda, odnosno tužilaštva i zdravstvenog inspektora u skladu sa propisima kojima je uređena oblast krivičnog zakonodavstva i inspekcija kao i u slučaju kada su na davanje podataka obavezni posebnim zakonom. U članu 170 istog zakona propisano je davanje podataka ovlašćenim organima. Na zahtjev nadležnih

pravosudnih organa, zdravstvena ustanova daje podatke, kao i kopije izvoda medicinske dokumentacije pacijenta, a izuzetno, može dati i cjelokupnu medicinsku dokumentaciju na uvid dok traje postupak pred nadležnim pravosudnim organom. Podatke iz medicinske dokumentacije, kao i kopije medicinske dokumentacije, zdravstvena ustanova može dati i organu starateljstva.

4. Zdravstvena dokumentacija i evidencije u oblasti zdravstva

Zakon o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva primjenjuje se na zdravstvene ustanove, ustanove socijalne zaštite, zdravstvene službe ustanova za izvršenje krivičnih i prekršajnih sankcija, visokoškolske ustanove zdravstvene struke koje obavljaju određene poslove zdravstvene djelatnosti, organizacije zdravstvenog osiguranja, kao i druga pravna lica za koja je posebnim zakonom uređeno da, pored osnovne djelatnosti, obavljaju i zdravstvenu djelatnost.

Načelo kvaliteta podataka obavezuje pravne subjekte koji su obavezni da ih vode da podaci iz zdravstvene dokumentacije i evidencija budu tačni, upotrebljivi i ažurni sa stanovišta pružanja zdravstvenih usluga pacijentu i zdravstvene zaštite građanima.

U članu 13 ovog zakona propisano je da se zdravstvena dokumentacija i evidencija vode u elektronskom i/ili pisanom obliku u skladu sa propisima kojima se uređuju elektronski dokument i elektronski potpis. Izuzetno, zdravstvena dokumentacija i evidencija koje se vode u elektronskom obliku, a ne ispunjavaju uslove propisane zakonom kojim se uređuje elektronski dokument i elektronski potpis, obavezno se čuva u papirnom obliku. Izgradnja i razvoj IZIS-a podržava razmjenu zdravstvene dokumentacije i evidencija u elektronskom obliku. U istom zakonu, od člana 14 do člana 36, uređuje se šta čini medicinsku dokumentaciju: osnovna medicinska dokumentacija, evidencija, pomoćna sredstva za vođenje evidencija i obrasci, koje su vrste i kako se vodi medicinska dokumentacija i da ista predstavlja sudskomedicinski dokument. Vođenje medicinske dokumentacije i unos podataka u medicinsku dokumentaciju obavljaju odgovorni zdravstveni radnici, zdravstveni saradnici i druga odgovorna fizička lica koja u okviru svoje djelatnosti obavljaju poslove iz oblasti zdravstva u skladu sa propisima kojim se uređuju zdravstvena zaštita i djelatnosti u zdravstvu, uključujući i apotekarsku djelatnost. Odgovorni zdravstveni radnik i zdravstveni saradnik svojim potpisom potvrđuju navode i rezultate pregleda, odnosno drugih zdravstvenih usluga ili medicinskih mjera koji se unose u osnovnu medicinsku dokumentaciju i evidencije. Za tačnost unesenih podataka, odnosno

blagovremenost u vođenju dokumentacije i evidencija odgovoran je zdravstveni radnik, zdravstveni saradnik i drugo odgovorno fizičko lice koje obavlja unos ili obradu podataka. Zakon propisuje (član 38 do 42) da IZIS obezbeđuje dostupnost zdravstvenih podataka i informacija zdravstvenim ustanovama i institucijama zdravstvenog sektora u skladu sa njihovim nadležnostima, pravima, ulogama i odgovornostima. IZIS omogućava primjenu i korišćenje: elektronskog zdravstvenog kartona, elektronskog medicinskog sažetka, elektronskog recepta, elektronske uputnice, sistema elektronskog zakazivanja, elektronskih lista čekanja, elektronskog podsjetnika, elektronske komunikacije sa laboratorijskim i radiološkim informacionim sistemima u zdravstvenom sistemu Republike Srpske. IZIS omogućava razmjenu i korišćenje individualnih i zbirnih izvještaja. U članu 41 ovog zakona propisani su jedinstveni registri i šifarnici koji se formiraju u IZIS-u, a odnose se na: registar korisnika zdravstvene zaštite; registar zdravstvenih ustanova; registar zdravstvenih radnika, zdravstvenih saradnika i drugih zaposlenih u zdravstvenim ustanovama u Republici Srpskoj; registar timova porodične medicine, ginekologije i pedijatrije; registar oboljelih od bolesti većeg socijalno-medicinskog značaja; registar uplatilaca doprinosa; registar doktora medicine; registar djelatnosti u zdravstvu; registar zdravstvenih usluga i procedura; registar zdravstvenih uređaja i aparata; registar lijekova i medicinskih sredstava; šifarnik dijagnoza u skladu sa Međunarodnom klasifikacijom bolesti (deseto izdanje); šifarnik dijagnostički povezanih grupa; šifarnik osnova zdravstvenog osiguranja; šifarnik projekata u zdravstvu, zdravstvene ustanove u Republici i drugo pravno lice koje koristi vlastiti informacioni sistem obavezni su prilagoditi ga na način koji će omogućiti automatsku elektronsku razmjenu podataka i izvještaja sa IZIS-om i osigurati interoperabilnost. Radi obezbeđenja jedinstvenog sistema vođenja zdravstvene dokumentacije i evidencija u sistemu zdravstvene zaštite, primjenjuju se jedinstveni metodološki principi i standardi (definicije, nomenklature, klasifikacije, šifarnici) i postupci za vođenje zdravstvene dokumentacije i evidencija, kreiranje izvještaja i njihovo dostavljanje. Zdravstvena ustanova i drugo pravno lice dužni su da čuvaju medicinsku dokumentaciju i evidencije u pismenom, elektronskom ili drugom obliku u zavisnosti od vrste iste, vodeći računa da se očuva njihova upotrebna vrijednost u skladu sa ovim zakonom. Postupanje sa zdravstvenom dokumentacijom i evidencijama mora biti u skladu sa propisima kojim se uređuje oblast arhivske djelatnosti. U zakonu su propisani rokovi za čuvanje medicinske dokumentacije i evidencija koji obavezuju zdravstvenu ustanovu i drugo pravno lice koji ih vode. Subjekti koji su dužni da vode medicinsku dokumentaciju i evidencije u skladu sa ovim zakonom obavezni su da ih čuvaju

od neovlašćenog pristupa, uvida, kopiranja i zloupotrebe, nezavisno od oblika u kome su podaci sačuvani, a u saglasnosti i sa propisima kojim se uređuje zaštita ličnih podataka. Podaci iz medicinske dokumentacije pacijenta, individualnih izvještaja, odnosno podaci koji se obrađuju i vode u evidencijama i registrima su tajni i čuvaju se kao profesionalna tajna u skladu sa propisima kojim se uređuje oblast zdravstvene zaštite.

5. Integrirani zdravstveni informacioni sistem

IZIS je propisan u tri navedena zakona iz oblasti zdravstva, s obzirom na nadležnost, ulogu i odgovornost, te nisu izbjegnuta određena ponavljanja.

U *Zakonu o zdravstvenoj zaštiti* uspostavljen je Integrirani zdravstveni informacioni sistem. U članu 168 *Zakona o zdravstvenoj zaštiti* propisane su odredbe koje uređuju IZIS. U Republici Srpskoj, Fond uspostavlja, vodi, održava i razvija IZIS radi planiranja i efikasnog upravljanja zdravstvenim sistemom, efikasnog pružanja zdravstvenih usluga, unapređenja pristupa zdravstvenim uslugama, obezbjeđenja kvaliteta i sigurnosti zdravstvene zaštite, kao i prikupljanja i obrade podataka u vezi sa zdravstvenim stanjem građana i funkcionisanjem zdravstvenog sistema. IZIS obezbjeđuje raspoloživost komunikacije i informacija i povezivanje različitih učesnika, lokacija, aktivnosti, dokumenata i procesa zdravstvene zaštite u jedinstven informacioni sistem korišćenjem informaciono-komunikacionih tehnologija. IZIS uvezuje informacione sisteme zdravstvenih ustanova, Fonda i drugih pravnih lica koja u svom poslovanju saraduju sa Fondom ili uspostavljaju saradnju sa zdravstvenim ustanovama. Fond uspostavlja saradnju kroz funkcionisanje IZIS-a i obezbjeđuje razmjenu podataka i informacija sa: Ministarstvom, Institutom za javno zdravstvo, Agencijom za sertifikaciju, akreditaciju i unapređenje kvaliteta zdravstvene zaštite Republike Srpske, zdravstvenim ustanovama, Agencijom za lijekove i medicinska sredstva, Agencijom za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka, kao i sa drugim pravnim licima koja u svom poslovanju saraduju sa Fondom ili uspostavljaju saradnju sa zdravstvenim ustanovama. Upravni odbor Fonda donosi program rada, razvoja i organizacije IZIS-a za srednjoročni period, a pravilnikom propisuje tehnološke i funkcionalne zahtjeve za uspostavljanje IZIS-a.

U *Zakonu o obaveznom zdravstvenom osiguranju*, u članu 98 regulisan je “razvoj, implementacija, organizacija i održavanje IZIS-a”. U članu 23 propisano je da Fond za teritoriju Republike Srpske vodi matičnu evidenciju, koju čine podaci o osiguranicima, odnosno osiguranim licima, uplatioci-

ma i uplatama doprinosa, i podaci u vezi sa korišćenjem prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja, kao i evidenciju o licima koja su obavezno zdravstveno osigurana po međunarodnom ugovoru. U članu 24 propisuje se da se podaci za matičnu evidenciju preuzimaju elektronskim putem iz Jedinstvenog sistema registracije, kontrole i naplate doprinosa, a obrada podataka vrši se u skladu sa propisima kojima se uređuje oblast zaštite ličnih podataka. U članu 26 propisano je da Upravni odbor Fonda, uz saglasnost ministra, pravilnikom propisuje postupak utvrđivanja svojstva osiguranog lica, vođenje podataka u matičnoj evidenciji i izgled, sadržaj i postupak izdavanja i upotrebe zdravstvene kartice. U članu 98 uređuje se IZIS koji organizuje i razvija Fond. IZIS se temelji na informaciono-komunikacionim tehnologijama, odnosno na raspoloživosti komunikacija i informacija u sistemu zdravstvene zaštite, s ciljem povezivanja u jedinstven informacioni sistem različitih učesnika, lokacija, aktivnosti i procesa zdravstvene zaštite. IZIS čine informacioni sistemi zdravstvenih ustanova, Fonda i drugih pravnih lica koja u svom poslovanju saraduju sa sistemom zdravstvene zaštite i sa Fondom uspostavljaju saradnju o ovom pitanju. IZIS obezbeđuje dostupnost zdravstvenih podataka svim učesnicima u zdravstvenom sistemu u skladu sa njihovim pravima, ulogama i odgovornostima. Baza podataka IZIS-a je centralizovana i jedinstvena, sa svim potrebnim mehanizmima zaštite koji povećavaju pouzdanost i dostupnost u radu sistema, a centralni server sa centralnom bazom, pored ostalog, omogućava: kreiranje i formiranje svih neophodnih registara; vezu jedan pacijent jedan zdravstveni karton; vezu sa rezervnom lokacijom; dostupnost svih relevantnih podataka ovlašćenom zdravstvenom radniku organizacione jedinice u kojoj se pruža zdravstvena zaštita; dostupnost svih depersonalizovanih relevantnih podataka s ciljem planiranja i statističke obrade ovlašćenih zdravstvenih ustanova i drugih ustanova. IZIS omogućava korišćenje elektronskih recepata, elektronskih uputnica, sistem elektronskog zakazivanja, elektronskih lista čekanja, elektronskog podsjetnika, elektronsku komunikaciju sa laboratorijskim i radiološkim informacionim sistemima u Republici, kao i korišćenje elektronskih zdravstvenih kartica i vođenje elektronskog zdravstvenog kartona. Osiguranom licu se izdaje elektronska zdravstvena kartica, koja sadrži lične podatke za dokazivanje identiteta i omogućava pristup elektronskom zdravstvenom kartonu osiguranog lica. Zdravstvenom radniku se izdaje elektronska zdravstvena kartica zdravstvenog radnika, koja mu omogućava pristup određenim aplikacijama IZIS-a. Pravilnikom Fonda propisuju se jedinstveni metodološki principi i standardi za funkcionisanje IZIS-a, upravljanje rizikom i bezbjednošću, integracija postojećih informaci-

onih sistema baziranih na razmjeni podataka veb-servisima, sadržaj, izgled i korišćenje podsistema i dr. U zakonu je, pored ostalog, propisana prekršajna odgovornost ako se osiguranom licu na lični zahtjev ne izda uvjerenje o podacima unijetim u matičnu evidenciju u skladu sa odredbama ovog zakona te ako promjenu podataka u matičnoj evidenciji obavlja drugo lice, izuzev ovlašćenog lica u skladu sa ovim zakonom.

U Zakonu o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva (član 38 do 42) uređuje se “Integrirani zdravstveni informacioni sistem”, i to: organizacija IZIS-a; funkcionalnosti IZIS-a; medicinska dokumentacija i elektronski medicinski sažetak u IZIS-u; registri i šifarnici u IZIS-u; obaveza elektronske razmjene podataka. IZIS obezbjeđuje dostupnost zdravstvenih podataka i informacija zdravstvenim ustanovama i institucijama zdravstvenog sektora, i korišćenje IZIS-a, u skladu sa njihovim nadležnostima, pravima, ulogama i odgovornostima u zdravstvenom sistemu Republike Srpske. Pravilnik o arhitekturi i načinu rada IZIS-a donosi Upravni odbor Fonda uz saglasnost ministra. Medicinska dokumentacija, evidencije, pomoćna sredstva za vođenje evidencija, obrasci i izvještaji čine osnov za funkcionisanje IZIS-a. Elektronski medicinski sažetak vodi se u IZIS-u i formira se za svakog građanina Republike za kojeg se vodi osnovna medicinska dokumentacija. Za potrebe funkcionisanja IZIS-a formiraju se registri i šifarnici koji se jednoobrazno primjenjuju, a čije se održavanje i ažuriranje zasniva na mehanizmima i principima kojima se obezbjeđuju tačnost i konzistentnost podataka. Subjekti pravnog sistema u zdravstvu koji koriste vlastiti informacioni sistem obavezni su prilagoditi ga na način koji će omogućiti automatsku elektronsku razmjenu podataka i izvještaja sa IZIS-om i osigurati interoperabilnost, a u obavezi su da u IZIS dostavljaju i podatke koji su potrebni za elektronski medicinski sažetak. Za obezbjeđenje i vođenje jedinstvenog sistema zdravstvene dokumentacije, evidencija, kreiranje izvještaja i njihovo dostavljanje u sistemu zdravstvene zaštite, primjenjuju se jedinstveni metodološki principi i standardi (definicije, nomenklature, klasifikacije, šifarnici), što se uređuje pravilnikom. U članu 46 propisano je da “vođenje, prikupljanje i obrada podataka iz medicinske dokumentacije i evidencija, dokumentacije zdravstvenog osiguranja i sistema statističkih istraživanja u oblasti zdravstva vrši se u skladu sa propisima kojim se uređuje zaštita ličnih podataka”. Podaci iz medicinske dokumentacije pacijenta, individualnih izvještaja, odnosno podaci koji se obrađuju i vode u evidencijama i registrima su tajni. Zdravstveni radnik i zdravstveni saradnik i drugo lice zaposleno u zdravstvenoj ustanovi obavezni su da čuvaju navedene podatke kao profesionalnu tajnu u skladu sa propisima

kojima je uređena oblast zdravstvene zaštite. Zdravstvena ustanova i drugo pravno lice, kao i institucije nadležne za sprovođenje zdravstveno-statističkih istraživanja, dužni su dostaviti podatke iz medicinske dokumentacije, evidencija i izvještaja iz ovog zakona Ministarstvu na njihov zahtjev, bez ličnih podataka građana.

Važno je naglasiti da je Fond dužan usvojiti i implementirati politiku bezbjednosti IZIS-a koja je dostupna na veb-stranici Fonda. Potrebno je obezbijediti dodatnu zaštitu od sajber napada jer su danas svi na meti hakera, pojedinci, države, javna i druga preduzeća i organizacije. Fond je dužan upoznati sve zaposlene sa politikom bezbjednosti koja predstavlja osnov za upravljanje bezbjednošću IZIS-a. Takođe, Fond je dužan imenovati lice ili lica odgovorna za funkciju bezbjednosti informacionog sistema te definisati njihova ovlašćenja i odgovornosti. Zdravstvene ustanove treba da sistematizuju i zaposle radnike tehničke struke za poslove administracije informacionog sistema radi obezbjeđenja njegove funkcionalnosti, operabilnosti i koordinacije sa IZIS-om.. Stručni nadzor i kontrolu sprovođenja informacione bezbjednosti vrši Agencija za informaciono društvo Republike Srpske. Imajući u vidu složenost zdravstvenog sistema i IZIS-a, ekonomsku opravdanost, mnoštvo ličnih podataka i zdravstvene dokumentacije, evidencija i izvještaja u zdravstvu, aktivnosti treba usmjeriti na kontinuiranu informacionu edukaciju svih zaposlenih u zdravstvu, kao i na informisanje zaposlenih u zdravstvu, građana odnosno pacijenata o zaštiti ličnih podataka. Prema rješenju Agencije za zaštitu ličnih podataka u BiH, naloženo je Fondu da obezbijedi da zaposlenici Fonda i zdravstvenih ustanova koji imaju odobren pristup ličnim podacima korisnika zdravstvene zaštite u IZIS-u, potpišu izjave da su upoznati sa obavezama i odgovornostima u vezi sa zakonitošću pristupanja ličnim podacima i čuvanja tajnosti podataka sadržanih u tom sistemu²².

6. Nadzor i pravna zaštita ličnih podataka pacijenta

Pravna zaštita ličnih podataka pacijenta ostvaruje se provođenjem upravnog, unutrašnjeg, stručnog i inspekcijuskog nadzora nad primjenom Zakona o zdravstvenoj zaštiti i drugih propisa iz oblasti zdravstva. Upravni nadzor nad primjenom Zakona o zdravstvenoj zaštiti, kao i stručni nadzor nad ra-

²² Agencija za zaštitu ličnih podataka u BiH, Rješenje broj: UPI 03-1-37-5-14-8/22DGL od 24.01.2023.godine. U toku su aktivnosti za izvršenje naloga iz navedenog rješenja koji neposredno štite tajnost ličnih podataka korisnika zdravstvene zaštite i drugih građana u sistemu IZIS-a.

dom zdravstvene ustanove, vrši Ministarstvo zdravlja i socijalne zaštite. Unutrašnji nadzor vrši zdravstvena ustanova radi utvrđivanja činjenica i okolnosti predmeta nadzora, u skladu sa opštim aktom ustanove. Inspeksijski nadzor nad primjenom ovog zakona i propisa donesenih na osnovu ovog zakona vrši Republička uprava za inspeksijske poslove putem zdravstvene inspekcije i inspektora za predmete opšte upotrebe i protivepidemijske zaštite posebne organizacione jedinice za obavljanje inspeksijskih poslova u administrativnim službama lokalne samouprave, u skladu sa ovlašćenjima propisanim ovim zakonom i propisom kojim je uređena oblast inspekcija (član 211). U obavljanju inspeksijskog nadzora, pored ovlašćenja utvrđenih propisima kojim se uređuje oblast krivičnog zakonodavstva i inspekcije, inspektor je ovlašćen da naloži zdravstvenoj ustanovi, zdravstvenom radniku i zdravstvenom saradniku da poštuju i omoguće ostvarivanje prava građanina i pacijenata prilikom ostvarivanja prava na zdravstvenu zaštitu iz člana 33 do 36 i člana 38 do 52 ovog zakona, koji se odnose na pravo građanina na zdravstvenu zaštitu i propisana prava pacijenata. U zakonu je propisana disciplinska odgovornost, prekršajna i krivična odgovornost i građanska odgovornost.

Disciplinska odgovornost radnika – Pravo pacijenta na prigovor sadržano je u članu 50 Zakona o zdravstvenoj zaštiti. Povreda prava pacijenta na zaštitu ličnih podataka propisuje se i pravilnikom o disciplinskoj odgovornosti. U toku disciplinskog postupka utvrđuje se disciplinska odgovornost radnika za povredu tajnosti ličnih podataka pacijenata i radnika i izriču propisane disciplinske mjere.

Prekršajna odgovornost pravnog lica i odgovornog lica u pravnom licu propisana je u članu 216 Zakona o zdravstvenoj zaštiti; ako uskrati pravo pacijenta na informaciju (tačka 8); ako ugrozi pravo pacijenta na privatnost (tačka 13) i ako uskrati pravo pacijenta na uvid u svoju medicinsku dokumentaciju i troškove liječenja (tačka 15). U članu 217 propisana je prekršajna odgovornost zdravstvenog radnika odnosno zdravstvenog saradnika: ako uskrati pravo pacijenta na informaciju (tačka 3); te ako podatke o zdravstvenom stanju građanina ne čuva kao profesionalnu tajnu (tačka 12).

Krivična odgovornost je pravna zaštita koja se ostvaruje propisivanjem koja djela predstavljaju krivična djela u zaštiti ličnih podataka, a utvrđuju se u krivičnom postupku. Propisana krivična djela u Krivičnom zakonu Republike Srpske, koja se odnose na zaštitu ličnih podataka, pored ostalog su: neovlašćeno otkrivanje profesionalne tajne, neovlašćeno korišćenje ličnih podataka te krivična djela protiv bezbjednosti kompjuterskih podataka.

Građanska odgovornost vezana je za pružanje zdravstvenih usluga koje

ponekad mogu imati neželjene posljedice, a manifestuju se kao određena šteta, narušavanje propisa o tajnosti ličnih podataka, koja pogađa neposredno pacijenta ili posredno članove njegove porodice. Za takvu štetu, pored ostalog, primjenjuju se opšta pravila o odgovornosti za štetu. Povrede pravila zdravstvene struke najčešće su štetne radnje, greške na kojima se zasniva odgovornost zdravstvenih radnika i zdravstvenih saradnika.

U okviru pravne zaštite ličnih podataka, a time i ličnih podataka pacijentata u Zakonu o zaštiti ličnih podataka propisana je uloga i nadležnost *Agencije za zaštitu ličnih podataka*. U članu 35 navedenog zakona regulisano je da je Agencija za zaštitu ličnih podataka (u daljem tekstu: Agencija) samostalna upravna organizacija osnovana radi osiguranja zaštite ličnih podataka i djeluje potpuno nezavisno u izvršavanju dužnosti koje su joj povjerene.

U članu 40 definisani su poslovi iz nadležnosti Agencije koji se odnose na: nadgledanje provođenja odredaba ovog zakona i drugih zakona u obradi ličnih podataka; postupanje po podnesenim prigovorima nosioca podataka; podnošenje Parlamentarnoj skupštini BiH godišnjeg izvještaja o zaštiti ličnih podataka koji treba da bude dostupan javnosti; praćenje uslova za zaštitu ličnih podataka davanjem prijedloga za usvajanje ili izmjenu zakona koji se odnose na obradu ličnih podataka te davanje mišljenja s prijedlozima tih zakona i briga o ispunjavanju kriterijuma zaštite podataka koji proističu iz međunarodnih sporazuma obavezujućih za BiH.

U istom članu Zakona propisano je da je Agencija ovlašćena da: posredstvom inspekcije nadzire ispunjavanje obaveza propisanih ovim zakonom; vodi Glavni registar; prima primjedbe i prigovore građana koji se odnose na kršenje ovog zakona; donosi provedbene propise, smjernice ili druge pravne akte u skladu sa Zakonom; nalaže blokiranje, brisanje ili uništavanje podataka, privremenu ili trajnu zabranu obrade, upozorava ili opominje kontrolora; podnosi zahtjev za podnošenje prekršajnog postupka u skladu sa ovim zakonom; daje savjete i mišljenja u vezi sa zaštitom ličnih podataka; saraduje sa sličnim organima u drugim državama; obavlja druge dužnosti propisane Zakonom; nadzire iznošenje ličnih podataka iz BiH; izriče kaznu u okviru prekršajnog postupka u skladu sa ovim zakonom.

U članu 41 regulisana je kontrola koju vrši Agencija koja se odnosi na sljedeće: kad uoči da je neka obrada ličnih podataka nezakonita, Agencija zahtijeva od kontrolora da prekine takvu obradu te naloži druge mjere; u obavljanju dužnosti Agencije može zahtijevati od kontrolora ili obrađivača podataka da joj dostavi informacije o bilo kojem pitanju, a može izvršiti i uvid u bilo koji dokument i evidenciju u kojima mogu biti lični podaci;

Agencija ima pravo ulaska u sve prostorije u kojima se vrši obrada podataka. Ulazak i kontrola imovine i prostorija kontrolora podataka koji nisu propisani mogu se obavljati samo tokom radnog vremena; državne i službene tajne neće biti prepreka za Agenciju u ostvarivanju njenih prava navedenih u ovom članu, ali odredbe o tajnosti su i za Agenciju obavezujuće; javni organi vlasti obavezni su da Agenciji, na njen zahtjev, pruže podršku u provođenju njenih dužnosti.

Kontrolor je obavezan da lične podatke obrađuje na pravičan i zakonit način i za ispunjenje određene svrhe. Lični podaci koje obrađuje kontrolor ili obrađivač podataka za zaposlene predstavljaju službenu tajnu. Kontrolor može obrađivati lične podatke uz saglasnost nosioca podatka. Kontrolor može obrađivati podatke i bez saglasnosti nosioca podatka u slučajevima propisanim zakonom. Obrada posebnih kategorija ličnih podataka je zabranjena, osim u slučaju ako je nosilac podataka izričito dao saglasnost i ako je obrada podataka neophodna za zaštitu života, zdravlja, imovine i drugih vitalnih interesa nosioca podataka ili drugog lica za koje se saglasnost ne može dobiti, a naročito kada se radi o fizički, mentalno ili pravno nesposobnom licu ili ako se lice smatra nestalim ili zbog drugih sličnih razloga. U ovim slučajevima zakon mora sadržavati konkretne odredbe o adekvatnim mehanizmima zaštite. Vijeće ministara, uz mišljenje Agencije, donosi podzakonski akt – posebne mjere tehničke zaštite i način vođenja evidencije.

Podnošenje prigovora regulisano je u članu 30 – kada nosilac podataka ustanovi ili posumnja da su kontrolor ili obrađivač podataka povrijedili njegovu pravo ili da postoji direktna opasnost za povredu prava, može podnijeti prigovor Agenciji radi zaštite svojih prava i zahtijevati da: se kontrolor ili obrađivač uzdrže od takvih radnji i isprave činjenično stanje prouzrokovano tim radnjama; kontrolor ili obrađivač isprave ili dopune lične podatke tako da oni budu autentični i tačni; lični podaci budu blokirani ili uništeni.

O zahtjevu nosioca podatka iz prethodnog stava ovog člana Agencija donosi rješenje koje dostavlja podnosiocu prigovora ili kontroloru. Protiv rješenja Agencije nije dozvoljena žalba ali se može pokrenuti upravni spor kod Suda BiH. Prilikom odlučivanja o prigovoru, Agencija postupa prema odredbama Zakona o upravnom postupku BiH²³. U kaznenim odredbama Zakona o zaštiti ličnih podataka propisana je novčana kazna za prekršaj odgovornog lica u kontroloru i zaposlenih u kontroloru.

²³ Upravni sporovi pred Sudom BiH, www.azip.ba/upravnispоровi (pristupljeno 25.07.2023. godine).

Ombudsmen za ljudska prava BiH (u daljem tekstu: Ombudsmen) propisan je u Zakonu o Ombudsmenu za ljudska prava BiH²⁴. To je nezavisna institucija uspostavljena u cilju promovisanja dobre uprave i vladavine prava, zaštite prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kao i zaštite ličnih podataka, kako je garantovano Ustavom BiH i međunarodnim sporazumima. Institucija ombudsmena osnovni je garant ostvarivanja vladavine prava i zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda u BiH te u tom smislu postupa na osnovu prijema pojedinačnih žalbi fizičkih ili pravnih lica ili po službenoj dužnosti (*ex officio*). Ombudsmen je, pored ostalog, odgovoran za: razmatranje predmeta koji se odnose na slabo funkcionisanje ili povrede ljudskih prava i sloboda počinjene od bilo kojeg organa vlade; djelovanje po prijemu žalbe ili “*ex officio*”; podizanje opšte istrage te donošenje pojedinačnih ili opštih preporuka i dr.

7. Zaključak

Razvoj informacionih tehnologija, vještačke inteligencije i široka upotreba računara te potreba za automatskom obradom podataka i digitalizacijom, kao i njihova primjena u svim segmentima društvenog života, uslovlila je neophodnost zakonskog uređivanja ove oblasti sa naglaskom na zaštitu ličnih podataka. Lični podaci i zaštita ličnih podataka sastavni je dio osnovnih ljudskih prava i sloboda i uređena je Ustavom, zakonima i drugim propisima.

Zaštita ličnih podataka u zdravstvu Republike Srpske obezbijedena je i regulisana, pored okvirnog Zakona o zaštiti ličnih podataka u BiH, i zakonima u oblasti zdravstva te podzakonskim aktima koji proizlaze iz tih zakona. Pitanja usklađenosti većeg broja propisa o zaštiti ličnih podataka može biti nedostatak u njihovoj primjeni. S obzirom na to da se radi o pravnom regulisanju novije oblasti i činjenice da su zakoni u zdravstvu, koji regulišu zaštitu ličnih podataka, doneseni 2022. godine, a donošenje podzakonskih i drugih propisa je u toku, teško je u ovom trenutku dati realnu procjenu o kvalitetu svih propisa, efikasnosti i njihovoj primjeni. Za ovaj pregled i analizu pravnog uređenja, vrijeme i praksa te nova istraživanja će biti najbolji sud o tome.

Imajući u vidu pregled i analizu postojećih propisa u oblasti zaštite ličnih podataka u zdravstvu, potrebno je preduzeti sljedeće aktivnosti za poboljšanje stanja u ovoj oblasti: uskladiti Zakon o zaštiti ličnih podataka u BiH, kao i zakone u oblasti zdravstva, sa GDPR-om; usaglasiti i donijeti sve podzakonske akte

²⁴ Zakon o Ombudsmenu za ljudska prava (“Službeni glasnik BiH“ br. 32/00; 19/02; 35/04 i 32/06).

koji proizlaze iz Zakona o zdravstvenoj zaštiti, Zakona o zdravstvenom osiguranju i Zakona o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva; Fond, zdravstvene ustanove i druga pravna lica koja obavljaju zdravstvenu djelatnost obavezni su uskladiti svoju organizaciju, rad i opšte akte sa navedenim zakonima i podzakonskim aktima. U cilju efikasnije primjene propisa neophodno je izvršiti edukaciju i informisanje zdravstvenih radnika, zdravstvenih saradnika i drugih lica zaposlenih u zdravstvu sa propisima u oblasti zaštite ličnih podataka, i o IZIS-u, te ostvarivanju njegove uloge u zdravstvenom sistemu. Unapređenje funkcionisanja IZIS-a je izuzetno složen proces, koji traži vrijeme. Potrebno je i dalje raditi na njegovom razvoju i usavršavanju te opremanju zdravstvenih ustanova savremenom informacionom opremom te obezbijediti kontinuiranu edukaciju kadrova za rad na toj opremi. Kontinuirani nadzor nad radom zdravstvenih ustanova i Fonda, pored ostalog, treba da obezbijedi pravilnu primjenu propisa i efikasnije funkcionisanje IZIS-a za dobrobit pacijenata, zdravstvenog sistema i društva u cjelini.

PRAVNI IZVORI:

1. Ustav Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske”, broj 21/92; 28/94; 8/96; 13/96; 15/96; 16/96; 21/96; 21/02; 26/02; 30/02; 31/02; 69/02; 31/03; 98/03; 115/05; 117/05).
2. Zakon o ličnom imenu (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 82/19).
3. Zakon o zaštiti ličnih podataka (“Službeni glasnik BiH” br. 49/06; 76/11 i 89/11).
4. Zakon o zdravstvenoj zaštiti (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 57/22).
5. Zakon o obaveznom zdravstvenom osiguranju (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 93/22).
6. Zakon o zdravstvenoj dokumentaciji i evidencijama u oblasti zdravstva (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 57/22).
7. Zakon o slobodi pristupa informacijama Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 20/01).
8. Zakon o radu Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 1/16; 66/18 i 91/21).
9. Zakon o statistici Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 85/03).
10. Krivični zakon Republike Srpske (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 64/17; 104/18; 15/21 i 89/21).

11. Krivični zakon Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH” br. 3/03; 32/03; 37/03; 54/04; 61/04; 30/05; 53/06; 55/06; 8/10; 47/14; 22/15; 40/15; 35/18 i 46/21).
12. Zakon o ombudsmenu za ljudska prava (“Službeni glasnik BiH“ br. 32/00; 19/02; 35/04 i 32/06)
13. U “Službenom glasniku BiH” broj 32/01 objavljeni su sljedeći zakoni: Zakon o jedinstvenom matičnom broju državljana BiH; Zakon o prebivalištu i boravištu državljana BiH; Zakon o ličnoj karti državljana BiH; Zakon o centralnoj evidenciji i razmjeni podataka BiH te Zakon o zaštiti ličnih podataka BiH.
14. Zakon o elektronskom potpisu (“Službeni glasnik Republike Srpske” br. 106/15).
15. Zakon o elektronskom dokumentu Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske” br. 106/15).
16. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju potpisan između EU i BiH,
17. Arben O. Murtezić, „Konvencija 108: Aktuelni značaj i primjena”, časopis Strani pravni život, Sarajevo, BiH, broj 3/2020, str. 99–109.
18. Milaković, Z. Nedeljko, Doktorska disertacija, *Prava i obaveze osiguravanja u zdravstvenoj zaštiti*, Univerzitet u Banjoj Luci, Pravni fakultet u Banjoj Luci, 2017, str. 177–266.
19. www.dei.gov.ba
www.parlament.ba
[www.azip.ba/upravni sporovi](http://www.azip.ba/upravni_sporovi)
www.paragraf.ba

Nedeljko Z. Milaković, PhD²⁵**LEGAL ASPECT OF PERSONAL DATA PROTECTION IN
HEALTHCARE**

Abstract: *In this paper, the author presents an overview and analysis of the legal framework concerning personal data protection within the healthcare sector of the Republic of Srpska. The objective is to comprehend the complexity and need for legal regulation and to foster a deeper understanding of this area among all stakeholders in the healthcare system, including professionals, the general public and those seeking information. Additionally, the management, collection and processing of data from medical documentation and records, health insurance documentation and statistical research systems in the healthcare field is closely interwind with both the use and protection of personal data. In this sense, the paper includes an introduction, which offers an overview of the historical development of personal data protection, the legal framework, patient rights and personal data, health documentation and healthcare records, an integrated health information system, supervision and legal protection of patient personal data, and a conclusion with a proposal outlining measures aimed at enhancing regulations within this sphere. The significance of this topic, which has an impact on all citizens or patients, will continue to be the subject of study and research in the future, given the digitization, technological and informational progress, cyber-attacks and international cooperation. The legal regulation of this area, which needs to be continuously improved and harmonized, will continue to be based on the legislation of the European Union, neighbouring countries and domestic practice taking into account the specifics of the health system, the complexity of the integrated health information system and the effectiveness of the protection of patient personal data.*

Keywords: *personal data, data holder, special categories of data, personal data processing, controller, professional secret, integrated health information system and the Personal Data Protection Agency.*

²⁵ Nedeljko Z. Milaković, doktor pravnih nauka, Banja Luka, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina, e-mail: nedeljko.milakovic@gmail.com

ГРАЂАНСКОПРАВНА КАТЕДРА

ЗНАЧАЈ КРИВИЦЕ У МОРАЛНОЈ И ПРАВНОЈ ОДГОВОРНОСТИ¹

Др Миодраг В. Орлић*

***Апстракт:** Кривица је унутрашњи, субјективни елемент и правне и моралне одговорности. Као основ по коме се полажу рачуни, одговорност се просуђује према моралном мерилу, за разлику од објективне одговорности код које се одговара без обзира на кривицу. У том погледу, положај кривице (у ширем смислу) и моралне и правне, у односу на одговорност је исти. Али, кад је реч о њиховој садржини, разлике међу њима су веома значајне. Најпре, кад починимо грех одговарамо пред Богом, ако смо верујући, или пред својом савешћу, ако смо атеисти. Кад извршимо кривично дело или некоме проузрокујемо штету (својом кривицом), одговарамо пред судом. На другом месту, кривица се односи на повреду правних прописа, грех означава преступ моралних норми. Напослетку, санкција за правни преступ је казна за кривично дело или накнада штете за деликт, дакле мере којима друштво узвраћа на повреду права. Кад је реч о моралној кривици, санкција је грижа савести.*

***Кључне речи:** Кривица, грех, морална одговорност, правна одговорност, казна, накнада штете, грижа савести.*

* Члан Академије наука и умјетности Републике Српске

¹ Одговорност у најопштијем смислу може се дефинисати као полагање рачуна за сопствене поступке (сопствено понашање) пред неком независном и непристрасном инстанцом (Бог, сопствена савест, суд и сл.), која, према унапред утврђеним правилима, просуђује о њиховој исправности и у случају неповољног суда примењује одговарајуће санкције.

УВОД

1. Кривица је унутрашњи, субјективни елемент одговорности.² Кад је она основ по коме се полажу рачуни, одговорност се просуђује према једном моралном критеријуму³ (за разлику од објективне одговорности код које се одговара без обзира на кривицу). Смисао је да је тада у средшћту одговорности човек као морално биће, које својом свесном и вољном радњом утиче на промене у спољном свету. Од његових замисли и његовог понашања (било да је реч о позитивној радњи или о нечињењу) зависи и настанак или изостанак неке последице, коју друштво не одобрава. Он ју је проузроковао, он је имао могућност избора и он је због своје одлуке о избору одговоран.

2. Ваља имати у виду да је правна одговорност, било да је реч о кривичној или грађанскоправној деликтној (у даљем тексту деликтна одговорност) почела као објективна, а да се тек доцније под утицајем моралне филозофије развијала као субјективна одговорност. И кад се данас понегде у кафанама и на неким другим местима наиђе на натпис: свака разбијена чаша се плаћа (без помињања кривице, како би иначе требало, на пример: скривљено разбијена чаша се плаћа), присећамо се да су прва правила, такође, била формулисана у облику објективне одговорности. Тако је било речено у Библији: око за око, зуб за зуб. Исто тако је гласило и једно од правила у најранијем римском споменику права – Закону од дванаест таблица: *Si membrum rupsit ni cum eo pacit talio esto*.⁴ Обе наредбе, јер о њима је заправо реч, колико год да изгледају примитивно и грубо, изражавале су глас правде онако како су је схватали људи старих времена.

3. Ближе нама, од три Улпијанова правила о садржини права: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*⁵, друго по реду:

² Видети широко постављену анализу и зналачки расправљена питања о овој проблематици у књизи (одбрањена докторска дисертација): Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд 2009, стр. 363, *passim* (нарочито стране 187–220, о непажњи).

³ Упоредити: „Одговорност за кривицу задовољава наше осећање правичности и наша морална осећања. Кад год је могуће доказати кривицу извесно је да ће одговорност бити чврсто заснована“. Михаило Константиновић, *Основ одговорности за проузроковану штету*, Анали Правног факултета у Београду, 3–4/1982, стр. 58.

⁴ „Ако се некоме сломи уд, па се не постигне споразум, нека се примени талион“, VII таблица, 2. Јелена Даниловић и Обрад Станојевић, *Текстови из Римског права*, Практикум за вежбе, 8. издање, Београд 1996, стр. 35.

⁵ “Часно живети, никога не повредити, сваком своје дати”, Ulpianus, *Digesta*, 1, 10, 1. (у

никога не повредити, као да је ближе објективној заповести, него субјективној одговорности. Преокрет у схватањима уследио је знатно доцније са доношењем Аквилијевог закона (*Lex Aquilia*) и то не одмах, него у току његове примене. У њему самом, било је речено да се укидају сви ранији закони о противправно проузрокованој штети, укључујући и Закон од дванаест таблица.⁶ *Lex Aquilia* се састојао од три поглавља неједнаке вредности. Прво и треће поглавље у којима је било говора о проузроковању штете путем уништења или оштећења ствари, имали су огроман значај за развој деликтне одговорности, кроз целу, доцнију историју све до наших дана. Други, средњи део, који је био несравњиво мање важности, односио се на превару (*fraus*) коју би адстипулатор извршио у односу на другог стипулатора. Невелике правне вредности, тај став убрзо је пао у заборав.

Први део био је формулисан на следећи начин:

“*Lege Aquilia capite primo cavetur; ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vet pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*”.⁷

Треће поглавље је гласило овако:

“*Tertium autem capite ait eadem lex Aquilia; Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*”.⁸

4. На први поглед се чини као да је и у Аквилијевом закону била прописана објективна одговорност. У називу деликта, створеног овим законом: *damnum iniuria datum* (штета, противправно проузрокована) садржани су само објективни елементи. У законском тексту, није садржан ни један субјективни елемент одговорности и у њему се не помињу

даљим наводима само D.).

⁶ “*Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit*” Ulpianus D. 9, 2. 1 pr.

⁷ “Ако неко противправно убија роба или робинју која припада неком другом, или четвороножну животињу из стада, нека плати сопственику највећу вредност коју је то (id) добро имало у последњих годину дана”. Gaius, D. 9, 2, 2, pr.

⁸ “Ако неко другоме причини штету тако што ће му противправно спалити, уништити или сломити било коју другу ствар (изван случаја убиства роба или стоке) нека плати сопственику колико је вредела ствар у последњих тридесет дана”. Ulpianus D. 9, 2, 27.5

ни *culpa*, ни *neglegentia*, ни *imperitia*. Све то ће доћи током времена, у коме ће се променити карактер аквилијанске одговорности.

5. Како су у појединостима текле промене, како су уношени нови елементи и стварана нова обележја овог деликта у римском праву, ми заправо не знамо. Ми можемо само да уочимо да је на крају овог развоја дошло до значајне промене у карактеру одговорности. Уместо ранијег концепта, *damnum iniuria datum* се почео тумачити као *damnum culpa datum*. До тог резултата је довео велики рад римских правника. Они су успели да једну грубу, геометријским духом инспирисану установу уздигну до гипкијег и финијег облика субјективне одговорности засноване на кривици (*culpa*) у свим њеним нијансама.

6. Кључну улогу у промени карактера деликта имала је унутрашња еволуција појма противправности (*iniuria*). У почетку, римски правници су јој придавали значење *non iure factum* (чинити нешто што није у складу са правом), а на крају периода лагане трансформације Gaius ће термин *iniuria* протумачити речју кривица (*culpa*):

“*Iniuria autem occidere intellegitur cuius dolo aut culpa id acciderit*”.⁹

7. Уз уношење појма кривице, Gaius ће је даље развијати и оплемениити тако што ће у мисаони простор *culpa*-е, поред небрижљивости или непажње (*neglegentia*), унети и појам *imperitia* (невештина, невичност). Његова изрека: “*Imperitia culpaе adnumeratur*”¹⁰ избрушена је као драги камен, и кад је реч о садржини и у погледу елеганције изражавања.

I МОРАЛНА ОДГОВОРНОСТ

А. Појам

8. Морална одговорност заснива се на греху,¹¹ а правна на кривици. У обема је унутрашњи елемент (кривица у ширем смислу) исти, само им се поједина обележја разликују. Кад учинимо грех, било вољно или невољно, морално смо одговорни пред Богом, ако смо верници,

⁹ “Убиство је противправно када је извршено намерно или из непажње”. Gaius, *Institutiones*, III 211.

¹⁰ “Невештина се убраја у кривицу”, Gaius, D. 50, 17, 132.

¹¹ Henry et Léon Mazeaud, Andre Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. premier, 6^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 1965, str. 4, n° 7”.

или пред сопственом савешћу, ако смо атеисти. Према црквеном учењу, Бог опрашта онима који су поступали у доброј вери и притом испољили потребну пажњу.¹² Отуда морална одговорност задира у најинтимнију страну човекове личности. Да би постојала нечија морална одговорност, мора се завринути у његову душу и испитати његове мисли и његова осећања. Она је строжа од сваке друге, а нарочито од било које правне одговорности. За моралну одговорност нема значаја што из радње или нечињења није настало кривично дело, нити је било коме проузрокована штета. Она постоји без обзира на то што није било никаквих последица у спољном свету, довољно је да је човек носио у себи грешне мисли.

9. Сасвим је другачије у правној одговорности. У грађанском праву неко лице можда интензивно жели да науди своме суседу, можда је у том циљу и предузимало неке радње, можда је чак и скривљено поступало, али ако није дошло до настанка штете, неће бити одговорно. У кривичном праву не тражи се, за разлику од грађанског права, да је настало кривично дело. Ако су наопаке намере добиле прве обресе остваривања у спољном свету било у облику покушаја или припремних радња (за настанак кривичног дела), учинилац може бити кривично одговоран. Али, ни у кривичном праву не одговара се за злочиначке намисли, ако су оне остале у унутрашњој сфери човековој и нису биле никоме саопштене. *Die Gedanken sind frei*, говори једна стара, немачка изрека, која лепо разграничава моралну одговорност од кривичне.

Б. Просуђивање

10. Морална кривица разликује се од виности у кривичном праву и кривице у грађанском праву у још једном погледу. Наиме, код обе врсте правне одговорности, суд као спољна инстанца мери и просуђује исправност поступака (радње или нечињења) учиниоца и о томе доноси одлуку. Сасвим је другачија ситуација код моралне кривице. Ту је савест

¹² Према преовлађујућем схватању у католичкој теологији, сматра се да није починио грех онај ко је поступио са несвесном несмотреношћу, не примећујући да је био несмотрен. Писци се притом ослањају на мишљење Томе Аквинског. Али, доктрина аутора *Суме теологије* није тако одсечно формулисана. Напротив, његово схватање је веома истанчано и на основу њега би се могли извести сасвим супротни закључци на основу излагања о питањима бр. 53 (несмотреност – *L'imprudence*) и питања бр. 64 (убиство – *L'homicide*). Упоредити: Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, tome 3, Paris, 2007, стр. 353/358 (питање 53 – *L'imprudence*) и стр. 423–432 (питање - *L'homicide*).

инстанца, која просуђује исправност сопствених поступака. Са тог становишта, посматрана (изнутра), морална кривица се може дефинисати као осећај узнемирености¹³ и прекора због повреде моралних заповести (не убиј, не кради, не чини прелјубе, не пожели ништа туђе) и санкције која ће уследити у виду гриже савести.

В. Морална санкција – грижа савести

11. У тренутку када се на хоризонту свести појављују наговештаји да је учињено морално недело, у унутрашњој сфери учиниоца започиње душевна борба између оптужбе на једној страни која износи прекор субјекту због злих мисли или рђавих поступака и инстинктивног, урођеног одбрамбеног импулса на другој страни о исправном поступању. У души учиниоца одмеравају се аргументи о природи и обележјима одређеног понашања, посматрани са становишта моралних вредности уопште, а посебно са гледишта разлике између добра и зла. Осећај моралне кривице настаје као исход суђења пред сопственом савешћу, у коме су превагу однели разлози осуде. Инстанца пред којом се суди о моралној кривици је (са унутрашње стране посматрано) савест учиниоца (глас савести је био у улози тужиоца), и зато је изречена осуда неопози-

¹³ На сличан начин о моралној кривици као унутрашњем осећају човека говори Радомир Лукић, али он на овоме месту употребљава реч одговорност: “Одговорност пак, нужно изазива узнемиреност, стрепњу, бригу, страх, понекад ужас над самим собом и својим деловањем. Човек се брине какво ће бити његово дело, његово мешање у постојећи ток ствари. Ова стрепња и страх за последице сопственог чина већи су понекад и од страха од смрти и других недаћа, јер ове нису изазване сопственим деловањем. А кад се једном покаже да је стрепња била оправдана, да је дело рђаво, неморално, тј. да је противно сопственом моралном идеалу, сопственом људском достојанству, узнемиреност прелази у потребу за самокажњавањем и рађа грижу савести која је утолико јача уколико је идеал био виши, а његова повреда озбиљнија. Тако слобода, логично, води могућности постојања кривице, одговорности и казне”. Радомир Д. Лукић, *Социологија морала*, Београд, 1974, стр. 374. Да је доиста реч о моралној кривици као основу одговорности, а не о одговорности као таквој, видљиво је из текста. Уосталом, Лукић и сам говори о основу одговорности у фусноти 176, која објашњава горње излагање: “Али управо то што је избор детерминисан сопственом личношћу и јесте основ одговорности. Тачно је да такав какав је, човек није могао да изврши другачији избор, али је тачно да је такав избор извршио управо зато што је такав какав је, што је неморална личност, а то значи да је крив, да сноси одговорност за то”, Лукић, *Социологија морала*, страна 374, фуснота 176.

ва. Санкција ће бити иста, без опозива и без призива: грижа савести.¹⁴

12. Савест одмерава поступак са познавањем унутрашњег бића учиниочевог као неумитна правда од које се ништа не може сакрити. Овом неподмитљивом судији познате су све слабости, све нискости и сва кукавичка узмицања и двосмислена ћутања као и уступци моралне природе, који су подстицали учиниоца на грешне мисли и жеље, почев од увредљивих речи до наношења штете ближњему и злочина.¹⁵ Савест

¹⁴ Занимљиво је да је Кант савест приказао као суд пред којим се води спор о моралности њеног поступка: “Та првобитна интелектуална и (зато што је представа дужности) морална обдареност, названа савест, има у себи ту посебност да, иако је тај њен посао посао човека са самим собом, овај се ипак својим умом осећа присиљеним да га врши као по наређењу неке друге особе. Јер тај спор је овде вођење правне ствари (*causa*) пред судом”. Имануел Кант, *Метафизика морала*, Нови Сад, 1993, стр. 238–239. Упоредити Шопенхауерову критику Кантовог одређења свести: “Наиме код сваког, чак и код најбољег човека појављују се, спољашњим поводом, због побуђеног афекта или унутрашњег несклада, нечисте ниске, зле мисли и жеље, али он за њих није морално одговоран и оне не би смеле да оптерећују његову савест”. Јер оне најављују само шта би човек уопште, а не шта би тај који то мисли, био способан да уради. Јер насупрот тим мислима стоје други мотиви, само што они не ступају у свест тренутно и истовремено с њима, тако да оне никада неће моћи бити спроведене у дело, због тога оне личе на надгласану мањину на неком збору на којем се одлучује о нечему. Свако самога себе, исто као и друге, емпиријски упознаје једино по делима и само она оптерећују његову савест. Јер једино она стоје ту непроменљива и нису само мишљења него и знана (*gewusst*). Артур Шопенхауер, *Два основна проблема етике*, Нови Сад, 2003, стр. 237.

¹⁵ У литератури је суочавање са сопственом савешћу приказано са великом уметничком снагом у Шекспировој историјској драми Ричард III. Двојица најмљених убица налазе се пред задатком добро плаћеним, али морално за сваку осуду, да по краљевом налогу уморе војводу Џорџа од Кларенса. Војвода је заточен по налогу свог брата краља Едварда II (а на подстицај свог другог брата Ричарда од Глостера, доцније краља Ричарда III). Део дијалога убица са свом отвореношћу тече на следећи начин: Други убица: Хоћемо ли га пробости док спава? Први убица: Не, јер ће кад се пробуди рећи да је то урађено кукавички. Други убица: Па он се неће пробудити до страшног суда. Први убица: Па тада ће рећи да смо га проболи у сну. Други убица: Помињање страшног суда произвело је грижу савести код мене. Први убица: Шта, зар те је страх? Други убица: Не да га убијем јер имам овлашћење за то, већ да будем бачен у пакао зато што сам га убио, а од тога ме никакво овлашћење не може заштитити. Први убица: Како се сад осећаш? Други убица: Извесни талози савести још су у мени. ... Први убица: А ако ти се опет врати? Други убица: Нећу да имам никаква посла с њом. Она је опасна – прави човека кукавицом. Човек не може да краде, а да га она не окриви, не може да псује да га она не укори, ни да легне са суседовом женом да га она не уходи. Она је стидљив, смеран дух који се буди у људским грудима.

узима у обзир и олакшавајуће околности, има разумевања за мотиве и за људске слабости уопште, али не прецењује њихов значај и кад је реч о тешким моралним кривицама, по правилу их занемарује. Речју, савест се не може ни подмитити ни преварити.

13. Поред гриже савести, као унутрашње санкције за морално дело учиниоца може погодити и спољна санкција у виду моралне осуде. У овом случају инстанца пред којом се просуђује морална кривица је друштвена заједница у којој учинилац живи. Између гриже савести и социјалне санкције у виду моралне осуде, постоји дубока и фина повезаност која указује на двоструку страну морала. На једној страни морал се испољава као осећање у души субјекта, на другој као низ вредности које сачињавају систем моралних заповести. На први поглед, грижа савести може се учинити као самоникло морално осећање, рођено у души учиниоца. Али дубље посматрано, она је заправо прекор који учинилац изриче самом себи изражавајући на тај начин покоровање моралним нормама друштвене заједнице.

14. Грижа савести указује на сраслост моралног осећања појединца и моралних заповести које прихвата и примењује друштвена заједница. У том смислу прекор који учиниоцу изриче његова сопствена савест је морална осуда, коју би му изрекла друштвена заједница када би, као непристрасан и потпуно обавештен судија, могла да сазна све унутрашње елементе (мотиве, стања свести и воље) и спољне околности које су утицале на то да субјект почини морално дело.

II ПОЈАМ КРИВИЦЕ У ПРАВУ

15. Унутрашњи елемент правне одговорности је кривица, а моралне грех (морална кривица). У том најопштијем смислу, кривица у праву супротставља се моралној кривици као јединствени појам (без обзира на разлике које постоје између виности у кривичној одговорности и кри-

Она ствара човеку безброј сметњи. Једном ме је натерала да вратим кесу злата коју сам случајно нашао. Она направи просјаком свакога ко се држи ње. Њу истерују из варошица и градова као опасну ствар, и сваки који хоће да живи добро труди се да се узда у себе и да буде без ње. Први убица: До врага, она ме баш сада жига у лакту и наговара ме да не убијем војводу. (Виљем Шекспир, *Ричард III*, први чин, сцена четврта, London Tower, превели Живојин Симић и Сима Пандуровић), Целокупна дела Виљема Шекспира, друго издање, књига IX, Београд, 1966, стр. 45–46.

вице у деликтној одговорности). Разлике између две врсте кривице показују се у више праваца: инстанца пред којом се полажу рачуни у случају кривице је суд, а када је реч о греху, Бог или сопствена савест. Правила према којима се просуђује кривица су правни прописи, код греха су то моралне норме. Најзад, у првом случају, санкција је правна (казна или накнада штете), а у другом грижа савести.

16. Јединствена као категорија, посматрано споља, кад се противставља моралном огрешењу, кривица у праву показује сасвим другачију слику, кад се гледа изнутра. У том погледу појављују се значајне разлике између виности у кривичном праву и кривице у грађанском праву. Неке од њих односе се на општа обележја одговорности у вези са питањем кривице, а друге су упућене на кривицу у ужем смислу. Кривична и деликтна одговорност разликују се (имајући у виду кривицу као унутрашњи елемент) у следећим елементима: а) извор одговорности; б) кривица као основ одговорности; в) правна природа кривице; г) санкција.

А. Извор одговорности

17. Разлика између деликтне (грађанске) и кривичне одговорности може се уочити чим се погледа једно спољно обележје, а то је начин на који је одговорност уређена у закону. У нашем правном систему, и у неким другим правима (француско, швајцарско, италијанско, пољско и сл.), деликтна одговорност изражена је у виду општег правила: „Ко другоме проузрокује штету својом кривицом дужан је накнадити је.“¹⁶ То правило се примењује у најразличитијим случајевима повреде права личности и оштећења имовине: пропуст контролора лета довео је до судара авиона у ваздуху, небрижљиви пушач оставио је неугашену цигарету у стану и тиме изазвао пожар; дете је опалило пиштољ на каписле у школском тоалету и том приликом избило око другом детету, невино-

16 Чл. 123 ст. 1 Скица за Законик о облигацијама и уговорима, слично Закон о облигационим односима (“члан 154 ст. 1 Ко другоме проузрокује штету својом кривицом, дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице”), одређује деликтну одговорност на општи начин. Разлика између Скице и Закона је на другој страни; према Скици, оштећени, као тужилац, треба да докаже сва три елемента одговорности, међу њима и кривицу, док се према Закону кривица претпоставља. Упоредити чл. 1382 ст. 1 француског Грађанског законика, у коме је опште правило о деликтној одговорности први пут проглашено.

шћу једног лица спуштањем бачве низ степенице проузрокована је повреда ноге другом лицу, пропуст државе да обезбеди да осуђено лице буде враћено у затвор (после прекида издржавања казне) па оно буде у затвору, сечење туђег воћњака које је по први пут требало да донесе род и сл. Поред свих разлика и посебности, сви наведени случајеви имају заједничко обележје да је неко лице својом кривицом неком другом проузроковало штету и да због тога треба да одговара.

18. Ничег сличног нема у кривичном праву. Кривична одговорност постоји само у случају ако је лице извршило неко кривично дело које је као такво одређено у Кривичном законнику. Кривично се одговара за убиство или за разбојништво, за крађу или превару и сл., али увек за дело које је у Кривичном законнику прецизно одређено по својим обележјима. Нико не може кривично одговарати за неко опште кривично дело које не би било прецизно обележено у закону: *Nullum crimen sine lege*.

19. Отуда се разлика између ових двеју одговорности огледа у томе што кривична одговорност потиче из посебних деликата док грађанска одговорност проистиче из општег правила. Довољно је утврдити да је штета настала, да ју је штетник проузроковао и да је поступао скривљено.

20. Због своје општости грађанска одговорност је знатно ширира по обухвату него кривична одговорност. Простирање кривичне одговорности омеђено је у сваком тренутку оним бројем кривичних дела која су као таква предвиђена у Кривичном законнику и другим законима. У том смислу је број кривичних дела, ма колико иначе био велик, ограничен кривичним законима који су на снази, и због тога коначан. Изван тих граница друштвено непожељна понашања могу бити предмет презира и моралне осуде али не подлежу кривичној одговорности.

21. Разграничење између две одговорности може се лепо илустровати следећим примером: Клевета је кривично дело, општеусвојено у упоредном праву и традиционално прихваћено у нас. У Кривичном законнику клевета је била прописана на следећи начин: “Ко за другог износи или проноси штогод неистинито, што може шкодити његовој части или угледу казниће се новчаном казном од педесет до двеста дневних износа или новчаном казном од двадесет хиљада до четресто хиљада динара”¹⁷. Рекох, била прописана! Била и битисала, јер је законом од 2012. године (Службени гласник РС, бр. 121/2012) избрисан члан 171 из Кривичног законика. Тако је клевета престала да постоји као кривично дело и више

¹⁷ Кривични законик Србије од 2005. године, члан 171, ст. 1.

није кажњива. Али, у Кривичном законуку је остала увреда. Парадоксално, од две могуће повреде, части или угледа, из Законика је брисана јача, а остала као кривично дело блажа.

22. Другачије је у грађанском праву. Како нема посебних деликата, клевета се не може уклонити из деликтне одговорности. И када се избрише из Кривичног законика, па се за њу кривично не одговара нити се може применити казна, та чињеница не утиче на њено даље постојање у грађанском праву. Убудуће, за клевету се не може изрећи казна, али се може досудити накнада штете. За клевету нема више казне али је остала накнада штете.

Узгред, ваља напоменути да у нашем облигационом, грађанском праву, поред општег правила, које би и само било довољно, постоје и посебна правила која се односе на овакав случај (изношење или преношење неистинитих чињеница) и могућност да се у случају повреде части или угледа захтева не само имовинска него и неимовинска морална штета.

23. Захваљујући гипкости општег правила, деликтна одговорност може без икаквих тешкоћа да обухвати знатно шири круг случајева и због тога је њихов број заправо бесконачан. У томе је разлика која произлази из чињенице да се у кривичном праву одговара за прецизно описана посебна кривична дела, док се у грађанском праву одговара за све радње и пропуштања из којих је настала штета.

24. Деликтна одговорност је шира од кривичне одговорности и у том погледу што може без икаквих тешкоћа да обухвати нове случајеве проузроковања штете. На другој страни, нови облици друштвено опасних понашања не могу бити кривично гоњени док не буду законом проглашени за кривична дела, јер би такав поступак био у супротности са начелом о забрани ретроактивног дејства закона. Правило које је у облику новолатинске изреке формулисао немачки правник Анселм Фојербих: *Nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁸, данас је општеприхваћено у европском континенталном праву и означава један од стубова модерне цивилизације. Оно, између осталог, представља брану од ретроактивног дејства закона.

¹⁸ Анселм Фојербих (Paul Johann Anselm Feuerbach) је заправо нагласак стављао на законитост у погледу казне, а тек у другом реду је помињао злочин. Три правила како их је он формулисао гласе: I Nulla poena sine lege, II Nulla poena sine crimine, III Nullum crimen sine poena legali, Anselm Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Fünfte Auflage, Giessen 1812, § 20, стр. 22.

25. Уопште узев, важност начела законитости је у кривичном праву још више наглашена него у другим гранама права, а оквири примене начела су оштро обележени тако да добијају нови квалитет. У том смислу, начело законитости се испољава у следећим облицима: а) кривична дела и казне могу се прописати само законима (*nulum crimen nulla poena sine lege scripta*), б) кривична дела и казне морају бити законом одређени (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) и в) кривична дела и казне не могу се примењивати по аналогiji на случајеве који су слични (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) и г) закони у кривичном праву не могу имати ретроактивно дејство (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).¹⁹

Б. Кривица као основ одговорности

26. Разлике између кривичне и грађанске одговорности с обзиром на основ испољава се у погледу обухватности субјективне одговорности. Према општим правилима, кривична одговорност заснива се увек на кривици, а ретка одступања од овог правила представљају посебно регулисане изузетке. Насупрот томе, одговорност у грађанском праву има две равноправне области. У првој, која се заснива на кривици, могу се разликовати одговорност за сопствени чин и одговорност за другог. У нашем праву обе врсте одговорности заснивају се на претпостављеној кривици, одговорност у кривичном праву заснива се на доказаној кривици. У другој области, сопственик одговара за штету која потиче од опасних ствари без обзира на сопствену кривицу, у кривичном праву (начелно) нема одговорности без кривице.

27. Одговорност за другога у грађанском праву заснива се на претпоставци о кривици одговорног лица: родитељи одговарају за штету коју трећима проузрокују њихова малолетна деца, стараоци одговарају за штету коју проузрокују њихови штећеници, предузећа одговарају за штету коју проузрокују њихови запослени, правна лица одговарају за

¹⁹ Упоредити о обележјима начела законитости: Jeschek Hans / Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, 1969, стр. 95–101; Roxin Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Munchen, 2006, стр. 141–143; Pradel Jean, Corstens Geert, Droit pénal européen, 2. édition, Paris 2002, nos 24/302, стр. 335–343 (Corstens који је писао овај део књиге помиње само два обележја: Nullum crimen nulla poena sine lege certa и sine lege praevia); У нашој литератури Стојановић Зоран, Коментар Кривичног закона, Београд, 2006, стр. 27–28.

своје органе, а држава за своје службенике. Ту, строго узев, није реч о изузетима јер су поља примене правила о одговорности прилично обухватна, а случајева веома бројни. Претпоставка о кривици значи ослобођење од терета доказивања те оштећени у улози тужиоца не мора доказивати кривицу одговорног лица. Посматрано са становишта материјалног грађанског права, одговорност и у овим случајевима обухвата сва три услова: штета, узрочна веза, кривица, али се процесноправно своди само на прва два (штета и узрочна веза) док се терет доказивања кривице преваљује на одговорно лице као тужену страну у спору, што у знатном броју случајева чини илузорним његове могућности да се ослободи одговорности. Истина, кривица је остала услов одговорности у материјалном грађанском праву али је путем обориве претпоставке уклоњена из процесног грађанског права, чиме је учињен први корак ка њеном изостављању из реда услова потребних за деликтну одговорност.

28. Другачије је у кривичном праву. Према преовлађујућем мишљењу у нашој правној теорији, кривица се мора утврдити у сваком конкретном случају.²⁰ Кривична одговорност се заснива на кривици, као психичком односу учиниоца према делу. Због тога се кривица не претпоставља него се мора доказати. Јавни тужилац треба да докаже да је оптужени крив. Ако би се кривица претпоставила, то би заправо значило да она више није услов кривичне одговорности.²¹

29. Још већа разлика постоји кад је реч о објективној одговорности. У грађанском праву сопственик одговора за штету од опасних ствари без обзира на кривицу, што значи објективно. Ту није реч о изузети-

²⁰ У овом смислу: Љубиша Лазаревић, *Кривично право*, Општи део, стр. 207; слично Зоран Стојановић, „Независно од начина схватања кривице, неспорно је да се онај њен део који обухвата умишљај (или нехат) за разлику од урачунљивости, мора утврђивати у сваком конкретном случају, тј. да је претпоставка кривице недозвољена у кривичном праву“, Зоран Стојановић, *Кривично право*, Општи део, 5. издање, стр. 178.

Упоредити: „Пошто је виност елемент кривичног дела и услов кривичне одговорности, она се мора за сваки конкретан случај да утврди, а не само да претпоставља“, Милош Радовановић, *Кривично право*, Општи део, 5. издање, стр. 184.

²¹ „Претпоставити да виност постоји значи у ствари негирати виност као услов кривичне одговорности, односно као елемент кривичног дела“, Лазаревић, *Кривично право*, Општи део, стр. 206. Слично: „Презумпција (претпоставка) виности одговара систему објективне одговорности и у супротности је са субјективном одговорношћу на којој се заснива савремено кривично право“, Милош Радовановић, *Кривично право*, Општи део, стр. 184.

ма, који би означавали одступање од правила, него о одвојеној области одговорности. Објективна одговорност постоји у нашем праву поред субјективне одговорности и свака од њих има своје поље примене. У кривичном праву, према општем правилу, одговорност се заснива на утврђеној кривици учиниоца. Ако се о појавама објективне одговорности може уопште говорити, онда је то у вези са претпоставком кривице, али они представљају изузетке. Тих случајева има две врсте: а) у законодавствима неких страних држава има случајева у којима се виност претпоставља по самом закону, б) у нашем праву претпоставка кривице се налазе у законодавству о штампи, у привредним преступима и у административним прекршајима. У новије време појавио се још један облик који се приближава објективној одговорности. То је случај командне одговорности утврђен у Статуту Хашког трибунала. Али, као што се може уочити, све су ово случајеви на ободу кривичног права и не представљају обележја редовног и нормалног кривичног законодавства у праву наше земље и других европских земаља.

В. Правна природа кривице

30. Субјективни елемент и у кривичној и у деликтној одговорности носи исти назив кривица. По томе би се могао стећи утисак да је реч о појму који има исту садржину у обема врстама одговорности. Али, тај утисак је варљив. Кривица (виност) у кривичном праву и кривица у грађанском праву нису истоветне појаве. Оне се разликују у погледу садржине и у погледу структуре.

а) Кривично право

31. У кривичном праву виност (кривица) се дефинише као психички однос учиниоца према радњи и последици.²² Разуме се, одређење кривице као појаве психичког (у енглеском праву менталног)²³ каракте-

²² На овакав начин говори о кривици у кривичном праву Ј. Таховић: „Виност се, према томе, може означити као вољно односно психичко саглашавање учиниоца са радњом кривичног дела и одређени психички однос према последици кривичног дела“, Јанко Таховић, *Кривично право*, Општи део, Београд, 1961, стр. 164.

²³ Изрека: *actus non facit reum nisi mens sit rea*, обично се узима као једно од основних начела у енглеском кривичном праву. Упоредити: Richard Card (Card, Cross & Jones), *Criminal Law*, 16th Edition, Lexis Nexis, Butterworths, 2004, стр. 54–55.

ра, у теорији кривичног права изражава се кроз бројне нијансе, којима се наглашавају поједина обележја, у основи истог појма. Тако, на пример, Тома Живановић говори о кривици (он је назива виношћу) на следећи начин: „Виност (тзв. Субјективни, психолошки, интелектуални, спиритуалистички, унутарњи, ‘морални’ елемент, у Бипартицији кривичног дела, у Трипартицији кривца) је (у енциклопедијском смислу) скуп психичких односа, које извршилац треба да има са својим делом уопште или код овог или оног одређеног кривичног дела, да би био кривац. Ти психички (субјективни) односи се појављују, сами за себе посматрани, као одређени психички акти (процеси). Но, као што се видело, ови акти довољни су за кривичну одговорност само онда, ако су се испољили у спољном свету одређеним делима, тј. само онда ако су од субјекта таква дела извршена и ова се појављују као објекат тих аката. На тај начин поменути психички акти улазе у кривично право, да заснују кривичну одговорност, само онда, ако се појављују као психички односи извршиоца с његовим делом, и у том смислу је дата горња дефиниција виности.²⁴ У логичком смислу (тј. као генус) виност је психички (психолошки, субјективни) однос извршиоца кривичног дела с делом, који га представља као кривца.“²⁵ У сваком случају, виност (кривица) се утврђује имајући у виду психичке процесе и својства и способности учиниоца при извршењу кривичног дела. Виност (кривица) се у кривичном праву просуђује *in concreto*.

б) Грађанско право

32. Према схватању које преовлађује у српском грађанском праву, као и у упоредном праву, кривица постоји када се лице које је проузроковало штету није понашало онако како је требало, а то значи онако како се основано могло очекивати од разумног и пажљивог лица у датим околностима.²⁶ Просуђивање кривице у овом систему састоји се дакле из две

²⁴ Тома Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, Општи део, II књига (II. Кривац – III. Кривична санкција), 3. издање, Београд, 1937, стр. 26–27.

²⁵ „Људско дело, први елемент кривичног дела, сложено је (в. § 21 1) из радње и последице и узрочне везе међу њима. Но кад се последица не посматра сама за себе, тј. као промена у спољном свету, већ као дејство каузалитета радње извршиоцеве, онда она обухвата у себи и узрочну везу, те се као састојци дела појављују радња и њена последица“, Живановић, *op. cit.*, стр. 27.

²⁶ Чл. 127 Скице за Законик о облигацијама и уговорима Михаила Константиновића.

фазе. У првој фази суд треба да чињенично утврди како се у конкретном случају понашало лице чијом радњом је проузрокована штета, а затим у другој фази, да упореди штетничково поступање са понашањем какво је требало да буде. Судија је упућен да изгради један замишљени стандард понашања (више или мање апстрактан), разумног и пажљивог човека, који ће служити као мерило поређења. Ако поређењем утврди да лице које је штету проузроковало није поступало онако како би се понашао разуман и пажљив човек, судија ће извести закључак да је то лице криво за проузроковану штету. Отуда се, за овакво схватање кривице, каже да представља објективизовано гледање на кривицу (просуђивање кривице *in abstracto*). При томе ваља нагласити да кривица и даље остаје субјективни елемент деликтне одговорности (јер је реч о људском понашању, а оно јесте субјективни феномен), али је мерило по коме се кривица просуђује објективизовано. Објективизација кривице (а не објективна кривица, што би била противречност), огледа се у томе што се кривица не просуђује према унутрашњем стању свести и воље, него према *понашању* као резултату психичких процеса у спољном свету.

Кривица се у грађанском праву, према преовлађујућем схватању у правној теорији²⁷ и устаљеној судској пракси²⁸, просуђује према стандарду понашања које се могло очекивати од разумног и пажљивог човека.

в) Разлике у погледу значаја појединих степена кривице

33. Између кривичне и грађанске, деликтне одговорности постоји уочљива разлика у погледу значаја који имају поједини степени кривице у структури одговорности. У грађанском праву субјективна одговорност се заснива на обичној непажњи као доњем прагу кривице. У кривичном праву, превасходно се одговара за умишљај као виши, или највиши сте-

²⁷ Видети аргументацију и схватања у правној теорији у нас и у упоредном праву у докторској дисертацији Марије Караникић-Мирић, *Кривица као основ одговорности у грађанском праву*, Београд 2009, стр. 191 и даље.

²⁸ Решење Савезног врховног суда, Рев. 49/58 од 25. фебруара 1958. г. Збирка судских одлука, књига III, свеска 1, Одлука бр. 59; Решење Врховног суда НР Србије, Гзз 350/53 од 6. октобра 1953. г., Збирка одлука врховних судова донетих у кривичном и грађанском судском поступку 1953–1955. г., Одлука бр. 243, стр. 241–242; Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 153/67 од 20. јула 1967. г., Збирка судских одлука, књига XII, свеска 2, Одлука бр. 181; Пресуда Врховног суда Србије Ре. 3113/94 од 25. јануара 1995. године, из архиве суда.

пен кривице. Отуда, је за разлику од грађанског права, умишљај истински, или како каже Таховић, „најважнији и прави облик виности“.²⁹ У том смислу умишљај означава психички однос између учиниоца и дела (и њихове последице) у коме је учинилац био свестан свог дела и хтео његово извршење (директни умишљај) или када је био свестан да може учинити дело па је на то пристао (евентуални умишљај).

34. Нехат (*culpa*) има много мањи значај у кривичном праву него умишљај и исто тако несравњиво мању улогу у кривичној одговорности, него што непажња (*culpa*) као одговарајући појам у грађанском праву има у оквиру деликтне одговорности. Најпре, за разлику од грађанског права у коме према општем правилу учинилац деликтно одговара за штету проузроковану обичном непажњом (*culpa*), у кривичном праву оваквог правила о одговорности за нехат нема. Напротив, учинилац који је извршио кривично дело из нехата (*culpa*), по правилу није кривично одговоран. Кривична одговорност за нехат је изузетак и учинилац ће за кривично дело учињено из нехата одговорати само ако је то законом изрично предвиђено.

35. Али, и кад је у закону предвиђен нехатни облик кривичног дела, предвиђена казна је увек блажа од казне прописане за кривично дело учињено са умишљајем. За разлику од кривичног права у грађанском праву, начелно нема разлике између непажње (*culpa*) и намере (*dolus*) у погледу обима накнаде штете у оквирима субјективне деликтне одговорности. Наиме, обим накнаде штете у нашем модерном праву начелно је исти, без обзира да ли је учинилац проузроковао штету намерно, или обичном непажњом. У оба случаја оштећеник има право на потпуну накнаду штете, која обухвата и обичну (просту) штету (*damnum emergens*) и измакли добитак (*lucrum cessans*). Док се у кривичном праву примењује начело о пропорционалности између облика (степенa) кривице и казне, у нашем новом грађанском праву, које почиње са ступањем Закона о облигационим односима на снагу, примењује се начело интегралне накнаде штете.

Г. Санкција

36. Кривична и деликтна одговорност у грађанском праву највише се разликују у погледу санкције. Кривична одговорност повлачи за учиниоца казну, а грађанскоправна одговорност накнаду штета. О

²⁹ Таховић, *op. cit.*, стр. 180.

томе постоји готово општа сагласност у правној теорији. И поборници концепције о истородности кривичне и деликтне одговорности³⁰ и присталице схватања о разликама³¹ слажу се да између казне на једној и накнаде штете на другој страни постоји битна разлика. Само што је за поборнике прве концепције реч о јединој разлици између кривичног и грађанског неправа (Unrecht), док је за ове потоње другачија природа санкција, само најизразитија разлика између две одговорности али не и једина.

37. Између казне и накнаде штете постоје бројне разлике међу којима се најважније односе на садржину и сврху санкција у питању. Кад је реч о садржини, казна, као карактеристична санкција, у кривичном праву погађа у првом реду личност учиниоца. Насупрот томе, накнада штете, као карактеристична санкција, у грађанском праву погађа имовину штетника. У том смислу најизразитија разлика постоји између казне затвора и накнаде штете. Нешто је мање видљива разлика када се санкција кривичног права састоји у новчаној казни, јер се тада она по изгледу изједначава са накнадом штете (у новчаном облику). Али ни тада нема истоветности, јер у случају ако осуђени не плати цео износ новчане казне суд ће остатак казне сразмерно заменити казном затвора.³² Насупрот томе, ако се накнада штете не може наплатити од дужника, не може се заменити неком другом санкцијом.

38. Разлика исто тако постоји и у погледу сврхе санкције. Сврха кажњавања у нашем праву одређена је у виду специјалне и генералне превенције. У Кривичном законнику сврха се одређује као: 1) спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела, 2) утицање на друге да не чине кривична дела, 3) изражававање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивавање обавезе поштовања закона.³³ Сврха санкције у грађанском праву једноставно је поправљање нанесене штете.

³⁰ Живановић, *Основни проблеми Кривичног права*, Београд, 1930, стр. 171; Унеколико другачије и мање јасно: Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд 1959, стр. 501–502.

³¹ Упоредити. Константиновић, *Облигационо право (према белешкама са предавања)*, Београд 1959, стр. 66–67, С. Перовић, *Грађанскоправна и кривична одговорност*, у књизи Актуелна питања савременог законодавства, Зборник радова са Саветовања правника у Будви, 2011, стр. 13.

³² Чл. 51 ст. 3 Кривичног законика РС.

³³ Чл. 42 Кривичног законика РС.

39. Али најважнија разлика у сврси двеју санкција огледа се у томе што казна, као карактеристична санкција у кривичном праву, има ретрибутивни карактер³⁴, док санкција у грађанском праву има репарациони карактер.

ЗАКЉУЧАК

Кривица је унутрашњи елемент и правне и моралне одговорности. Иако су сличне у овом погледу, правна и морална одговорност се разликују у низу обележја. Другачија су правила која их уређују; правни прописи на једној, а моралне норме на другој. Суд у првој, Бог или савест у другој, као инстанца пред којом се полажу рачуни, правна санкција у првој или грижа савести као морална санкција у другој.

Јединствена, кад је постављена наспрам моралне, правна одговорност и кривица као њен основ, не подударају се у неким обележјима, кад се посматрају изнутра. Кривична одговорност извире из посебних кривичних дела, деликтна из општег правила, виност се просуђује психолошки, а кривица у деликтној одговорности према стандарду понашања; најзад, санкција у кривичној одговорности је казна, а у деликтној накнада штете.

ЛИТЕРАТУРА

1. Даниловић, Јелена и Станојевић Обрад, *Текстови из римског права*, Практикум за вежбе, 8. издање, Београд 1996.
2. Живановић Тома, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, Општи део, II књига (II. Кривац – III. Кривична санкција), 3. издање, Београд, 1937.
3. Живановић, Тома, *Основни проблеми кривичног права*, Београд, 1930.
4. Живановић, Тома, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд 1959.
5. Кант, Имануел, *Метафизика морала*, Нови Сад, 1993.

³⁴ У нашем Кривичном законнику не помиње се ретрибуција као сврха кажњавања, нити се сврха признаје у преовлађујућем делу наше правне теорије. Ипак, обележје ретрибуције не може се у потпуности искључити из појма казне. Упоредити: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2006, стр. 175.

6. Караникић-Мирић, Марија, *Кривица као основ одговорности у грађанском праву*, Докторска дисертација, Београд 2009.
7. Константиновић, Михаило, *Облигационо право (према белешкама са предавања)*, Београд 1959.
8. Константиновић, Михаило, *Основ одговорности за проузроковану штету*, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/1982.
9. Лазаревић, Љубиша, *Кривично право*, Општи део.
10. Перовић, Слободан, *Грађанскоправна и кривична одговорност*, у књизи *Актуелна питања савременог законодавства*, Зборник радова са Саветовања правника у Будви, 2011.
11. Радовановић, Милош, *Кривично право*, Општи део, 5. издање.
12. Стојановић, Зоран, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2006.
13. Стојановић, Зоран, *Кривично право*, Општи део, 5. издање.
14. Таховић, Јанко, *Кривично право*, Општи део, Београд, 1961.
15. *Целокупна дела Вилема Шекспира*, друго издање, књига IX, Београд, 1966.
16. Шопенхауер, Артур, *Два основна проблема етике*, Нови Сад, 2003.
17. Card, Richard (Card, Cross & Jones), *Criminal Law*, 16th Edition, Lexis Nexis, Butterworths, 2004.
18. D'Aquin, Thomas, *Somme Théologique*, tome 3, Paris, 2007.
19. Feuerbach Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültiges peinlichen Rechts*, Fünfte Auflage, Giessen 1812.
20. Jeschek Hans / Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin, 1969.
21. Mazeaud Henry et Léon, Tunc André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. premier, 6. ème édition, Paris, Montchrestien, 1965.
22. Pradel Jean, Corstens Geert, *Droit pénal européen*, 2. édition, Paris 2002.
23. Roxin Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, München, 2006.

Miodrag V. Orlić****THE ROLE OF FAULT IN LEGAL LIABILITY
AND WORD RESPONSIBILITY**

Abstract: *Generally speaking, responsibility can be defined as giving accounts for one's acts to an instance, which, according to previously established rules, renders judgement on their rectitude or incorrectness and, in the latter case, applies sanctions. In that respect, delictual liability in private law (liability in tort) and criminal responsibility have certain features in common that, at the same time, distinguish them from moral, political and other kinds of responsibility. The rules which govern these phenomena are Law in the former and Morals in the latter case. The forum before which one has to give accounts are the Court in the former example and God for those who believe in God, and conscience for others. Finally the sanctions are different too; either punishment or damages in legal liability and remorse in Morals. On the other hand there are significant differences in the field of legal responsibility, The review of existing Serbian Law shows that liability in private law differs of responsibility in criminal law: regarding sources and grounds of liability/responsibility, as well as in the notion of fault/quilt and last but not least concernig the sanctions: punishment in criminal law and damages in private law.*

Key words: *Fault – Moral responsibility – Legal responsibility – Punishment – Damages - Remorse.*

** Member of Academy of sciences and arts of Republic of Srpska

КА СИСТЕМУ СТВАРНОГ ПРАВА: ТРАКТАТ О НАЧЕЛИМА¹

Др **h.c.** Душан Николић*

***Апстракт:** Савремено стварно право у већини земаља нема обележја системске целине. У нормативном смислу, оно је непотпуно, разуђено, некохерентно и нефункционално. Сличан проблем постоји и на теоријском плану. Правна доктрина, као и правна регулатива касни за друштвеним потребама. Остала су неразрешена ни нека темељна питања која се тичу кључних појмова, па чак и самих начела на којима треба градити систем стварног права.*

У Републици Србији тај проблем има посебну тежину. О његовим размерама упечатљиво сведочи чињеница да се законске празнине попуњавају применом правних правила садржаних у Грађанском законнику из 1844, који је званично престао да важи још 1945. године и да студенти на државним правним факултетима изучавају материју стварног права из уџбеника који је последњи пут иновiran 1993. (пре равно тридесет година).

У раду су критички размотрена кључна диференцијална начела: начело ограниченог броја врста стварних права, начело типизације ст-

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

¹ Рад је већим делом заснован на резултатима истраживања вршених у оквиру научног пројекта *Правна традиција и нови правни изазови*, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Текст ће, уз потребна прилагођавања, бити објављен и у оквиру уџбеника *Стварно право*, намењеном студентима свих државних правних факултета у Републици Србији.

варних права, начело апсолутности стварних права, начело публицитета стварних права и начело одређености објеката стварних права.

На крају рада је указано на потребу преиспитивања наведених начела и на потребу њиховог усклађивања са променама у природи и друштву.

Кључне речи: стварно право, систем стварног права, начела стварног права.

1. Увод

Свет у ком живимо се убрзано мења. Промене којима су изложена поједина друштва и човечанство у целини су вишеслојне, комплексне, међусобно повезане, а у неким областима несагледиве и драматичне. Растућа неизвесност и осећај несигурности су код многих људи додатно подстакли потребу за стицањем добара, почев од оних која служе за задовољење свакодневних егзистенцијалних потреба, до некретнина и скуповенијих покретних ствари које омогућују очување постојећег капитала. У таквим околностима убрзано расте и значај стварног права, које регулише односе међу људима у вези са деобом (дистрибуцијом) и коришћењем расположивих ресурса. Међутим, у тој области нису разрешена ни нека темељна теоријска питања на нивоу појма. Кристијан фон Бар (*Christian von Bar*), дугогодишњи руководилац Студијске групе за израду нацрта *Европског грађанског законика* и аутор двотомног капиталног дела о стварном праву у Европи, сумирајући резултате вишегодишњих упоредноправних истраживања, закључио је да је: “Изненађујуће тешко наћи прихватљив одговор на питање шта се подразумева под „стварним правом” или шта се може идентификовати као „стварно право” у паневропском контексту.² У новијој европској литератури се истиче да су још од првог присвајања [трајно] отворена и многа друга питања. Нејасно је “какву улогу има стварно право у обликовању друштва?” [...] “На којим стварима [добрима] могу постојати стварна права?”³ и сл.

² Christian von Bar, *Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses*, Juristen Zeitung 18/2015, 848.

³ Eveline Ramaekers, *What is Property Law*, Oxford Journal of Legal Studies 3/2017, 588. etc.

На практичном плану ситуација је још сложенија. Правна регулатива у тој области је недовољно развијена и у све је већем раскораку са потребама друштвене заједнице. Постоје бројне законске празнине које негативно утичу на правну сигурност грађана. Ситуацију додатно компликује све наглашенија дисперзија правних норми. Наиме, из деценије у деценију расте број закона којима је уређена материја стварног права. Осим тога, и неки институти из његовог корпуса уређени су прописима који су већим делом посвећени некој другој грани права (измештени, дислоцирани институти⁴).

Summa summarum, стварно право је у многим земљама анахроно, неразвијено, непотпуно, некохерентно и недовољно ефикасно. То значи да није подигнуто на ниво система (гр. *συστημα*), под којим се традиционално подразумева скуп елемената који чине сређену, свеобухватну и непротивречну целину, јасно разграничену од свог окружења.⁵

Тај проблем постоји и у Републици Србији, како на практичној, тако и на теоријској равни. О његовим размерама упечатљиво сведочи чињеница да се законске празнине попуњавају применом правних правила садржаних у Грађанском законнику из 1844, који је званично престао да важи још 1945. године и да студенти на државним правним факултетима изучавају материју стварног права из уџбеника који је последњи пут иновирани 1993. (пре равно тридесет година).

Систем стварног права не постоји или барем не онакав какав је потребан модерно организованом друштву. Да би његова градња на нормативном плану била успешна, потребни су добри теоријски темељи. Средином 2022. направљен је важан искорак у том правцу, тиме што је постигнут договор да се за све државне правне факултете у Србији изradi јединствени уџбеник.⁶ Осмочлани ауторски тим је у међувремену прикупио потребну грађу и започео обраду првих тематских јединица. По логици ствари, посебна пажња је већ на самом почетку посвећена

⁴ Опшриније у: Душан Николић, *O dislociranim institutima u građanskom pravu Republike Srbije*, у: *Odabrane teme obligacionog prava* (ур.: Марија Караникић Мирић и Марко Ђурђевић), Универзитет у Београду – Правни факултет – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2020, стр. 270–293.

⁵ Опшриније у: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, XVII измењено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, 2022.

⁶ Састанак редовних професора правних факултета који предају *Стварно право* одржан је у Новом Саду маја 2022. године.

начелима на којима треба градити доктринарни и нормативни систем стварног права.

2. Општи појам правних начела

По мишљењу античког мислиоца Аристотела, које је и даље актуелно, “заједничко је свима почелима да буду оно прво одакле штогод јест или настаје или се спознаје”.⁷ То важи и за начела на којима се заснива право уопште, па и оно које регулише односе међу људима у вези са стварима.

Правна начела су високоапстрактна правила, проистекла из система вредности одређене друштвене заједнице, која представљају координате (смернице) за обликовање, разумевање и функционисање правног система и његових чинилаца (области права, фамилија грана права, појединих грана права, као и правних института у њиховом саставу).

3. Значај правних начела

Начела казују на којим основама треба уредити однос појединца према појединцу, појединца према друштву и друштва према појединцу. Она успостављају ред међу људима који заједно живе на одређеном простору (*hominis ad hominem proportio*). Начела уједно одређују дугорочнију идејну, идеолошку и вредносну оријентацију друштвене заједнице. Она обезбеђују њен континуитет и стабилност чинећи предвидивим релевантне процесе и односе. Начела представљају полазиште за успостављање и постојање правног поретка у друштву, а тиме и за правну извесност и сигурност његових чланова. Свако начело обезбеђује заштиту одређеног јавног интереса или скупа међусобно повезаних и усаглашених јавних интереса, који задиру или могу задирати у интересну сферу појединаца и ужих друштвених група. Сигурност је загарантована тиме што начела на директан или индиректан начин обавезују на одређено поступање како органе државне власти који стварају, тумаче и примењују право, тако и грађане као имаоце права и обавеза, независно од тога да ли су записана у уставу, ратификованим међународним споразумима, законима и другим општим правним актима, или су као неписана део *јавног поретка*.⁸

⁷ Аристотел, *Метафизика*, Загреб, 1988, стр. 107–108.

⁸ Јавни поредак (фр. *l'ordre public*) чине писана и неписана начела, која су од

Начела су значајна за креирање правне политике (за одређивање циљева које треба постићи) у области стварног права, за правно регулисање (нормативно уређење) стварноправне материје, за системско тумачење и примену правних норми, за попуњавање празнина које постоје у правном систему и за утврђивање надлежности државних органа и врсте поступка у којима треба одлучивати о питањима у вези са релевантном материјом.

Начела представљају основу за систематизацију правних правила и обликовање доктринарног (научног) система права, који има вишеструки значај. Пре свега, он омогућује логичко повезивање и груписање сродних правних института у шире целине (гране права, фамилије грана права и правне области) и њихово лакше налажење. На основу њега се може утврдити како право гласи (лат. *de lege lata*), зашто тако гласи и како би, евентуално, требало да гласи (лат. *de lege ferenda*). Доктринарни систем је полазиште за критичку анализу нормативних решења и правне праксе, која се примарно врши тако што се утврђује да ли су норме и одлуке државних органа у складу са правним начелима и интересима друштвене заједнице.

Упркос несумњиво великом практичном и теоријском значају, начела стварног права су само спорадично и фрагментарно предмет научних истраживања. Детаљније студије монографског типа које су у целости посвећене тој тематици права су реткост и на глобалном плану.⁹ У литератури нису расправљена нека основна питања, па чак ни то на којим се све начелима заснива стварно право. Њихови називи и номенклатуре (набрајања) у чланцима, књигама и капиталним делима у области стварног права често се значајно разликују.¹⁰ Неусаглашеност посредно утиче на праксу и на правно образовање.

есенцијалног значаја за очување система вредности друштвене заједнице, а тиме и за њен опстанак у одређеном времену и простору. Нормативно је установљен у Француском грађанском законик у 1804. године, који је послужио као узор редакторима и неких других законика, насталих у епохи великих кодификација. Одредбе о јавном поретку унете су и у Законик грађански за књажевство Србију (СГЗ) из 1844. године, као и у Општи имовински законик за Црну Гору (ОИЗ) из 1888. године.

⁹ В: Ugo Mattei, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Greenwood Press, Westport – London, 2000.

¹⁰ В: Christian von Bar, *Gemeineuropäischen Sachenrechts*, Band I: *Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, C.H. Beck, München, 2015, стр. 31.

Као што је Аристотел рекао, начела су прво одакле се нешто спознаје. То важи и за правно образовање. Од њих почињемо када стицемо знања о правном систему и на њих се ослањамо, када у њему тражимо одговоре на поједина правна питања.

4. Врсте начела на којима се заснива стварно право

Стварно право је део правног система, спада у област приватног права и уједно, у фамилију грана грађанског права. Оно има обележја која су својствена широј целини којој припада, али истовремено и нека која га чине посебним, специфичним и препознатљивим у оквиру целине (она која га диференцирају у односу на њене остале чиниоце, *диференцијална*).

У том смислу, можемо разликовати следеће врсте начела: 1. *општа*, својствена свим гранама права које су у саставу једног националног (или наднационалног) правног система¹¹; 2. *диференцијална начела приватног права*¹²; 3. *диференцијална начела грађанског права*¹³ и, 4. *диференцијална начела стварног права*. Осим њих, постоје посебна начела која су својствена појединим врстама стварних права (на пример, начела *заложног права*).

¹¹ Општа начела од значаја за стварно право су: начело поделе власти, начело правичности, начело уставности и законитости, начело правне једнакости, начело правне сигурности и начело нечињења штете другоме. Опширније у: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, стр. 109–119.

¹² У домаћој правној теорији приватно право се не изучава као засебна, јединствена и заокружена системска целина, већ фрагментарно, уз указивање на везе које постоје између чинилаца те области права (грађанског, трговачког и међународног приватног). За полазиште се узимају диференцијална начела грађанског права.

¹³ Диференцијална начела грађанског права су; начело равноправности субјеката при заснивању грађанскоправног односа, начело диспозитивности грађанскоправних норми, начело аутономије воље, начело преносивости права и обавеза, начело еквивалентности, начело реституције (реститутивно дејство грађанскоправних санкција), начело извршења на имовини (реална егзекуција) и начело страначке иницијативе у грађанским судским поступцима. Опширније у: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права...*, стр. 120–140. У новијој уџбеничкој литератури постоје и другачије номенклатуре. В.: Vladimir V. Vodinić, *Грађанско право (Увод и грађанско право и Општи део грађанског права)*, Правни факултет Универзитета Union и Службени гласник, Београд, 2012, 38–42; Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазивић, *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш, 2018, стр. 97–104.

За разумевање стварног права неопходно је познавање како диференцијалних начела која су његова најнепосреднија *differentia specifica*, тако и општијих, која га у идејном, логичком и вредносном смислу повезују са ширим целинама којима припада.¹⁴

У овом контексту ће бити изложена само *диференцијална начела стварног права као посебне гране правног система*.

5. Диференцијална начела стварног права

5.1. Начело ограниченог броја врста стварних права

5.1.1. Уводна разматрања

У правној литератури је широко заступљено мишљење да су врсте стварних права које могу постојати у оквиру правног система унапред одређене, да је њихов број ограничен, односно затворен (лат. *numerus clausus*) и да субјекти грађанскоправних односа не могу својом вољом стварати нове. Сматра се да су сва *стварна права именована* и да назив који је одредио надлежни државни орган не може бити мењан од стране субјеката.

Насупрот томе, у облигационом праву важи *начело аутономије воље*, које подразумева широку *слободу уговарања*, односно, могућност да учесници облигационог односа одступе од модела уговора одређених законским диспозитивним нормама, да креирају нову врсту уговора, а тиме и оригинална права и обавезе у складу са својим интересима, па чак и она која никада нису постојала у правној пракси. Другим речима, допуштено им је да споразумно стварају *неименоване уговоре* и *неименована облигациона права*. Притом морају водити рачуна да такви правни послови не буду у супротности са императивним нормама, *јавним поретком* или/и добрим обичајима, којима се штите интереси друштвене заједнице.

¹⁴ То се посредно може закључити и на основу једне одлуке Врховног суда Србије у којој пише: “Неправилним радом сматра се поступање супротно *општим правним начелима* (истакао Д. Н.) и правилима струке“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев, 751/99 од 10. новембра 1999. године).

Сматра се да је начело ограниченог броја стварних права установио римски правник Гај (*Gaius*), у II веку н.е.¹⁵ Међутим, он је само констатовао оно што је већ постојало у правној пракси. У једном релативно дугом периоду, практична питања су решавана у духу формализма својственог римском праву, на основу формула које је унапред одређивао претор. Принцип је био врло једноставн и логичан. Право није могло постојати без формуле. Колико формула, толико и (врста) права. Околности су се у извесној мери промениле када је римско право ослобођено формализма.

Начело ограниченог броја стварних права је реafirмисано (поново постало актуелно) у средњем веку, када је на простору данашње Енглеске, а потом и у неким другим земљама, дошло до драстичног усложњавања феудалног поретка и права на непокретностима. Наиме, у почетку је важио принцип да све непокретности припадају владару (круни) и да он може да их додели на доживотно коришћење неком од својих поданика. Право коришћења било је везано за личност, није се могло преносити и престајало је у тренутку смрти титулара. Међутим, оно је касније постало наследиво и преносиво. Корисник је могао да установи право коришћења на одређеном добру у корист другог лица (вазала нижег ранга), оно у корист трећег итд. Процес фрагментације права својине на некретнинама и из њега изведених права коришћења различитог ранга у једном периоду је довео до тога да владар више није имао увид у то ко је заправо корисник непокретности које припадају круни. Због тога је посебним прописима императивно одређено које врсте права могу бити установљене на некретнинама. Та правила и данас важе у многим земљама англоамеричког правног подручја. Она су била значајна јер су спречила неконтролисано услужњавање феудалног поретка и њему својственог стварног права.

Начело ограниченог броја стварних права је неколико векова касније дошло до изражаја и у континенталној Европи, али из других разлога. У Француској је у време буржоаске револуције укинута феудална поредак. Да би трајно спречили његово обнављање, револуционари су у *Декларацији о правима човека и грађанина* из 1789. године поставили основе за регулисање својинских односа. У *Грађанском закону* из

¹⁵ В: Hans Josef Wieling, *Sachenrecht - Einleitung und Grundsätze*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2007, стр. 3; Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Dissertation, Maastricht University, 2008, стр. 19.

1804. године наведена су и детаљније нормативно уобличена стварна права. У правној теорији и правној пракси дуго је доминирао став да је то набрајање таксативно и да за њих важи *numerus clausus*.

У мултикултуралном свету у ком живимо постоје различити приступи регулисању односа међу људима у вези са стварима. Између осталог, разликују се врсте постојећих стварних права али и ставови у погледу тога да ли се могу установити неке друге и ко је овлашћен да то чини. У основи, треба разликовати два типа правних система.

5.1.2. Затворени систем стварног права. *Numerus clausus*.

У већини земаља које припадају западној правној култури доминира наведени став да је број врста стварних права унапред одређен, односно, да постоји њихов коначни списак (једна затворена листа, својеврсни каталог). У том смислу, стварно право, као грана права, представља *затворени систем*. У земљама са европском континенталном правном традицијом то значи да оно што није наведено у закону, а што се евентуално појави у правној пракси, не припада том корпусу и да не ужива стварноправну заштиту. (Слично као у кривичном праву: *nullum crimen, nulla poena sine lege*). Сматра се да нову врсту стварног права може установити само орган законодавне власти. У континенталној Европи, наведено начело се најдоследније примењује у Немачкој и другим земљама германског правног круга. Разлоге за то треба тражити у историјском наслеђу, у начину резоновања и доминантној правној логици.

Начело ограниченог броја врста стварних права постоји и у правним системима англоамеричког типа и такође се може довести у везу са историјским наслеђем. По мишљењу правних теоретичара, оно је имлицитно признато установљењем каталога земљишних поседа (енгл. *catalogue of estates*). То начело није именовано (нема назив). Термин *numerus clausus* се користи исључиво у литератури и то у упоредноправним радовима који се односе на европско континентално право.¹⁶ Међутим, његов утицај на англоамеричку правну теорију и правну праксу сличан је оном који постоји у германском правном кругу. Судови га се стриктно придржавају.

¹⁶ Опширније: Henry E. Smith, Thomas W. Merrill, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, Yale Law Journal 1/2000,

5.1.3. Отворени систем стварног права. Numerus apertus.

У појединим земљама важи супротно начело: *numerus apertus*. Број (врста стварних права) је отворен. Листа није коначна. Номенклатура садржана у закону сматра се примеричном (егземпларном). То, пак, значи да субјекти грађанскоправних односа могу установити и неке нове врсте стварних права, укључујући и оне које се до сада нису јављале у правној пракси.

Најрадикалнији заокрет, од затвореног ка отвореном систему стварног права, учињен је у *романском правном кругу*. Једну од кључних улога у томе је имао Касациони суд Француске, који је, уважавајући ставове савремене правне науке, закључио да у епохи брзих и великих промена у природи и друштву, треба преиспитати традиционална схватања и другачије тумачити норме формулисане пре више од два века. У серији пресуда, изнео је став да листа садржана у Грађанском законнику из 1804. године није затворена, као што се до тада сматрало, већ да субјекти грађанског права могу својом вољом установити нова, *неименована стварна права* (фр. *droit réel innommé*), уз услов да она не буду у супротности са *јавним поретком* (фр. *l'ordre public*). У литератури се истиче да “[...] Треће одељење Касационог суда дефинитивно потврђује крај теорије *numerus clausus* стварних права. Чинећи то, признаје власнику могућност да створи стварна права која се односе на специфично коришћење његове имовине [...]. Међутим, слободно конституисање стварних права није бланко дато странама [учесницима правног односа], јер оне остају у обавези да поштују правила јавног поретка.”¹⁷

5.1.4. Српско право: нормативни оквири и теоријски ставови

У првој глави *Закона о основама својинскоправних односа*, чији је назив *Основна начела*, пише: “[с]тицање, заштита и престанак права својине, права службености, права стварног терета и права залогe уређују се законом.”¹⁸ Наведена одредба је непрецизна. Законом није

¹⁷ Victor Poux, *Les droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être un outil au service d'une communauté? Réflexions à partir du droit français*, стр. 203.

Dostupno na: https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_50/Poux.pdf. 08.04.2023.

¹⁸ Члан 7.

експлицитно одређено да ли су наведене све врсте стварних права које постоје у нашем правном систему или могу постојати још неке. Да ли важи *numerus clausus* или *numerus apertus* стварних права? У одсуству јасне норме, одговор на то питање треба потражити у правној теорији.

У српској правној литератури већ деценијама доминира мишљење да је број врста стварних права ограничен, односно, затворен. Изузетак донекле представља један дуго коришћен уџбеник, чији су аутори визионарски заузели уравнотежен став, остављајући могућност и за другачије тумачење.¹⁹ У осталим књигама готово је једногласно прихваћено мишљење да у домаћем правном систему важи *numerus clausus*. Међутим, проблем настаје онда када треба набројати врсте стварних права. Став о затворености система је доминантан али се номенклатуре разликују.

У овом контексту ћемо само констатовати да на постојећем нивоу развоја домаће правне регулативе и правне науке треба прихватити становиште већине, уз свест о томе да ће став о затворености система стварног права наредних година свакако бити преиспитиван под утицајем брзих и радикалних промена у свету у ком живимо.²⁰

5.1.5. Врсте стварних права у правном систему Републике Србије

У недостаку прецизне законске одредбе, за полазиште треба узети доминантни став да је број врста стварних права у правном систему Републике Србије ограничен, али треба изложити најширу номенклатуру, јер је такав приступ у складу са наведеном тенденцијом ширења стварног права и настајања нових врста, као и са променама у упоредном праву које воде ка тзв. отвореној листи.

Као што је већ речено, основни (кардинални) институт стварног права је *право својине*. Из њега проистичу најшира овлашћења која доводе власника у посебан, привилегован положај у односу на сва друга лица. Остала стварна права представљају ограничење туђег права својине. Зато их многи називају *стварним правима на туђим стварима* (лат. *iura in re aliena*). У зависности од тога да ли овлашћују титулара да

¹⁹ В. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд, 1996, стр. 3.

²⁰ О правној пракси и теоријским преиспитивањима у савременом српском стварном праву в.: Слобода Мидоровић, Раденка Цветић, *Располагање будућих етажних власника заједничким деловима зграде и земљиштем потребним за редовну употребу зграде у корист инвеститора при закључењу уговора о куповини посебног дела зграде*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2023.

успостави непосредну власт на ствари (државину), деле са на *права* и *неправа стварна права на туђим стварима*.

У права стварна права на туђим стварима спадају: *службености* (стварне и личне); *право грађења на туђем земљишту* и *заложно право на покретним стварима*. Залога је уједно и реално средство обезбеђења повериоачевог потраживања. У том смислу, она спада и у облигационо право. То указује на чињеницу да један друштвени однос истовремено може да буде предмет више грана права. Слично је и са *закупом*. Закупац на основу уговора стиче право да тражи предају закупљене ствари. Он има право потраживања за које су меродавна правила облигационог права. Међутим, када купац ступи у посед ствари, релевантна су и правила стварног права. Од тог тренутка закуп добија битно другачију физиономију. Он се трансформише у институт те гране права.

Хипотека (заложно право на непокретностима), *заложно право на покретној ствари уписаној у регистар* и *законско право прече куповине* делују према свима, али не овлашћују титулара да заснује фактичку власт на ствари. Зато се сматрају *неправим стварним правима на туђим стварима*. Исти је случај и са *стварним (реалним) теретима*. Лице у чијем је интересу терет установљен може захтевати испуњење обавезе која оптерећује непокретност. Он своје право може истицати према свакодобном власнику оптерећеног добра, али није овлашћен да заснује фактичку власт на ствари. Његово овлашћење се своди на могућност да тражи исплату одређене своте новца или предају неке друге вредности која потиче од те непокретности. Зато многи сматрају да је реални терет истовремено и институт облигационог права, тзв. реална облигација (*obligationes propter rem*).

5.2. Начело типизације стварних права

5.2.1. Општи оквир

У земљама у којима важи *numerus clausus*, односно, концепт затвореног система, сва стварна права су одређена по називу (лат. *ad nomen*), циљу, сврси (лат. *ad causam*) и садржини (лат. *ad contentum*). У питању су коегзистентне и међусобно условљене категорије. На основу назива се унапред зна који је циљ конкретног стварног права и која овлашћења из њега проистичу. На пример, када суд установи *стварну службеност преласка преко туђе непокретности*, зна се да је настало стварно право

које овлашћује имаоца (носиоца, титулара) да прелази преко дела непокретности која је у својини другог лица и да је власник дужан да то трпи. У немачкој доктрини, као и у правној науци других земаља германског правног круга, то се назива типизацијом стварних права (нем. *Typenzwang im Sachenrecht*).

Исти принцип важи и у облигационом праву, када су у питању *именовани уговори*. На основу назива (имена) унапред је познато који је циљ (*кауза*) правног посла, односно, који правни ефекат треба да проистекне из његовог предузимања. Нпр. зна се да *уговор о купопродаји* омогућује купцу да постане власник одређене ствари, а продавцу да постане власник одређене своте новца.

Разлика између две гране постоји само у погледу тога ко одређује циљ и садржину права. У стварном праву, то чини орган државне власти, док у облигационом то могу пуноважно да учине и сами учесници грађанскоправних односа, уз обавезу да поштују јавни поредак.

Законом се одређују типолошка обележја сваке врсте стварних права (нпр. права службености), као и она која су карактеристична за подврсте тог права (стварне службености и личне службености). Међу њима постоји однос општег и посебног. Опште важи за врсту у целини и за све њене чиниоце, а посебно за неке од њих (за поједине подврсте).

Законом се утврђује само оквир за уређење односа који су обухваћени одређеном врстом и/или подврстом стварног права. У највећем броју случајева, типизација није потпуна. Законодавац оставља могућност субјектима да споразумно прецизније одреде права и обавезе. Нпр. када је у питању стварна службеност преласка преко туђе непокретности, да ли је титулар овлашћен само да пешице прелази преко туђе њиве да би дошао до своје парцеле или до ње може доћи возилом (и којим: аутомобилом, трактором или нпр. комбајном чији је хедер широк пет метара). То је све ствар договора (споразума). Уколико га није могуће постићи, одлуку о томе ће донети суд и прецизирати овлашћења која је уопштено одредио законодавац.

У немачкој правној науци која је карактеристична по настојању да све класификује, смести у јасно одређене оквире и логички објасни, говори се о фиксацији (фиксирању) типова стварних права (нем. *Typenfixierung im Sachenrecht*).

5.2.2. Неподударност назива, циља и садржине стварног права.

Falsa demonstratio non nocet.

У пракси се може догодити да учесници грађанскоправних односа у уговору наведу погрешан назив стварног права, односно онај који се не подудара са циљем и овлашћењима која желе да установе. У таквим ситуацијама треба применити правило које се у европском континенталном праву најчешће везује за облигационо, или још уже, за уговорно право. Наиме, сматра да погрешан назив, односно, погрешна дескрипција не чини документ неважећим ако је намера (интенција) уговорних страна јасна. Погрешно именовање не шкоди (*Falsa demonstratio non nocet*).²¹

5.3. Начело апсолутности стварних права

У правној теорији влада неподељено мишљење да је апсолутност (лат. *absolutus*) једно од главних диференцијалних обележја стварног права. Међутим, не постоји сагласност о томе шта под њом треба подразумевати. Разлике у ставовима последица су неусаглашених полазишта и различитих критеријума за њено појмовно одређење. Сваки од тих доминантних ставова, посматран изоловано (фрагментарно, сам за себе) је исправан, јер открива једну карактеристику апсолутности, али је истовремено недовољан да би се она могла сагледати у целости. Ставови су различити, али нису неспојиви (инкопатибилни). Међу њима постоје додирне тачке и међуутицаји. Интеракција постаје очигледна када их све повежемо у логички уређену целину.

Полазиште за све у стварном праву, па и за разумевање апсолутности, јесте *право својине*. Оно је почетна и централна категорија (апсолут; *absolutum*). Право својине обухвата најшири круг овлашћења која могу постојати на ствари. Оно је највише што се у правном смислу може имати. Најшире, комплетно, потпуно право на ствари (лат. *plena in re potestas*). Сва друга стварна права су изведена (деривирана) из њега и

²¹ Опширније у: Dušan Nikolić, *O dislociranim institutima u građanskom pravu Republike Srbije*, у: *Odabrane teme obligacionog prava*, Zbornik radova s Druge regionalne konferencije iz obligacionog prava održane u Beogradu 14. i 15. novembra 2019. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu (ед. Марија Карникић Мирић), Beograd, 2019, стр. 275.

састоје се од ужег скупа овлашћења. Међу њима постоји однос општег и посебног. Оно што важи за опште, мора важити и за посебно, осим ако нешто друго није одређено законом.

Право својине гарантује (јемчи) држава, као репрезент друштвене заједнице. Државни органи су дужни да омогуће потпуно и несметано остваривање овлашћења која проистичу из њега и других стварних права.

Да би власник или ималац другог стварног права на одређеној ствари могао да у потпуности и несметано остварује своја овлашћења, неопходно је да има приоритет у односу на имаоце других врста права.

Стварно право је прече и јаче од облигационог (тражбеног). То посебно долази до изражаја када међу њима настане конкуренција у погледу правне заштите. Нпр. ако је неко украо бицикл власнику и након тога са трећим лицем закључио уговор о купопродаји којим се обавезао да ће ту исту ствар предати купцу у року од тридесет дана, па падне у доцњу (не испуни уговорну обавезу на време), против њега могу бити поднете две тужбе, од којих је једна својинска, а друга облигациона. Оба тужиоца могу захтевати исто: предају бицикла. Предност ће имати власник, јер има апсолутно право. Суд ће пресудити у његову корист. Купац, пак, може тражити само повраћај своте новца коју је исплатио на име цене и накнаду евентуалне штете која је настала због неиспуњења уговорне обавезе.

Може се догодити да конкуренција настане између два истоврсна стварна права. Нпр. неко може закључити два уговора о зајму и оба потраживања обезбедити хипотеком. Проблем може настати ако зајмопримац не врати зајам у одређеном року, а вредност непокретности није довољна да се из ње у целости намире оба потраживања. Тада ће бити примењено правило *први у времену, први у праву* (лат. *prior tempore, potior iure*). Зајмодавац у чију корист је прво установљена хипотека има предност при намирењу потраживања.

Стварно право је меродавно за све. Оно делује према свима (лат. *erga omnes*). Њиме су одређена овлашћења која има титулар а тиме и мера до које је ограничено поступање свих других лица. Традиционално, сматра се да је обавеза увек негативна. То значи да су сви други дужни да се уздрже од неовлашћених поступака који могу представљати препреку за остваривање овлашћења, али не и да нешто чине, да би она могла да буду реализована. Ограничење слободе поступања свих других лица у односу на одређену ствар у директној је сразмери са ширином стварног права. Највећа ограничења намеће право својине, као најшире право на ствари.

Право својине искључује могућност да било које лице супротно вољи власника присвоји ствар, да на њој заснује фактичку власт или врши одређена стварноправна овлашћења. Оно је искључиво (лат. *ius excludendi tertii*) и делује против свих (лат. *contra omnes*). Позивајући се на право својине, власник се може супротставити сваком неовлашћеном држању ствари, њеном коришћењу или располагању. Нпр. прелажењу преко његове њиве или употреби његовог бицикла. Органи државне власти дужни су да му у томе пруже правовремену и ефикасну правну заштиту.

Заштита се остварује у судском поступку који се покреће на приватни захтев. Нпр. власник може тражити да му украдени бицикл буде враћен. Његово право је апсолутно, делује према свима и против сваког. Као такво, оно *следи ствар (право слеђења; право следовања)*. Власник може поднети тужбу против лица код ког се она тренутно налази, независно да ли је то крадљивац, или нпр. лице ком је украдени бицикл поклоњен.

Право својине се не може основано истицати против лица која имају неко друго (стварно или облигационо) право којим су ограничена својинска овлашћења. Тако нпр. власник се не може супротставити преласку преко њиве ако је уговором или одлуком суда у корист другог лица установљено право стварне службености које допушта такво поступање. Захтев суду да му пружи правну заштиту био би неоснован и неделотворан. У судском поступку би било утврђено да је власник дужан да трпи да титулар права службености прелази преко његове непокретности. Уколико покуша да га у томе спречи, трпеће одређене правне последице. Наиме, титулар службености може, позивајући се на своје право, поднети тужбу против власника и тражити одговарајућу правну заштиту.

Стварна права начелно делују према свима. Међутим, некада се не могу основано истицати против свакога. Зато је важно знати да ли постоји неко друго право које га ограничава и чини несупротстављивим у односу на одређено лице.

5.4. Начело публицитета стварних права

Информација о постојању стварног права, његовој садржини, објекту и титулару треба да буде доступна свима, односно, најширој јавности (лат. *publicum*). Отуда: начело публицитета (јавности).

Јавна доступност података о правима на непокретним стварима (њивама, кућама, становима и др.) обезбеђује се уписом у регистар непокретности (у Републици Србији је то катастар непокретности).

Велика већина покретних ствари није евидентирана, а самим тим ни стварна права која постоје на њима. Сматра се да у одсуству евиденције, публицитет обезбеђује фактичка власт на ствари (државина). Наиме, полази се од претпоставке да је држалац уједно и власник ствари или ималац неког другог, ужег стварног или неког облигационог права. Титулар је дужан да докаже његово постојање и садржину, када то налажу одређене околности (нпр. у случају да одлучи да прода ствар; у случају судског спора и др.). Међутим, и од другог, заинтересованог лица се очекује да испољи одређен степен пажње и да провери да ли је заиста тако. Нпр. када жели да купи бицикл за који му је неко рекао да је украден. У противном, сматраће се да је приликом куповине био несавестан.

Извесно је да ће у овој области доћи до значајних промена под утицајем техникотехнолошког напретка. Савремене информационе технологије омогућују лако и брзо прикупљање, обраду, чување и претраживање огромног броја података (енгл. *big data*), као и њихово умрежавање. Дигитализација је омогућила стварање компјутеризованих база података и информационих система који подржавају развој нових врста стварних права, попут *заложног права на покретним стварима уписаним у регистар*, које је у правни систем Републике Србије уведено посебним законом усвојеним 2003. године.

Према традиционалном и у правној теорији најшире прихваћеном мишљењу, за настанак облигационог права није потребан публицитет. По томе се оно јасно разликује од стварног. Међутим, то не значи да је искључена могућност уписа. Нпр. закупац њиве може захтевати да се у катастар непокретности упише податак да је закључио уговор о закупу којим га власник овлашћује да на њој заснује фактичку власт (да ступи у посед) и да је користи. Његова правна позиција ће тиме бити побољшана, а право ојачано, јер ће деловати према свима и биће супротстављиво у односу на право власника и у односу на права других лица.

Технолошки напредак је допринео да дође до значајних промена у области облигационог права и до настанка нове врсте публицитета. Нпр. јавни бележник има законом утврђену обавезу да путем информационог система достави суду податак о томе да је закључен и потврђен (солемнизован) уговор о купопродаји одређене непокретности. Он се аутоматски евидентира у посебној електронској бази података која је до-

ступна осталим јавним бележницима. Од тог тренутка наступају одређене правне последице. Јавни бележници могу претрагом базе података установити да је непокретност продата, да је продавац не може поново продати и да она због тога не може бити објект стварног права које жели да стекне друго лице.

5.5. Начело одређености објекта стварних права

Стварна права за објект имају ствар. Сматра се да она мора бити тачно одређена, да би се знало на шта се односе овлашћења титулара и на шта се односи обавеза свих других лица која се састоји у пасивном држању.

Непокретне ствари се уписују у јавни регистар (катастар непокретности). Свакој од њих се одређује посебан број. Тиме се врши њихова *индивидуализација*. До промене може доћи услед измене граница парцеле и пренумерације у поступку *комасације* и сл. У таквим околностима се у правној пракси може јавити потреба за *идентификацијом* непокретне ствари, по посебним правилима.

Као што је већ речено, већина покретних ствари није евидентирана или барем не на тај начин да подаци о њима буду доступни широј јавности. Неке од њих се по својим карактеристикама јасно разликују од свих других. Сматрају се уникатним и тиме индивидуално одређеним (нпр. слика Уроша Предића *Весела браћа*). Све друге су *генеричне*, по роду одређене (нпр. пшеница). Сматра се да их треба *индивидуализовати*, да би могле да буду објект стварног права. Индивидуализација се врши издвајањем и обележавањем. Нпр. пшеница ће бити индивидуално одређена ствар ако је упакована у џак од 50 килограма, на ком се налазе иницијали власника.

Свака грана права и институти у њеном саставу имају нарочиту функцију у правном систему. Отуда и индивидуализација ствари има различит смисао и различит правни значај за сваку од њих. Нпр. ниво одређености објекта који је потребан за настанак и остваривање права својине се разликује од нивоа одређености који је потребан за његов пренос путем уговора.²² По томе се стварно и облигационо право начелно разликују.

²² Опширније у: Душан Николић, *Правни аспекти обележавања и декларисања вина – Општи приступ*, стр. 85

6. Варијабилност начела стварног права: потреба за преиспитивањем и променама

Многи сматрају да о правним начелима не би требало расправљати (*non est certandum de regulis iuris*), јер, као што је речено на почетку овог одељка, представају полазиште, темељ на ком је изграђен правни систем. Она су уједно константе, које гарантују стабилност друштва. Међутим, нека од њих су се мењала под утицајем друштвених промена. Многа ће тек бити преиспитана и постепено мењана да би се обезбедила тзв. *динамичка равнотежа система*. То ће нужно изискивати и преиспитивања неких темељних ставова у вези са поимањем ствари као објекта стварних права.²³

ЛИТЕРАТУРА

1. Аристотел, *Метафизика*, Загреб 1988.
2. Bar von Christian, „Grundfragen europäischen Sachenrechts verständnisses“, *Juristen Zeitung* 18/2015.
3. Bar von Christian, *Gemeineuropäischen Sachenrechts*, Band I: *Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, C.H. Beck, München 2015.
4. Bram Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Dissertation, Maastricht University 2008.
5. Wieling Hans Josef, *Sachenrecht - Einleitung und Grundsätze*, Springer, Berlin-Heidelberg 2007.
6. Vodinelić V. Vladimir, *Грађанско право (Увод у грађанско право и Општи део грађанског права)*, Правни факултет Универзитета Union и Службени гласник, Београд 2012.
7. Ковачевић Куштримовић Радмила, Лазич Мирослав, *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш 2018.
8. Mattei Ugo, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Greenwood Press, Westport – London 2000.

²³ Опширније у: Душан Николић, *Преиспитивање појма ствари у приватном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3/2022, 675–704.

9. Мидоровић Слобода, Цветић Раденка, „Располагање будућих етажних власника заједничким деловима зграде и земљиштем потребним за редовну употребу зграде у корист инвеститора при закључењу уговора о куповини посебног дела зграде“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2023.
10. Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, XVII измењено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2022.
11. Николић Душан, „Правни аспекти обележавања и декларисања вина – Општи приступ“, у: Ристивојевић Бранислав [ур.] *Хармонизација и унификација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду-Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2022.
12. Николић Душан, „Преиспитивање појма ствари у приватном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2022, 675-704.
13. Nikolić Dušan, *O dislociranim institutima u građanskom pravu Republike Srbije*, у: *Odabrane teme obligacionog prava*, (ур.: Марија Караникић Мирић и Марко Ђурђевић), Универзитет у Београду – Правни факултет – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2020, 270 – 293.
14. Poux Victor, *Les droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être un outil au service d'une communauté? Réflexions à partir du droit français*, https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_50/Poux.pdf 08.04.2023.
15. Ramaekers Eveline, *What is Property Law*, *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2017, 588.
16. Smith E. Henry, Merrill W. Thomas, "Optimal Standardization in the Law of Property": The Numerus Clausus Principle, *Yale Law Journal* 1/2000.
17. Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, Номос, Београд 1996.

СУДСКА ПРАКСА

1. Пресуда Врховног суда Србије, Рев, 751/99 од 10. новембра 1999. године.

Prof. Dr. Dr. h.c. Dušan Nikolić

**TOWARDS A SYSTEM OF PROPERTY LAW:
A TREATISE ON PRINCIPLES**

Abstract: Contemporary Property law in most countries does not have the characteristics of a systemic entity. In the normative sense, it is incomplete, disjointed, incoherent and dysfunctional. A similar problem exists on the theoretical level. Legal doctrine, as well as legal regulation, lags behind social needs. Some fundamental questions concerning key concepts and even the very principles on which the system of Property law should be built remain unresolved.

In the Republic of Serbia, this problem has a special weight. Its scale is strikingly evidenced by the fact that legal gaps are filled by the application of legal rules contained in the Civil Code of 1844, which, officially, is not valid since 1945, and that students at state law faculties study the material of Property law from books that were last updated in 1993. (exactly thirty years ago).

The paper critically examines key differential principles: the principle of a limited number of types of property rights; the principle of typification of property rights; the principle of the absoluteness of property rights; the principle of publicity of property rights and the principle of determinacy of objects of property rights.

At the end of the paper, it was pointed out the need to reconsider the aforementioned principles and the need to harmonize them with changes in nature and society.

Keywords: Property law; system of Property law, principles of Property law.

** University of Novi Sad Faculty of Law

**ПОЈАМ И ЗАСТОЈ ЗАСТАРЕВАЊА
са освртом на решења Преднацрта грађанског законика из 2015.**

Др Илија Бабић*

***Апстракт:** У раду аутор одређује и анализира појам застарелости, подробније истражујући одредбе о застоју застарелости у ЗОО и Преднацрту Грађанског законика (Преднацрт ГЗ) из 2015.¹ применом више научних метода тумачења и сазнавања права.*

Застарелошћу престаје захтев у субјективном праву због тога што поверилац у одређеном року није захтевао испуњење обавезе. Нека облигациона права не застаревају, на пример, само право на издржавање изузев појединих оброка за издржавање и друго.

Преднацрт ГЗ у чл. 585–590 преузео је у целости институт застоја застарелости регулисан чл. 381–386 Закона о облигационим односима (ЗОО).² Застој застарелости настаје због законом одређеног разлога. Кад он наступи, застарелост не тече све док разлог постоји. Застарелост која је почела да тече престаје наступањем прописаног разлога, а наставља да тече његовим престанком. Време застарелости истекло пре наступања разлога који је изазвао застој сабира се са временом који наставља да тече.

* Редовни професор универзитета у пензији. Београд, Николаја Гогоља 98/VII; prof. ilijababic@gmail.com

¹ Влада Републике Србије, Београд 2015.

² „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, „Службени лист СРЈ“, број 31/93 и „Службени гласник РС“, број 18/20.

Аутор указује на погрешне тзв. маргиналне и друге одредбе ЗОО које је преузео Преднацрт ГЗ, оне које су данас неодговарајуће и предлаже да се још један разлог застоја унесе у Преднацрт ГЗ – ако је дужник оставилац.

Кључне речи: застарелост, застој застарелости, разлози застоја застарелости, несавладиве препреке и застој, застој у Преднацрту Грађанског законика.

I. ПОЈАМ ЗАСТАРЕЛОСТИ

Застарелост јесте престанак захтева у облигационом субјективном праву због његовог невршења у одређеном року.³ Институт застарелости санкционише пасивног повериоца што у одређеном року није захтевао испуњење обавезе, али и установљава правну сигурност за дужника – да поверилац против његове воље не може захтевати испуњење обавезе.⁴ Протеком времена губе се докази и о писаном правном послу, а ако је закључен усмено, уговорне стране и сведоци неретко заборављају његове битне састојке. Због тога је вођење поступка по тужби повериоца, после протекла дужег времена, све теже.⁵ Општи институт застарелости у облигационом праву уређен је одредбама чл. 360–393 ЗОО. Примењује се на све облигационе односе – уговоре, проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога и једностране изјаве воље. Посебним законима који регулишу поједине уговоре у привреди, меницу, чек, потраживања пореза и друго, могу бити одређени другачији рокови застарелости.

Застарева захтев на остварење чинидбе (*dare*, давање – преношење права својине на некој ствари; *facere*, чињење, свако друго дужничково поступање или пропуштање, и *praestare*, да одговара за штету), а не об-

³ Види члан 360 став 1 ЗОО. Застарелост не делује само у облигационом праву него и у другим гранама грађанског права – стварном и наследном. Време може деловати тако да неко постојеће право престане или остане без захтева у материјалном смислу – могућности судске заштите, као што је престанак права својине или стварне службености на ствари или престанак могућности да се судским путем захтева испуњење облигације.

⁴ Slakoper, Z., Skorup, V., O zastari i prekluziji kod Paulijanske tužbe, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2012, str. 315.

⁵ Raspor, A., *Zastara*, *Informator*, Zagreb 1982, str. 4.

лигационо право.⁶ Рок у коме је дужник дужан да испуни своју обавезу најчешће се одређује уговором, прописом, одлуком суда, судским поравнањем. Ако рок за испуњење није одређен, дужник долази у доцњу после истека рока који му је поверилац одредио позивајући га усмено или писмено, вансудском опоменом или започињањем неког поступка чија је сврха да се постигне испуњење обавезе (члан 324 став 2 ЗОО).

Застарелост почиње тећи првог дана кад је поверилац имао право да захтева испуњење обавезе, ако законом за поједине случајеве није што друго прописано. Ако се обавеза састоји у нечињењу, пропуштању или трпљењу, застарелост почиње тећи првог дана после дана кад је дужник поступио противно обавези (в.: члан 361 ЗОО). Правне стандарде из члана 361 ЗОО конкретизовала је судска пракса. Тако је Заједничка седница Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда 23. и 24. маја 1989. заузела начелни став: „Застарелост обавезе која се састоји у томе да се нешто не учини, да се пропусти или трпи, утврђене правноснажном судском одлуком, не тече док се дужник уздржава од радњи које представљају њену повреду (члан 361 став 2 Закона о облигационим односима).⁷ Судска пракса је, попуњавајући правну празнину, основано заузела став од када тече застарелост у случају накнаде неимовинске штете: „Застарелост потраживања накнаде нематеријалне штете за физичке болове почиње тећи од престанка болова, за страх од престанка страха, за душевне болове због умањења животне активности од завршетка лечења и сазнања за трајно умањење животне активности, за погоршање здравственог стања од дана сазнања за нову тежу последицу“.⁸

Стране у облигацији не могу правним послом предвидети да застарелост неће тећи или да важе други рокови застарелости од оних прописаним законом. Дужник се не може одрећи застарелости пре него што протекне време одређено за застарелост. Ако је застарелу обавезу дуж-

⁶ Водинелић В. В., *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета „Унион“ и Службени гласник, Београд 2012, стр. 523.

⁷ *Начелни ставови – правна схватања* (приредио Радованов, А.), Intermex, Београд 2004, одлука број 207.

⁸ Решење Врховног суда Србије, Рев. 1427/05 од 26. маја 2005, *Збирка сентени из грађанског права и грађанског процесног права – књига 1* (приредили Боранијашевић, В. и други), Службени гласник, Београд 2018, стр. 100. Видети и: Добросављевић, С., *Застарелост потраживања по чл. 376 ЗОО, Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 3/1977, стр. 43–47.

ник писмено признао, фингира се да се одрекао од застарелости. Дејство одрицања од застарелости потраживања (која је већ наступила) има давање залог – хипотеке,⁹ ручне залог (предаје се повериоцу у државину),¹⁰ конституисање регистарског заложног права¹¹ (члан 366 ЗОО) или давање неког другог средством обезбеђења (на пример: кауције, јемства и друго). Поверилац чије је потраживање обезбеђено залогом или хипотеком, после протекла рока застарелости, може намирити главно потраживање (не и споредна потраживања – камата и других повремених давања) само из оптерећене ствари, ако је држи у рукама или ако је његово право уписано у јавној књизи (члан 368 ЗОО). У случају да је поверилац против дужника поднео тужбу за испуњење потраживања, суд не води рачуна о застарелости по службеној дужности, а о овој чињеници не сме поучити туженог и када је он неука странка.

Општи рок застарелости траје десет година, ако није одређен други рок застарелости. Посебни рокове застарелости трају пет, три и једну годину (чл. 371–378 и 380).

За сва потраживања која су утврђена правноснажном судском или одлуком другог надлежног органа, или поравнањем пред судом или другим надлежним органом, важи посебан рок застарелости од десет година. То важи и за потраживања за која закон предвиђа краћи рок застарелости. Повремена потраживања која проистичу из таквих одлука или поравнања и доспевају убудуће, застаревају у року предвиђеном за застарелост повремених потраживања (члан 379 ЗОО). Питање је од када се рачуна рок застарелости потраживања у том случају – од дана правноснажности одлуке или од дана њене извршности. Из одредаба члана 43 Закона о извршењу и обезбеђењу (ЗИО)¹² проистиче да се рок застарелости мора рачунати од дана извршности, а не правноснажности судске и управне одлуке, као и јавнобележничке исправе. Уставни суд Србије, одлучујући по уставној жалби, у одлуци Уж. 11943/19 од 16. јуна 2022. заузео је став да: „Застарелост потраживања утврђеног одлуком

⁹ В.: чл. 3, 26, 29–42 Закона о хипотеци, „Службени гласник РС“, бр. 115/05, 60/15, 63/15 – Одлука УС и 83/15.

¹⁰ В.: чл. 966–996 ЗОО и члан 368 став 1 ЗОО.

¹¹ В.: чл. 9–14 Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар, „Службени гласник РС“, бр. 57/03, 61/05, 64/06 – испр, 99/11 – др. закони и 31/19.

¹² Службени гласник РС“, бр. 106/15, 106/16 – Аутентично тумачење, 113/17 – Аутентично тумачење, 54/19, 9/20 – Аутентично тумачење, 10/23 – други закон.

суда не може се рачунати од тренутка правноснажности одлуке суда, већ од тренутка њене извршности¹³.

У време када је припреман Преднацрт ГЗ, примењивао се Закон о јавном бележничтву (ЗЈБ)¹⁴ – в.: члан 182 ЗЈБ. Јавни бележник не доноси одлуке (осим ако му је поверено да донеси решења у оставинском поступку) а ни широким (екстензивним) тумачењем не може се уврстити у „други надлежни орган“ из члана 379 став 1 ЗОО.¹⁵ Својство извршне исправе имају судске одлуке или одлуке другог надлежног органа, или поравнањем пред судом или другим надлежним органом (члан 41 став 1 тач. 1, 2 и 7 ЗИО) али и јавнобележничке исправе које имају снагу извршне исправе (члан 41 став 1 тачка 6 ЗИО). Јавнобележнички запис и приватна исправа коју је солемнизовао јавни бележник имају снагу извршне исправе ако су сачињене у складу са одредбама ЗЈБ. Ове исправе морају садржати одређену обавезу на чинидбу о којој се странке могу споразумети и изричиту изјаву обавезаног лица о томе да се на основу те исправе може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење (в.: чл. 84–85 и 93–93г ЗЈБ). Оне се морају у Преднацрту ГЗ изједначити са правноснажним (и извршним) одлукама суда, одлуком другог надлежног органа или поравнањем пред судом или другим надлежним органом – тако да извршна потраживања утврђена исправом јавног бележника застаревају за десет година.

Време које је протекло у корист дужникових претходника (*accessio temporis*)¹⁶ рачуна се у време застарелости (члан 363 ЗОО). Стога правни следбеник (универзални или сингуларни) ранијег дужника може истицати све приговоре које је могао истицати и његов правни претходник те и приговор застарелости.¹⁷

¹³ Токови осигурања, бр. 1/2023, стр.154–156

¹⁴ „Службени гласник РС“, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/15, 106/15.

¹⁵ Appio Giunio M., Zastarijevanje tražbine, zastara i posljedice – opća i neka izabrana pitanja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 5-6/2012, стр. 1680.

¹⁶ В. потпуније: Бабић, И., *Лексикон облигационог права*, Службени гласник, Београд 2022, стр. 23.

¹⁷ Група аутора, *Коментар Закона о облигационим односима I* (редактори: Благојевић Б., Круљ В.), Савремена администрација, Београд 1980, стр. 836.

II. ПРАВА КОД КОЈИХ ЗАХТЕВ НЕ ЗАСТАРЕВА

Правило је да свако потраживање застарева изузев оних предвиђених законом. Не застаревају нека потраживања као што је само право на издржавање (члан 373 став 3 ЗОО) осим појединих obroка за издржавање (члан 379 став 2 ЗОО). Не наступа преклузија протеком рока у материјалном и процесном грађанском праву: право на подизање тужбе за поништење ништавог брака (члан 212 став 3 Породичног закона (ПЗ)),¹⁸ за подизање тужбе за поништење ништавих уговора (чл. 110 ЗОО), право наследника да захтева заоставштину (члан 221 став 1 Закона о наслеђивању – ЗН¹⁹), право на деобу наследства (члан 228 став 2 ЗН), право на деобу заједничке имовине брачних другова стечених радом током трајања брачне заједнице (члан 178 ПЗ), подношење предлога за уређење међа између суседних непокретности (члан 155 Закона о ванпарничном поступку – ЗВП²⁰), право сувласника на деобу ствари (има право да у свако време захтева деобу ствари, осим у време у које би та деоба била на штету других сувласника, ако законом није друкчије одређено)²¹ и друго.

Параграф 1481 Општег аустријског грађанског законика из 1811. (ОАГЗ) одређује: „Не могу застарети обавезе засноване на породичним и уопште личним правима, на пр. давати деци неопходно издржавање, као ни оне које се слажу с горе поменутих (пар. 1459) правом односно слободног располагања својом имовином, као на пр. обавеза да се подели каква заједничка ствар, или да се одреде границе“ – пар. 832, 850, 1208. Ово решење је, у скраћеном и непотпуном облику преузео, члан 925 Српског грађанског законика из 1844. (СГЗ): „Права супружничка, родитељска, дечија и друга лична права не могу застарити“.

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

¹⁹ „Службени лист РС“, бр. 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15.

²⁰ „Службени гласник РС“, бр. 25/82, 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.

²¹ Члан 16 ст. 1–3 Закона о основама својинскоправних односа (ЗОСПО) „Службени лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Службени лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Службени гласник РС“, бр. 115/2005 – други закон.

III. РАЗГРАНИЧЕЊЕ

У науци је оправдано запажено да не постоји пресумпција о природи неког рока. Ако закон неки рок значи као застарелост, тада је извесно да није реч о преклузији.²² Застарелост се разликује од преклузије и одржаја и по одредбама ЗОО: правила о застарелости не примењују се кад су у закону одређени рокови „у којима треба да се подигне тужба или да се изврши одређена радња под претњом губитка права“ (члан 370). Преклузија јесте губитак не само захтева за његову судску заштиту него и субјективног грађанског материјалног или процесног права због његовог невршења (непредузимања парничних или других радњи) у строгом року. Преклузивни рок постоји кад се нека правна радња може делотворно предузети само у оквирима прописаног рока.²³ Истеком преклузивног рока (осим ако не постоје разлози за враћање у пређашње стање – в.: чл. 109–114 Закона о парничном поступку – ЗПП²⁴) настаје извесност. За време течења овог рока не може наступити застој ни прекид рока. На преклузију, за разлику од застарелости, суд пази по службеној дужности (*ex officio*). Преклузија наступа не само код преображајних него и других права. Настаје истеком прописаних рокова у спору о утврђивању или оспоравању материнства или очинства (изузев за дете) – чл. 247–253 ПЗ; истеком рока у којем није поднесена тужба за сметање државине (члан 77 ЗОСПО); кад власник повласног добра (као ималац права службености) није три узастопне године вршио своје право (члан 58 став 1 ЗОСПО) и друго.

Преклузијом се губи грађанско право због тога што га њен ималац не врши у одређеном року (не би наступила да је ималац вршио и штитио своје право). Стога се разликује од фаталног рока. Фатални рок (*dies fatalis*) одређује се прописом, одлуком суда или вољом уговорних страна. Тече без прекида и не наступа прекид ни застој. Истеком овог (апсолутног, крајњег) рока, без обзира на то да ли је за то време вршена или није вршена његова садржина, грађанско право престаје по сили закона²⁵ (пример: рок трајања интелектуалних права, уговор о закупу у коме је трајање одређено и друго).

²² Водинелић V. V., *н. д.*, стр. 527.

²³ Vuković M., *Opći dio građanskog prava, knjiga II, Školska knjiga, Zagreb 1960*, стр. 219.

²⁴ „Службени гласник РС“, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20 и 10/23 – други закон.

²⁵ Водинелић V. V., *н. д.*, стр. 527–528.

На основу одржаја (*usucapio*) туђе индивидуално одређене ствари који је трајао одређено време савесни држалац (на оригинаран начин) стице на њој стварно право (најчешће право својине и право стварне службениости).²⁶ Истовремено, ранији власник губи право на тој ствари јер за прописано време није вршио стварноправна овлашћења (укључујући његову вансудску и судску заштиту) из садржине тог права. Одржај је установљен с циљем да се фактичка правна ситуација, после протекла одређеног времена, усклади са правом, а због тога је установљена и застарелост. Ово усклађивање с правом заснива се на правној извесности, али и начелу правичности. Ипак, у теорији се основано истиче да између застарелости и одржаја постоји материјална веза. Кад једно лице одржајем стекне право својине, ранији сопственик изгуби право својине застарелошћу. Одржај је узрок из кога проистиче последица – застарелост, док код потраживања настаје обрнута ситуација – застарелост на страни повериоца је узрок, а престанак захтева у праву (одговорности за дуг) на страни дужника.²⁷

IV. РИМСКО ПРАВО

Римско право није одредило општи појам застарелости те ни застој (обуставу) застарелости. Застарелост је била везана за застарелост тужби. За одређена права установљене су и одређене тужбе, али свако право се није могло остварити судским путем. Рокови застарелости за поједине тужбе били су различито одређени, а почињали су од дана кад је поверилац био овлашћен да своје потраживање остварује према дужнику (*actio nata*). Могли су се прекинути (по Јустинијановом праву, подизањем тужбе или признањем дуга) или је наступао застој кад наступе одређене околности. Уколико је застарелост прекинута, рок који је до наступања прекида протеклао не рачуна се. Рок почиње тећи изнова кад престану разлози за прекид.

Случајеви кад наступа застој одређени су зависно од врсте потраживања и тужби, као што је застој против недораслога, потраживање из права на мираз или потраживања против умрлог и његових наследника кад је „измолио *tempus deliberandi*“²⁸. *Tempus deliberandi* јесте рок за раз-

²⁶ В.: чл. 28–32. и члан 54 ЗОСПО; Ђорић, Д., *Време у праву*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2017, стр. 40.

²⁷ Vuković М., *н. д.*, стр. 221.

²⁸ Horvat, М., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1974, str. 356–357; Чубински М. А., О

мишљање (обично од сто дана) који је одређивао претор за захтев оставиоцевих поверилаца да би размислио да ли ће се примити наслеђа.²⁹

У случају да поверилац, коме дужник није платио доспели дуг, не поднесе тужбу у року који је за то одређен, више не може поднети тужбу. Због тога не престаје облигациони однос али је поверилац онемогућен да оствари своје право. Све тужбе су по *ius civile* неограниченог трајања и за њих није наступала застарелост, док су преторске тужбе углавном биле ограничене на једну годину. У периоду домината (почетак се везује за време ступања Диоклецијана на престо, 284. г. н. е.³⁰) конституцијама цара Хонорија и Теодосија II 424. одређено је, уопште, да све акције застаревају за тридесет година, осим оних које нису биле подвргнуте застари (нпр. *vindicatio libertatis*) или где је рок застарелости 40 година (тужбе у корист цркава, побожних задужбина).³¹

V. ПОЈАМ ЗАСТОЈА (*IMPEDIMENTA PRAESCRPTIONIS*)

Застој (обустава, спречавање) застарелости настаје због законом одређених разлога (чињеница).³² Ако наступи неки разлог застарелост не тече све док он постоји. У случају да је застарелост почела да тече, она престаје наступањем прописаног разлога, а наставља да тече престанком

застарелости у грађанском праву, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1927, стр. 24–27.

²⁹ Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb 1989, str. 351.

³⁰ Мојовић Н., *Римско право – Књига I, Историја римског права*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2008, стр. 534–536.

³¹ Horvat, M., *н. д.* стр. 356; Стојчевић, Д., *Римско облигационо право*, Завод за издавање уџбеника НРС, Београд 1960. стр. 148.

³² Посебни случајеви застоја предвиђени су и у парничном поступку. Тако, првостепени суд може да застане са поступком ако је поднесен предлог највишем суду одређене врсте за делегацију надлежности (чл. 62–64 Закона о парничном поступку – ЗПП), док решење о предлогу за повраћај у пређашње стање не буде правноснажно (члан 112 ЗПП); дужан је да застане с поступком у случају изузећа (чл. 68 став 2 ЗПП), кад установи да законски заступник лица под старатељством не показује потребну пажњу у заступању, док се не одреди други заступник (члан 79 став 4 ЗПП), у поступку за решавање спорног правног питања (члан 180 став 2 ЗПП), ако суд сматра да постоје законски услови за учествовање јавног тужиоца у поступку (члан 214 став 4 ЗПП), кад суд донесе решење којим не дозвољава поравнање странака (члан 336 став 5 ЗПП), ако се постојећи спор решава путем посредовања (члан 340 ЗПП, а у вези са чл. 3 и чл. 17–29 Закона о посредовању – медијацији, „Службени гласник РС“, бр. 55/14) и друго.

разлога које су изазвале застој. Време застарелости које је истекло пре наступања разлога који је изазвао застој рачуна се (прибраја се, сабира) са временом које почиње да тече (члан 384 ЗОО). Супротно томе, после прекида застаревање почиње тећи изнова, а време које је протекло пре прекида не рачуна се у законом прописани рок застарелости (члан 392 став 1 ЗОО).³³

VI. РАЗЛОЗИ ЗАСТОЈА

Разлози за застој застаревања прописани су императивним одредбама ЗОО (чл. 381–386), а застој настаје кад било који од њих наступи. Могу се разврстати на субјективне и објективне.³⁴ Субјективни разлози тичу се особина повериоца према коме тече застарелост (малолетан, пословно неспособан) или посебног односа који постоји између повериоца и дужника (брак, родитељско право и др.). Поделу разлога, који изазивају застој, ЗОО разврстава на потраживања између одређених лица у облигационом односу (независно од тога ко је поверилац а ко дужник) и потраживања лица која се нађу у прописаним околностима. Застој застарелости траје док постоје околности које су га изазвале.³⁵

1. Потраживања између одређених лица

1.1. Брак

Застарелост не тече између брачних другова. Брак је закључен кад матичар прогласи да је брак закључен (члан 302 став 4 ПЗ),³⁶ а престаје

³³ У члану 852 став 2 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888. (ОИЗ) истакнуто је: „Кад послје прекида застаре, она опет почиње тећи, никако се више оно вријеме не броји што је прије тога истекло (634): док спречење застаре доноси да се у одређени законом рок, рачуна све вријеме које је истекло и прије и послје спријечења, а само се оно вријеме не убраја за које је спријечење трајало (632).“

³⁴ Slakoper Z., Gorenc, V. uz saradnju Bukovac Puvača M., *Obvezno pravo – Opći dio (sklapanje, promjene i prestanak ugovora)*, Novi informator, Zagreb 2009, стр. 143.

³⁵ В. Станишић, С., *Облигационо право – књига прва*, Паневропски универзитет „Апеирон“, Бања Лука, Бања Лука 2019, стр.874.

³⁶ Закључење брака почиње радњама матичара: утврђивањем идентитета будућих брачних другова, објављивањем да су испуњени сви услови за закључење брака, упознавањем будућих брачних другова са правима и дужностима у браку те питањем

смрћу брачних другова, поништењем и разводом брака. Ако је донесена пресуда о разводу брака или о поништењу брака (због ништавости или рушљивости) брак престаје на дан правноснажности ове пресуде (члан 30 ПЗ). Пре него што се брак разведе, брачни другови, по правилу, прекидају заједницу живота, која може и дуже трајати. Застој у течењу рока застарелости траје, међутим, док не буде донета правноснажна пресуда о разводу или поништењу брака, независно од тога колико дуго траје прекид заједнице живота и поступак за развод брака пред судом.

Застој застарелости између брачних другова предвиђена је, на пример, у члану 2253 Француског грађанског законика из 1804 (ФГЗ), пар. 1495 Општег аустријског грађанског законика из 1811. (ОАГЗ), пар. 943 Српског грађанског законика из 1844. (СГЗ), пар. 204 Немачког грађанског законика из 1896. (НГЗ), те члану 134 став 1 тачка 3 Швајцарског грађанског законика из 1911. (ШвЗО).

1.2. Родитељско право

Застарелост не тече све док између родитеља и деце траје родитељско право, а они су у дужничко-поверилачком односу. Родитељско право изведено је из дужности родитеља (члан 67 ПЗ), а настаје рођењем детета или његовим усвојењем. Престаје кад дете: наврши 18. годину живота, стекне потпуну пословну способност пре пунолетства,³⁷ буде усвојено (чл. 88–109 ПЗ); када родитељ буде потпуно лишен родитељског права (чл. 81 ПЗ) и када умру дете или родитељ. Родитељско право не престаје родитељу када његово дете усвоји његов брачни друг (који му није родитељ) – члан 84 ПЗ. Породични закон предвиђа један облик усвојења – потпуно усвојење. Усвојењем се између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и његових сродника заснивају једнака права и дужности као између (природног) детета и родитеља односно других сродника (члан 104 ПЗ).

Застој у потраживањима „између родитеља и деце за време малолетства деце“ предвиђа члан 204 ФГЗ, пар. 1495 ОАГЗ, пар. 943 СГЗ, и

(матичара) упућеном свакоме од њих појединачно да ли слободно пристају да међусобно закључе брак. Тек после датих потврдних одговора будућих брачних другова матичар проглашава да је брак закључен (члан 302 ПЗ). В.: потпуније Бабић И., *Коментар Породичног закона*, Службени гласник, Београд 2020, стр. 801–80.

³⁷ Потпуна пословна способност стиче се и закључењем брака пре пунолетства уз дозволу суда (в.: чл. 11 ст. 2–4 и 23 став 2 ПЗ).

пар. 201 НГЗ, а члан 134 став 1 ШвЗО застој одређује „у погледу потраживања деце према њиховом оцу и мајци, за време док траје родитељска власт“.

1.3. Однос старатељства

Застарелост потраживања не тече између штићеника и његовог староца као и органа старатељства, за време трајања старатељства и док не буду положени рачуни. Орган старатељства доноси решење о стављању под старатељство детета без родитељског старања (малолетни штићеник) или пунолетног лица које је лишено пословне способности (пунолетни штићеник) – чл. 146–150 ПЗ. Истим решењем поставиће штићенику старатеља или ће одлучити (ако је то у интересу штићеника) да му не постави старатеља него да дужност старатеља орган старатељства врши непосредно преко свог стручњака, који у његово име обавља послове старатеља (в.: чл. 125–131 ПЗ). Старатељство је засновано правноснажношћу решења о стављању под старатељство и одређивањем старатеља, а престаје правноснажношћу решења о разрешењу старатеља односно о престанку старатељства у случајевима прописаним чланом 145 ПЗ (в.: чл. 333–337 ПЗ). Престанком старатељства застарелост не почиње тећи (или се не наставља) све док старатељ не поднесе завршни извештај и положи рачуне о свом раду (члан 142 ПЗ).

Однос старатељства је разлог за застој застаревања на основу члана 204 ФГЗ, пар. 1495 ОАГЗ, пар. 943 СГЗ, члана 134 став 1 тачка 2 ШвЗО те пар. 204 НГЗ.

1.4. Ванбрачна заједница

Застаревање потраживања не тече између лица у ванбрачној заједници док та заједница постоји. Члан 381 тачка 4 ЗОО односи се на ванбрачну заједницу која испуњава претпоставке прописане чланом 4 став 1 ПЗ (законска ванбрачна заједница): „Ванбрачна заједница је трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи (ванбрачни партнери)“ – члан 4 став 1 ПЗ. Правни стандард „трајнија заједница“ суд ће конкретизовати у сваком поједином случају.³⁸ Трајнија

³⁸ „Постојање или непостојање ванбрачне заједнице просуђује се према свим околностима односа ванбрачних другова при чему није неопходно да ванбрачни

заједница живота лица истог пола и постојање било које друге сметње за закључење брака не представља ванбрачну заједницу (чл. 17–24 ПЗ). Лица у ванбрачној заједници су она која би могла несметано да закључе брак али су успоставили трајнију заједницу живота.

2. Потраживања одређених лица

2.1. Лица на војној дужности и на одслужењу војног рока

Застарелост потраживања повериоца на војној дужности не тече (наступа застој) за време мобилизације, у случају непосредне ратне опасности или рата. Појам мобилизације тумачи се систематски заједно са одредбама Закона о Војсци Србије (ЗВС).³⁹ Мобилизација по обиму може бити општа (обухвата све) и делимична (обухвата део команди, јединица и установа Војске Србије те део средстава) – чл. 36–37 ЗВС. Поверилац може бити мобилисан (делимична мобилизација) и када не постоји непосредна ратна опасност или рат ради провере спремности за извршење мобилизације, извођења планираних вежби и припреме за одбрану (члан 38 ЗВС). Застој у току застарелости потраживања настаје не само према мобилисаним војним лицима него и цивилним лицима на служби у Војсци Србије (в.: чл. 122 ЗВС). Застарелост не тече од дана када је проглашена општа мобилизација јавним оглашавањем, а ако је повериоцу упућен појединачни позив, од дана када је обавезан да се јави команди односно јединици.

Застарелост према лицу на одслужењу војног рока или на војној вежби несметано тече. Почевши од одслужења војног рока или престанка војне вежбе настаје застој који траје три месеца, у коме поверилац може остварити своје право. Наслов који претходи члану 386 ЗОО, „Потраживање према лицу на одслужењу војног рока“, стога је погрешно формулисана.⁴⁰ Из овог израза проистиче да се штити дужник на одслужењу војног рока, а не поверилац, како је то очевидно из члан 386 ЗОО.

други стално заједно станују у истом мјесту“ (Врховни суд Хрватске, Рев–2086/85 од 5. 12. 1985, Бабић И., *Коментар Породичног закона*, Службени гласник, Београд 2013, стр. 55.

³⁹ „Службени гласник РС“, бр. 116/07, 88/09, 101/10 – други закон, 10/15, 88/15 – одлука УС, 36/18, 94/19 и 74/21 – одлука УС.

⁴⁰ В.: Група аутора, *н. д.*, стр. 861.

Параграф 1496 ОАГЗ застој застаревања предвиђа „због грађанске или војничке службе“.

2.2. Лица на раду („запослена“) у туђем домаћинству

Застаревање не тече „у погледу потраживања која имају лица запослена у туђем домаћинству према послодавцу или члановима његове породице који заједно са њима живе, све док тај радни однос траје“ (члан 382 тачка 2 ЗОО). Застој у течењу рока настаје за потраживања лица „запосленог у туђем домаћинству“, али не и за потраживања које послодавац и чланови његове породице имају према том лицу. Према једном мишљењу, ове одредбе о застоју односе се на запослене „у занатској радњи и сл.“.⁴¹ Друго слично мишљење истиче да израз „у туђем домаћинству“ треба тумачити у ширем смислу „па њиме обухватити и господарство, али не ићи у том тумачењу прешироко, толико да би се обухватиле и обртничке или какве друге радионице“, а застој настаје ако је поверилац „у радном односу с послодавцем и да је запослен у његову домаћинству“.⁴² Треће мишљење под запосленошћу у туђем домаћинству сматра стварни однос „без обзира на то је ли радни однос уређен сукладно постојећим прописима о радним односима, или неким другим уговором о служби и сл.“ те да је неважно за застој да ли потраживање потиче из уговора о раду, дјелу или из сличног уговора.⁴³

У време кад је донесен и ступио на снагу (1. 10. 1978) ЗОО одредбе о застоју застаревања за лица „запослена у туђем домаћинству“ односиле су се првенствено на „кућне помоћнице“ и друга лица (куваре, баштоване и др.) који су, неретко, и становали у туђем домаћинству. Изрази „запослени у туђем домаћинству“ и „радни однос“ наведени у члану 382 тачка 2 ЗОО односиле су се и на случајеве када су ова лица заснивала радни однос са послодавцем, што се догађало изузетно. Закон о раду (ЗР)⁴⁴ предвиђа да се радни однос може засновати за обављање послова кућног помоћног особља. Уговором о раду може да се уговори исплата дела зараде и у натури (као што је обезбеђење становања и исхране

⁴¹ Група аутора, *н. д.*, стр. 859.

⁴² Raspog, A., *н. д.* стр. 101.

⁴³ Slakoper Z., Gorenc, V. uz saradnju Bukovac Puvaca M., *н. д.*, стр. 144.

⁴⁴ „Службени гласник РС“ бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – одлука УС, 113/17, 95/18 – Аутентично тумачење.

или становања или исхране) – члан 45 ЗР.⁴⁵ Уговор о раду закључује се у писаном облику пре ступања запосленог на рад и садржи прописане састојке прописане чл. 31 став 1 и 33 ЗР. Ако се, у складу са ЗР, закључује уговор о раду (и о обављању послова кућног помоћног особља) не примењују се одредбе о застоју застарелости потраживања из члана 382 тачка 2 ЗОО. Према одредбама члана 196 ЗР, сва новчана потраживања из радног односа застаревају у року од три године од дана настанка обавезе. Постојање радног односа, на основу писаног уговора о раду, и кад се рад обавља у туђој породици, није разлог за застој застарелости. Ако би се прихватио став да настаје застој чим је заснован радни однос у туђем домаћинству (по наведеним мишљењима, то би могао бити и предузетник⁴⁶) тада би застарелост почела тећи тек када је такав радни однос престао, без обзира на то колико је трајао.

Застој застарелости из члана 382 тачка 2 ЗОО настаје само у ситуацији када је усмено или било којој форми закључен уговор о делу (в.: члан 600 ЗОО) на основу кога посленик („запослени“) обавља послове у туђем домаћинству, а није закључен уговор о раду. Ако је закључен уговор о раду, тада се на ову правну ситуацију примењује ЗР, колективни уговори, други општи акти и уговор о раду.

Решење у члану 382 тачка 2 ЗОО преузето је из члана 134 став 1 тачка 4 ШвЗО.

3. Несавладиве препреке

Овај правни стандард настао је из правила римског права *Contra non valentem agere non currit praescriptio* – Sec. C. J – 7, 35, 4 (Застарелост не тече против лица које не може да води спор).⁴⁷ Према решењу усвојеном у члану 383 ЗОО, застој застаревања настаје „за све време за које повериоцу није било могуће због несавладивих препрека да судским путем захтева испуњење обавезе.“ То могу бити и општепознате чињенице које се не доказују (члан 230 став 4 Закона о парничном поступку –

⁴⁵ Овај уговор о раду не може да се закључи са супружником, усвојоцем или усвојеником, крвним сродником у правој линији без обзира на степен сродства и у побочној линији до другог степена сродства и са тазбинским сродником до другог степена сродства (члан 46 став 7 ЗР).

⁴⁶ О предузетнику в.: чл. 83–92 Закона о привредним друштвима.

⁴⁷ Стојчевић, Д., Ромац А., *Dicta et regulae iuris*, Савремена администрација, Београд 1989, стр. 100.

ЗПП⁴⁸). Терет доказивања несавладивих препрека које нису општепознате сноси поверилац (в.: чл. 231 ЗПП). Немогућност да поверилац захтева испуњење обавезе због несавладивих препрека могу бити објективне и субјективне. Несавладива објективна препрека првенствено јесте виша сила као што је поплава, земљотрес и друго.⁴⁹

Оправдано се истиче да се израз „судским путем“ тумачи тако да застој настаје и за потраживања која се остварују и пред другим органима (а не само пред судом).⁵⁰ Основ за широко (екстензивно) тумачење произлази из чл. 379 и 388 ЗОО. Члан 379 став 1 прописује да сва потраживања која су утврђена правноснажном судском или одлуком другог надлежног органа, или поравнањем пред судом или другим надлежним органом, застаревају за десет година, па и она за која закон иначе предвиђа краћи рок застарелости. Такође, члан 388 ЗОО предвиђа да се подизањем тужбе и сваком другом повериочевом радњом предузетом против дужника пред судом или другим надлежним органом, у циљу утврђивања, обезбеђења или остварења потраживања, прекида застаревање. Стога је у члану 383 ЗОО грешком изостављен израз „и другим надлежним органом“.

Застој у току рока застарелости настаје ако запослени због несавладивих препрека пред Фондом солидарности није могао да остварује зараду и накнаду зараде за последњих девет месеци пре отварања стецајног поступка (в.: чл. 125–126 и 139–144 ЗР). За штету коју својим незаконитим или неправилним радом Војска Србије проузрокује физичким и правним лицима одговара Република Србија (члан 28 ЗВС). Ако је оштећено лице поднело захтев за обештећење ван спора Војном правобранилаштву или другом надлежном органу, и у овој правној ситуацији настаје застој. Застој траје за време за које поверилац није могао, због несавладивих препрека, да захтева пред тим органом испуњење обавезе (в.: чл. 172–174 ЗВС).

⁴⁸ „Службени гласник РС“, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС, 55/14, 87/18, 18/20 и 10/23 – други закон.

⁴⁹ Тако је својство више силе због које није радио Основни суд у Обреновцу имала поплава у мају 2014. као општепозната чињеница. То је био разлог за застој застаревања све док тај суд (стварно и месно надлежан за поступање по тужбама поверилаца) није почео рад. Карактер више силе могу имати и друге непогоде (земљотрес, пожар и друго) изван сфере коју контролише поверилац чије дејство није могао предвидети, избећи или отклонити а које су га онемогућиле „да судским путем захтева испуњење обавезе од дужника.“

⁵⁰ Група аутора, *н. д.*, стр. 859; Raspor, *А., н. д.*, стр. 101.

Према пар. 1496 ОАГЗ, застој застарелости настаје „ако је сасвим престало вршење правосуђа, на пр. у време рата или куге“, а то решење преузео је и пар. 944 СГЗ: „Кад суда у земљи не би било, као у ратно или кужно време, нема ни почетка ни наставка за застарелост.“ Члан 848 ОИЗ одређује да застој („спречење“) „настаје у случају кад онај против кога је одржај не може ради озбиљна узрока, да судом своје право заштити“. Параграф 203 НГЗ прописује да застарелост не тече док овлашћеник услед обуставе правосуђа унутар последњих шест месеци застарног рока не може остварити своје право, и ако је застој проузрокован вишом силом. Члан 134 став 1 тачка 6 ШВЗО садржи још уопштенији правни стандард, да застарелост не тече, а ако је почела да она застаје „за време док се наплата потраживања не може остваривати пред швајцарским судом“.

4. Потраживања пословно неспособних лица

Члан 385 ЗОО штити малолетна и друга пословно неспособна лица од последица наступања застарелости њихових потраживања. Овом члану претходи поднаслов који, међутим, гласи: „Потраживања према пословно неспособним лицима и њихова потраживања“. Проистиче да се овим чланом штити пословно неспособни дужник, иако застарелост штити дужника, а не повериоца. Поднаслов је у супротности са садржином члана 385 ЗОО, а што је пре више деценија истакнуто у теорији.⁵¹

Застарелост потраживања тече „и према малолетнику и другом пословно неспособном лицу“ (члан 385 став 1 ЗОО). Ова уопштена одредба не обухвата све правне ситуације. Пунолетство се стиче са навршеном 18. годином живота. Све до тада физичко лице се назива дететом – док не наврши 14. годину живота он је млађи малолетник, а ако је дете навршило 14. годину живота, све до пунолетства, старији малолетник. Дете које је навршило 15. годину живота може предузимати правне послове којима управља и располаже својом зарадом или имовином коју је стекло сопственим радом. На ове правне послове не примењују се одредбе члана 385 ЗОО као и на малолетно лице старије од 16, а млађе од 18 година, коме је правноснажним решењем дозвољено закључење брака јер је тиме стекло потпуну правну способност али не и пунолетство (в.: чл. 11, 23 и 64 ПЗ).

⁵¹ Група аутора, *н. д.*, стр. 859; Raspor, А., *н. д.*, стр. 103.

Застарелост потраживања малолетника који није стекао пословну способност и пунолетног лица које је потпуно или делимично лишено пословне способности – изузев послова које може на основу решења суда самостално предузимати (в.: чл. 146–1150. ПЗ) – а немају заступника, не може наступити док не протекну две године од када су постали потпуно пословно способни или добили заступника. Ако је за застарелост потраживања одређено краће време од две године, а наведена лица немају заступника, застарелост почиње тећи од када су та лица постала пословно способна или су добили заступника (члан 385 став 3 ЗОО).

Слично решење као члан 285 ЗОО предвиђено је у пар. 942 СГЗ: „Против оних особа, које због недостатка сила душевних своја права сами заступати не могу, као што су: младолетни, згранути или луди, не може се застарелости време ни започети, ако немају законог заступника. Но и у том случају не може се пре навршити време застарелости, док не прођу две године после получених сила душевних“. Параграф 206 НГЗ предвиђа да се у тим ситуацијама не може застарелост које је против ових лица у току „завршити пре истека од шест месеци од тренутка, у коме је лице постало неограничено пословно способно или од када имају заступника, а ако је рок застарелости краћи од шест месеци за застарелост важи овај рок од шест месеци“.

Кад наступа застој против малолетника и лица лишених пословне способности в.: члан 2252, а у вези са чланом 2278 ФГЗ.

5. Солидарност дужника

Уколико је настао застој застаревања према једном дужнику солидарне обавезе, застарелост тече за остале солидарне дужнике и може се навршити. Дужници у солидарној обавези чија обавеза није застарела не могу основано истицати приговор застарелости ако је према осталим солидарним дужницима обавеза застарела. Ако поверилац тужи солидарног дужника чија обавеза није застарела, дужан је да је у целости испуни. У том случају има право да захтева од осталих дужника према којима је обавеза застарела да му накнаде сваки свој део обавезе (члан 422 став 1 ЗОО).

VII. КРИТИКА ПОЈЕДИНИХ РЕШЕЊА ПРЕДНАЦРТА ГЗ О ЗАСТАРЕЛОСТИ

Преднацрт ГЗ је застој застаревања регулисао чл. 585–590 тако што је у целости преузео одредбе чл. 381–386 ЗОО. У члану 586 Преднацрта ГЗ додата је тачка 3, да застарелост не тече „у случајевима предвиђеним посебним законом“ (и без ове додате тачке посебан закон искључује примену општег – *Lex specialis derogat legi generali*), а за члан 590 Преднацрта ГЗ предложена је неприхватљива алтернатива да се он брише!?

Иако је Преднацрт ГЗ, углавном, преузео решења из ЗОО, нажалост из њега није преузео нумерацију ставова и тачака унутар појединог члана (ако има два и више ставова односно тачака). То важи и за одредбе које уређују институт застарелости. Нумерација ставова и тачака у оквиру члана чини текст закона јаснијим, систематичнијим те олакшава практичару претрагу његовог текста те би је требало унети у цео текст Преднацрта ГЗ.

Члан 586 тачка 2 Преднацрта ГЗ (преузет из члана 382 тачка 2 ЗОО) данас није одговарајућа с обзиром на корените промене правног система који је важио у време доношења и ступања на снагу ЗОО. Радни однос („запослење“) уређен је Законом о раду. Заступање наступа само за случај када је усмено или било којој форми закључен уговор о делу на основу кога посленик обавља послове у туђем домаћинству, а није закључен уговор о раду. Ако је закључен уговор о раду, тада се на ову правну ситуацију примењује Закон о раду, колективни уговори, други општи акти и уговор о раду.

У члану 587 Преднацрта ГЗ (преузет из члана 383 ЗОО) грешком је изостављен израз „и другим надлежним органом“ који је правилно наведен у члану 592 Преднацрта ГЗ (преузет из члана 388 ЗОО), а уређује прекид застаревања подизањем тужбе. Ову синтагму потребно је унети у члан 592 Преднацрта ГЗ.

Члан 584 Преднацрта ГЗ потребно је допунити одредбама да извршна потраживања утврђена исправом јавног бележника застаревају за десет година. Уговор и остали облигациони односи, по правилу, стварају права и обавезе између уговорних страна, а делују и на универзалне правне следбенике (в: чл. 148 ЗОО). Заоставштина (права подобна за наслеђивање) прелази по сили закона на оставиочеве наследнике у тренутку његове смрти. Наследник одговара за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене заоставштине. Повериоци оставиоचेви могу

у року од три месеца од дана отварања наслеђа захтевати да се заоставштина одвоји од имовине наследника (в. чл. 2 став 2, 212, 222 и 225 Закона о наслеђивању – ЗН). Неретко повериоци у тако кратком року и не сазнају да је оставилац умро. Оставински поступак траје понекад и више година, тако да повериоци оставиоца нису у могућности да сазнају која су лица наследници (неки се могу одрећи наслеђа, бити у целости лишени или искључени из нужног наследног дела или недостојни) све док не буде донесено решење о наслеђивању.

Стога би у Преднацрт ГЗ требало унети још један разлог за застој застарелости потраживања – наступао би у моменту смрти дужника (оставиоца) све док не буде донесено правноснажно решење о наслеђивању. У том тренутку познато је која лица јесу наследници (дужници) и против којих повериоци могу поднети тужбу.

Поднаслов који претходи члану 589 Преднацрта ГЗ гласи: „Потраживања према пословно неспособним лицима и њихова потраживања“. Из њега проистиче да се штити пословно неспособни дужник, иако застарелост штити дужника, а не повериоца. Поднаслов је у супротности са садржином члана 589 ЗОО, а требало би да гласи: Потраживања пословно неспособних лица. Ставови 2 и 3 овог члана потребно је јасније формулисати с обзиром на то да малолетна лица, по дозволи суда, са навршених 16 година живота еманципацијом стичу потпуну пословну способност али остају малолетна.

Поднаслов који претходи члану 589 Преднацрта ГЗ требало би да гласи: Потраживања пословно неспособних лица, а ст. 2 и 3 тог члана:

(2) Застарелост потраживања малолетника који није стекао пословну способност и пунолетног лица које је потпуно или делимично лишено пословне способности – изузев послова које могу самостално предузимати – а немају заступника, не може наступити док не протекну две године од када су постали потпуно пословно способни или добили заступника.

(3) Ако је за застарелост потраживања одређено краће време од две године, а лица наведена у ставу 2 овог члана немају заступника, застарелост почиње тећи од када су та лица постала пословно способна или су добила заступника.

Поднаслов који претходи члану 590 Преднацрта ГЗ, „Потраживање према лицу на одслужењу војног рока“, погрешно је формулисана. Из њега произлази да се штити дужник на одслужењу војног рока, а не поверилац, што је у супротности са садржином члана 590 Преднацрта ГЗ.

ЛИТЕРАТУРА

1. Appio Giunio M., „Zastarijevanje tražbine, zastara i posljedice – opća i neka izabrana pitanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 5-6/2012.
2. Бабић И., *Коментар Породичног закона*, Службени гласник, Београд 2013.
3. Бабић И., *Лексикон облигационог права*, Службени гласник, Београд 2022.
4. Водинелић, В. В., *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета „Унион“ и Службени гласник, Београд 2012.
5. Vuković, M., *Opći dio građanskog prava, knjiga II*, Školska knjiga, Zagreb 1960.
6. Група аутора, *Коментар Закона о облигационим односима I* (редактори: Благојевић Б., Круљ В), Савремена администрација, Београд 1980.
7. Добросављевић, С., „Застарелост потраживања по чл. 376. ЗОО“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 3/1977.
8. Мојовић, Н., *Римско право – Књига I, Историја римског права*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2008.
9. Raspor, A., *Zastara*, *Informator*, Zagreb 1982.
10. Радованов, А., *Начелни ставови – правна схватања Intermex*, Београд 2004.
11. Ромас, А., *Rječnik rimskog prava*, *Informator*, Zagreb 1989.
12. Slakoper, Z., Skorup, V., О zastari i prekluziji kod Paulijanske tužbe, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2012.
13. Slakoper Z., Gorenc, V. uz saradnju Bukovac Puvača M., *Obvezno pravo – Opći dio (sklapanje, promjene i prestanak ugovora)*, *Novi informator*, Zagreb 2009.
14. Станишић, С., *Облигационо право – књига прва*, Паневропски универзитет „Апеирон“, Бања Лука, Бања Лука 2019.
15. Стојчевић, Д., Ромац А., *Dicta et regulae iuris*, Савремена администрација, Београд 1989.
16. Стојчевић, Д., *Римско облигационо право*, Завод за издавање уџбеника НРС, Београд 1960.
17. Ђорић Д., *Време у праву*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2017.

18. Horvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1974.
19. Чубински, М. А., *О застарелости у грађанском праву*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1927.

Ија Бабић, PhD*

**THE CONCEPT AND SUSPENSION
OF THE STATUTE OF LIMITATIONS
With reference to the Preliminary
Draft of the Serbian Civil Code 2015**

CONCLUSION

The Preliminary Draft of the Serbian Civil Code 2015 (arts. 585–590) took over in its entirety the provisions of arts. 381–386 of the Law of Contract and Torts on suspension of the statute of limitations, along with some errors (in the marginal provisions preceding arts. 589 and 590). Unfortunately, numbered subdivisions (paragraphs and points) within individual articles were not taken over from the Law of Contract and Torts.

Art. 584 of the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code should be supplemented with the provisions that enforceable claims established by a notarized document expire (also) in ten years (in accordance with the Serbian Law on Public Notaries and Law on Enforcement and Security Interest). Art. 586, point 2, should be harmonized with the provisions of the Serbian Employment Act. The expression that suspension occurs not only when, due to insurmountable obstacles, the fulfilment of the obligation cannot be demanded through the court, but “and (or) by another competent authority” should be added in art. 587. Furthermore, art. 589 (paras. 2 and 3) of the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code has to be harmonized with the Family Law.

Suspension of the limitation period should be also provided in *the event of a debtor’s* (testator) death until a legally binding decision on inheritance is passed and the heirs (debtors) become known, so that in case of non-payment, the creditors could file a lawsuit against them.

** Retired Professor of the University

UGOVOR O NAJMU JAHTE I BRODICE (NOVI UGOVOR HRVATSKOG POMORSKOG PRAVA)

Dr. sc. Dragan Bolanča¹

Apstrakt: *Hrvatski Pomorski zakonik regulira ugovor o najmu jahte i brodice kao novi dominantni ugovor hrvatskog pomorskog prava. Cilj je ovog rada utvrditi točan sadržaj, opseg i doseg pojedinih prava, obveza i odgovornosti ugovornih stranaka. Autor zaključuje da nova zakonska rješenja osiguravaju veću pravnu sigurnost, predvidivost pravne zaštite u slučaju spora i ujednačenost pravne prakse.*

Ključne riječi: *Republika Hrvatska, ugovor o najmu jahte i brodice.*

1. U V O D

Novi *Pomorski zakonik* Republike Hrvatske (dalje – PZ '04)² stupio je na snagu 29. prosinca 2004. godine. *Ratio* pojavljivanja novoga zakonodavnog akta (svega 10 godina nakon donošenja starog) uvjetovali su mnogobrojni razlozi: potreba usklađivanja hrvatskog pomorskog prava s međunarodnim konvencijama koje su usvojene prije i nakon 1994. godine (a koje je Republika Hrvatska u međuvremenu ratificirala), izdvajanje materije pomorskog dobra iz Pomorskog zakonika i uređivanje posebnim *Zakonom o pomorskom*

¹ Redoviti profesor u trajnom zvanju Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu

² Vidi "Narodne novine RH", br. 181/04. Stupanjem na snagu PZ-a '04. prestao je važiti stari Pomorski zakonik iz 1994. godine ("Narodne novine RH", br. 17/94, 74/94 i 43/96.).

dobru i morskim lukama iz 2003. godine,³ usavršavanje sustava pravnih pravila o stvarnim pravima na brodu, te postupku ovrhe i osiguranja na brodu i teretu, olakšavanje poslovanja hrvatskih brodarskih tvrtki i poboljšavanje pravnog položaja naših pomoraca u slučaju štete u vidu povrede tjelesnog integriteta ili narušenja zdravlja.⁴ Nadalje, tekst novog zakonika usklađen je s

³ „Narodne novine RH”, br. 158/03, 100/04, 141/06, 38/09. Poblže o navedenom zakonu vidi: Dragan Bolanča, *Osnovne značajke Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama iz 2003 godine*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1-2, 2004, str. 55–85; Branko Kundih, *Hrvatsko pomorsko dobro u teoriji i praksi*, Hrvatski hidrografski institut, Rijeka, 2005, str. 7–267.

⁴ Vidi Zbornik radova sa savjetovanja “Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava”, Rijeka, 2005; Igor Vio, *Predgovor*, str. 7–8; Dorotea Ćorić, *Novi Pomorski zakonik*, str. 9–28, Maja Markovčić Kostelac, *Sigurnost plovidbe u novom Pomorskom zakoniku*, str. 29–36; Srđan Šimac, *Odgovornost za štetu nastalu zbog tjelesne ozljede, smrti ili narušena zdravlja člana posade broda prema novom Pomorskom zakoniku*, str. 37–56; Siniša Prnjak, *Postupak upisa u upisnik jahti i očevidnik brodice*, str. 57–64; Jasenko Marin, *Novo pravno uređenje hipoteke na brodu*, str. 65–81; Zoran Tasić, *Pomorski privilegiji u kontekstu novog Pomorskog zakonika*, str. 83–86; Petar Kragić, *Utjecaj novina u Pomorskom zakoniku na poslovanje hrvatskih brodara*, str. 87–101; Dragan Bolanča, *Ugovor o prijevozu stvari morem – glavne novine iz Pomorskog zakonika 2004. godine*, str. 103–106; Marija Pospišil-Miler, *Granice odgovornosti pomorskog prijevoznika za smrt i ozljede putnika po novom Pomorskom zakoniku u odnosu na rješenja na međunarodnoj razini*, str. 107–127; Drago Pavić, *Ugovor o pomorskom osiguranju*, str. 129–143; Gordan Stanković, *Ovrha i osiguranje na brodu i teretu – novosti u svjetlu novog Pomorskog zakonika*, str. 145–161; Vesna Tomljenović, *Odredbe Pomorskog zakonika o mjerodavnom pravu i nadležnosti sudova Republike Hrvatske*, str. 163–187; Ranka Petrinović, *Spašavanje u funkciji zaštite okoliša s posebnim osvrtom na mjesto zakloništa*, str. 203–220; Axel Luttenberger, *Postignuća Zakona o sigurnosnoj zaštiti trgovačkih brodova i luka otvorenih za međunarodni promet*, str. 221–231. O novom Pomorskom zakoniku vidi također Ivo Grabovac, *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Književni krug, Split, 2005, str. 7–243; Axel Luttenberger, *Pomorsko upravno pravo*, Pomorski fakultet, Rijeka, 2005, str. 13–228; Drago Pavić, *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug, Split, 2006, str. 29–534; Ivo Grabovac, Ranka Petrinović, *Pomorsko pravo (pomorsko javno, upravno i radno pravo)*, Pomorski fakultet, Split, 2006, str. 1–254; Branka Milošević Pujo, *Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji)*, Sveučilište u Dubrovniku, 2006, str. 11–186; Drago Pavić, *Ugovorno pravo osiguranja (komentar zakonskih odredaba)*, Tectus, Zagreb, 2009, str. 385–630; Drago Pavić, *Pomorsko osiguranje (pravo i praksa)*, Književni krug, Split, 2012, str. 46–271; Dragan Bolanča, *Protection and Preservation of the Marine Environment in the Republic of Croatia (national legislation, international legislation and EU law)*, Megatrend revija, Beograd, br. 3, 2012, str. 23–34; Dragan Bolanča, *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015, str. 5 i dalje; Dragan Bolanča, *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, 2016, str. 6–245.

mnogobrojnim propisima Europske unije iz područja pomorstva⁵ i predstavljao je osnovni pravni okvir za nastavak procesa harmonizacije donošenjem posebnih podzakonskih propisa. Stoga je u međuvremenu osnovni zakonski tekst iz 2004. godine promijenjen šest puta.

Prva zakonodavna promjena uslijedila je donošenjem *Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika* koji je stupio je na snagu dana 31. srpnja 2007.⁶ Druga izmjena PZ-a '04. izvršena je donošenjem *Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika* koji je stupio je na snagu dana 25. prosinca 2008. godine.⁷ Hrvatski zakonodavac treći put mijenja PZ '04. *Zakonom o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika* koji je stupio na snagu dana 11. lipnja 2011. godine.⁸ Četvrta promjena PZ-a '04. nastupila je donošenjem *Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika* koji je stupio je na snagu dana 18. svibnja 2013. god.⁹ Još jedna promjena (peta) bila je kod donošenja *Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika* 2015. godine (stupio na snagu 15. ožujka te godine).¹⁰ Šesta i zadnja promjena uslijedila

⁵ Potpisivanjem *Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica* i naše države u listopadu 2001. god., Republika Hrvatska je preuzela obvezu da svoje zakonodavstvo (uključujući pomorsko) uskladi s pravnom stečevinom (fran. *acquis communautaire*, engl. *community patrimony*, njem. *gemeinschaftlicher Besitzstand*) Europske unije. O značaju prava Europske unije na pomorsko pravo vidi Jan Lopuski, *Maritime Law in the XXI Century: Tradition, Modernity, Rationality*, "Revista Europea de Derecho de la Navegacion Maritima y Aeronautica", Barcelona, br. 20, 2004, str. 297; Igor Vio, *Maritime Safety: Croatian Legal Framework*, Collection of Articles „Maritime Safety in Europe - A Comparative Approach” (ed. by Justyna Nawrot and Zuzanna Peplowska Dabrowska), Informa Law from Routledge, New York, 2021, str. 81.

⁶ Vidi "Narodne novine RH", br. 76/07. Poblžiše o tom zakonu vidi Dragan Bolanča, Petra Amižić, *Novi Pomorski zakonik Republike Hrvatske i pitanje unifikacije pomorskog prava*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1, 2007, str. 41–51; Dragan Bolanča, Željka Primorac, *Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2007*, "Pravo u gospodarstvu", Zagreb, br. 5, 2008, str. 1007–1017.

⁷ Vidi "Narodne novine RH", br. 146/08. Više Dragan Bolanča, *Pravna stečevina Europske unije i hrvatsko pomorsko pravo*, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928–2008), Novi informator, Zagreb, 2009, str. 748–751.

⁸ Vidi "Narodne novine RH", br. 61/11. Poblžiše Dragan Bolanča, *Sigurnost plovidbe u Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske i pravna stečevina Europske unije*, Zbornik radova "In memoriam prof. dr. sc. Vjekoslav Šmid – Rab 2010–2012", Split, 2012, str. 23–36.

⁹ Vidi "Narodne novine RH", br. 56/13. Opširnije Dragan Bolanča, *Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2013. godine*, Zbornik radova "In memoriam prof. dr.s.c. Vjekoslav Šmid", Rab, 2014, str. 10–26.

¹⁰ Vidi "Narodne novine RH", br. 26/15. Poblžiše Dragan Bolanča, *Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2015. godine*, Zbornik radova

je donošenjem *Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika*, koji je stupio na snagu dana 28. veljače 2019. godine.¹¹

Ova je zakonodavna promjena posebno je značajna, jer je u hrvatski pomorskopравни okvir uvela dva nova dominantna ugovora: ugovor o najmu jahte i brodice i ugovor o nautičkom vezu.¹² U ovom će se radu analizirati ugovor o najmu jahte i brodice (čl. 673.a–673.i PZ-a '04).¹³ Prijevoz osoba jahtom¹⁴ ili brodicom¹⁵ u unutarnjim morskim vodama¹⁶ i teritorijalnom moru¹⁷ Republike Hrvatske uz naknadu, odnosno obavljanje djelatnosti iznajmljivanja jahti ili brodice sa ili bez posade (charter), može se obavljati uz uvjete i na način uređen posebnim propisom koji donosi ministar pomorstva uz suglasnost ministra nadležnog za turizam (čl. 9.a PZ-a). Taj poseban propis je *Pravilnik o uvjetima za obavljanje djelatnosti iznajmljivanja plovila sa ili bez posade i pružanje usluge smještaja gostiju na plovilu* (dalje – *Pravilnik o iznajmljivanju plovila*).¹⁸

“Suvremeni izazovi pomorske plovidbe”, Split, 2016, str. 61–84.

¹¹ 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.

¹² Detaljnije o ugovoru o nautičkom vezu Dragan Bolanča, Silvija Petrić, *Ugovor o nautičkom vezu kao novi ugovor hrvatskog prava*, “Pravna riječ”, Banja Luka, br. 22, str. 302–317.

¹³ Opširnije Ranka Petrinović, Vesna Skorupan Wolff, *Yacht Charter Party Agreement According to Croatian Law*, „Book of Proceedings - 8th International Maritime Science Conference”, Kotor, 2019, str. 505.

¹⁴ Jahta jest plovni objekt za sport i razonodu, neovisno koristi li se za osobne potrebe ili za gospodarsku djelatnost, a čija je duljina veća od 15 metara i koji je namijenjen za dulji boravak na moru, te koji je osim posade ovlašten prevoziti do 12 putnika (čl. 5, toč. 13 PZ-a '04).

¹⁵ Brodica jest plovni objekt namijenjen za plovidbu morem koji je ovlašten prevoziti najviše 12 putnika, čija je duljina veća od 2,5 metara, a manja ili jednaka 15 metara, ili ukupne snage porivnih strojeva veća od 5 kW Inače, pojam brodice ne obuhvaća: plovila koja pripadaju drugom pomorskom objektu u svrhu prikupljanja, spašavanja ili obavljanja radova, plovila namijenjena isključivo za natjecanja, kanue, kajake, gondole i pedaline, daske za jedrenje i daske za jahanje na valovima (čl. 5, toč. 7 PZ-a '04).

¹⁶ Unutarnje morske vode Republike Hrvatske obuhvaćaju luke i zaljeve na obali kopna i otoka, te dijelove mora između crte niske vode na obali kopna i ravne polazne crte za mjerenje širine teritorijalnog mora (čl. 7, st. 1 PZ-a '04) – o tim vodama vidi Vladimir Đuro Degan, *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet, Rijeka, 2000, str. 642–651.

¹⁷ Teritorijalno more Republike Hrvatske je morski pojas širok 12 morskih milja, računajući od polazne crte u smjeru gospodarskog pojasa (čl. 18, st. 1 PZ-a '04) – opširnije o tom moru *ibid*, str. 656–662.

¹⁸ Vidi „Narodne novine RH”, br. 42/17.

2. POJAM I STRANKE UGOVORA O NAJMU JAHTE I BRODICE

Ugovor o najmu jahte i brodice jest ugovor kojim se najmodavac obvezuje predati jahtu ili brodicu najmoprimcu na uporabu,¹⁹ a najmoprimac se obvezuje za to mu platiti određenu najamninu (čl. 673.a PZ-a). Dakle, ugovorne stranke iz ugovora o najmu jahte i brodice su najmodavac²⁰ i najmoprimac.

Najmodavac se smatra **korisnikom jahte odnosno brodice**, predane u najam (čl. 673.a, st. 4 PZ-a '04), a to je fizička ili pravna osoba koja drži jahtu, odnosno brodicu u posjedu kao vlasnik ili temeljem ugovora o zakupu ili ugovora o leasingu, s tim što se pretpostavlja, dok se ne dokaže suprotno, da je korisnik jahte, odnosno brodice osoba koja je u upisniku brodova upisana kao vlasnik (čl. 5, toč. 17 PZ-a '04). Na najmodavca se na odgovarajući način primjenjuju odredbe PZ-a '04 koje se odnose na brodar,²¹ pri čemu se ne isključuje postojanje zakonom propisane odgovornosti vlasnika jahte ili brodice ako to nije ista osoba (čl. 673.a, st. 4 PZ-a '04).

Jahta ili brodica daje se u najam za plovidbu u svrhu **rekreacije** (čl. 673.a, st. 2 PZ-a '04), a sam ugovor o najmu može uključivati **uslugu smještaja** na brodici ili jahti (čl. 673.a, st. 3 PZ-a).²² Odredbe PZ-a '04 odnose se

¹⁹ Uporaba za razliku od korištenja ne obuhvaća i uživanje u smislu pribiranja plodova (zarada i sl.) odnosno uporaba isključuje najmoprimčevo stjecanje koristi od iznajmljenog plovila. Vidi Ranka Petrinović, Nikola Mandić, Ante Perkušić, *Primjena ugovora o zakupu i ugovora o najmu u pomorskopravnoj praksi*, „Zbornik radova Treće međunarodne konferencije o pomorskoj znanosti IMSC 2011”, Split, 2011, str. 167–188.

²⁰ Najmodavac je charter kompanija, a to je fizička ili pravna osoba vlasnik ili korisnik plovila ili je od vlasnika ili korisnika temeljem pisanog ugovora preuzela odgovornost za upravljanje plovilom i koja je preuzimanjem takve odgovornosti preuzela ovlasti i odgovornosti propisane ovim pravilnikom i pozitivnim propisima Republike Hrvatske koji se odnose na sigurnost plovidbe i zaštitu mora od onečišćenja (čl. 2, toč. 5 *Pravilnika o iznajmljivanju plovila*).

²¹ Brodar jest fizička ili pravna osoba koja je kao posjednik broda nositelj plovidbenog pothvata, s tim što se pretpostavlja, dok se ne dokaže protivno, da je brodar osoba koja je u upisnik brodova upisana kao vlasnik broda (čl. 5, toč. 6 PZ-a '04).

²² Prema *Pravilniku o iznajmljivanju plovila* 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). Iznajmljivanje plovila podrazumijeva davanje na korištenje plovila krajnjem korisniku u svrhu razonode, sa ili bez posade, bez usluge smještaja gostiju, uz odgovarajuću naknadu koja je unaprijed utvrđena te je javno dostupna (čl. 2, toč. 3). Pružanje usluge smještaja podrazumijeva davanje na korištenje plovila

na sve vrste najma brodica i jahti, uključujući dnevno iznajmljivanje, ali i višednevne čartere s uključenom uslugom smještaja putnika na brodici ili jahti, te iznajmljivanje s posadom ili bez posade. Značajno je, dakle, istaknuti da se jahta ili brodica daje u najam za plovidbu, ali u svrhu rekreacije, a ne prijevoza (čl. 673.a, st. 2 PZ-a '04). Bit ugovora o najmu je da se jahta ili brodica krajnjem korisniku daje na uporabu, a ne na korištenje u gospodarske svrhe, kao što je slučaj kod ugovora o zakupa.

Ugovor o najmu se sklapa na određeno vrijeme (čl. 673.e PZ-a '04), a najamnina se plaća unaprijed, računajući od dana kad najam počne teći (čl. 673.dž, st. 1 PZ-a '04).²³

Jahta ili brodica može se dati u najam s posadom ili bez nje (čl. 673.č, st. 1 PZ-a '04).

Ugovor o najmu **prestaje** u slučaju propasti brodice ili jahte ili njezine trajne nesposobnosti za uporabu, osim ako najmodavac ne preda na upotrebu zamjensku brodicu ili jahtu jednakih ili sličnih osobina podobnu za ugovorenu uporabu ili namjenu (čl. 673.f PZ-a).²⁴ Ovom se odredbom ne dira u pravo na naknadu štete od ugovorne strane odgovorne za propast brodice ili jahte (čl. 673.f PZ-a '04).

krajnjem korisniku u svrhu razonode, sa ili bez posade, na vremenski period tijekom kojeg putnici noće na plovilu, uz odgovarajuću naknadu koja je unaprijed utvrđena te je javno dostupna (čl. 2, toč. 4), vidi Marija Pijaca, Adriana Vincenca Padovan, *A Review of Contractual Practices Between Marina Operators and Yacht Chartering Companies in Croatia*, „Journal of International Maritime Law”, br. 4, 2018, str. 317–325.

²³ Ovaj način plaćanja najamnine predviđen je samo u slučaju nedostatka ugovorne odredbe tj. ako nije drugačije stipulirano (čl. 673.dž, st. 1 PZ-a '04). Inače, najamnina ne pripada najmodavcu dok je najmodavac spriječen rabiti brodicu ili jahtu krivnjom najmodavca ili zbog njezine skrivene mane (čl. 673.dž, st. 2 PZ-a '04).

²⁴ Najam prestaje ako iznajmljeno plovilo propadne višom silom ili događajem za koji nije odgovorna ni jedna ugovorna strana (slučaj). Plovilo koje je predmet ugovora o najmu može slučajno propasti ili biti oštećeno od vremena kada je sklopljen ugovor o najmu do njegovog potpunog ispunjenja. Radi se o nastupanju nekog nepredvidivog uzroka koji se nalazio izvan stvari, a koji se nije mogao spriječiti, izbjeći ili otkloniti. Predajom iznajmljenog plovila ne dolazi do prijelaza rizika za njegovu slučajnu propast ili oštećenje s najmodavca na najmoprimca. Stoga rizik slučajne propasti ili oštećenja snosi najmodavac za čitavo vrijeme trajanja ugovora o najmu – Petrinović i dr., *op.cit.*, str. 881.

3. PRAVA, OBVEZE I ODGOVORNOST NAJMODAVCA²⁵

Najmodavac je dužan najmoprimcu predati jahtu ili brodicu na ugovorenom mjestu i u ugovoreno vrijeme, a jahta ili brodica mora biti primjereno opremljena, u stanju sposobnom za plovidbu²⁶ i podobna za ugovorenu uporabu (čl. 673.b, st. 1 PZ-a '04). Najmodavac ostaje odgovoran za redovito i izvanredno održavanje brodice ili jahte tijekom trajanja ugovora o najmu (čl. 673.b, st. 2 PZ-a '04).

Za štetu nastalu zbog mana koje čine brodicu ili jahtu nesposobnom za plovidbu ili smanjuju njezinu sposobnost za ugovorenu ili uobičajenu uporabu, a postojale su u vrijeme njezine predaje najmoprimcu, odgovara najmodavac, ako ne dokaže da te mane nije mogao otkriti dužnom pažnjom (čl. 673.c '04). Dakle, u ovom slučaju najmodavac odgovara po načelu **pretpostavljene krivnje**.

Ako se jahta ili brodica daje u najam bez posade, najmodavac je dužan osigurati da brodicom ili jahtom, za vrijeme ugovora o najmu, upravlja propisno osposobljena i ovlaštena osoba u svojstvu voditelja brodice, odnosno zapovjednika jahte, te da bude ukrcan dovoljan broj osoba osposobljenih i ovlaštenih za obavljanje poslova posade sukladno važećim propisima (čl. 673.č, st. 2 PZ-a '04).

Najmodavac **može** raskinuti ugovor i ima **pravo na naknadu štete**, ako najmoprimac rabi brodicu ili jahtu protivno ugovoru, propisu ili njezinoj namjeni, ili ako ih oštećuje, osobito ako trećemu neovlašteno prepušta njihovu uporabu (čl. 673.d, st. 2 PZ-a '04). Ista prava najmodavac ima i u slučaju ako mu najmoprimac ne plati najamninu o dospelosti (čl. 673.đ, st. 2 PZ-a '04).

²⁵ Poblize Dragan Bolanča, Petra Amižić Jelovčić, *Pomorsko pravo*, Pravni fakultet, Split, 2023, str. 415–416.

²⁶ Prema *Pravilniku o iznajmljivanju plovila*, da bi se plovilo kojim se obavlja *charter* djelatnost smatralo sposobnim za plovidbu, ono mora ispunjavati sljedeće uvjete: 1. mora biti registrirano za gospodarsku namjenu u državi pripadnosti, 2. tehnički podobno za obavljanje *charter* djelatnosti u Republici Hrvatskoj, 3. mora imati najmanji broj članova posade odgovarajuće stručne osposobljenosti, 4. mora posjedovati i druge valjane isprave i knjige sukladno propisima države zastave i 5. mora posjedovati policu osiguranja od odgovornosti za štete trećim osobama koja pokriva i štetne događaje na području unutarnjih morskih voda i teritorijalnog mora Republike Hrvatske (čl. 4, st. 1). Osim toga, najmodavac je prije početka davanja plovila na korištenje dužan Ministarstvu pomorstva podnijeti zahtjev za dodjelu korisničkog prava rada na centralnoj bazi podataka u kojoj se evidentiraju sve prijave popisa posade i putnika na plovilima (čl. 11, st. 2).

Ako najmoprimac ne vrati najmodavcu brodicu ili jahtu u ugovorenom roku, najmodavac ima pravo na naknadu u visini dvostruke najamnine razmjernje razdoblju zakašnjenja (čl. 673.g, st. 1 PZ-a '04), a ako je najmoprimac kriv za zakašnjenje, onda najmodavcu još pripada i pretrpljena šteta iznad svote dvostruke najamnine (čl. 673.g, st. 2 PZ-a '04).

Najmodavcu pripada nagrada za spašavanje koje je obavljeno unajmljenom brodicom ili jahtom (čl. 673.h PZ-a '04).

4. PRAVA, OBVEZE I ODGOVORNOST NAJMOPRIMCA²⁷

Najmoprimac **može** ograničiti svoju odgovornost u vezi s plovidbom i uporabom brodice ili jahte u skladu s odredbama PZ-a o ograničenju odgovornosti broдача (čl. 673.a, st. 5 PZ-a '04).²⁸

Najmoprimac **može** raskinuti ugovor i ima **pravo na naknadu štete**, ako je brodica ili jahta predana u stanju nesposobnom za plovidbu, neprikladnom za ugovorenu uporabu ili u stanju koje bi uporabu znatno ograničavalo (čl. 673.b, st. 3 PZ-a '04). Identična prava ima i u slučaju ako najmodavac ne ispunjava svoje obveze kod davanja jahte ili brodice bez posade (čl. 673.č, st. 2 PZ-a '04), jer i tada najmoprimac ima pravo raskinuti ugovor i tražiti naknadu štete (čl. 673.č, st. 3 PZ-a '04).

Kod ugovora o najmu bez posade, za vrijeme dok se jahta ili brodica nalazi u posjedu najmoprimca, zakonsku odgovornost u vezi s njenom uporabom²⁹ snosi i najmoprimac uz korisnika i vlasnika plovila (čl. 673.č, st. 4 PZ-a '04).³⁰ Tada se na najmoprimca na odgovarajući način primjenjuju odredbe PZ-a koje se odnose na broдача (čl. 673.č, st. 4 PZ-a '04).

Ako se brodica ili jahta daje u najam s posadom, posada je dužna izvršavati naloge najmoprimca u pogledu plana plovidbe, pri čemu nije dužna izvršavati naloge čije bi izvršenje moglo izravno ugroziti sigurnost brodice ili jahte ili osoba na brodici ili jahti (čl. 673.č, st. 5 PZ-a '04). Također, posada neće biti dužna izvršiti naloge koji ne odgovaraju vrsti, namjeni ili tehničkim sposobnostima brodice ili jahte (čl. 673.č, st. 5 PZ-a '04).

²⁷ Vidi Bolanča, Amižić Jelovčić, *op. cit.*, str. 416–417.

²⁸ Suprotno općim načelima obveznog prava, u pomorskom pravu brodar može ograničiti visinu odgovornosti za prouzročenu štetu i to samo do propisanih granica (vidi čl. 385–400 PZ-a '04).

²⁹ Pojam zakonska odgovornost u vezi s uporabom jahte odnosno brodice obuhvaća štetu na plovilu i najmoprimčevu odgovornost prema trećim osobama.

³⁰ Korisnik plovila može biti primatelj *leasinga*, zakupoprimac, najmodavac...

Najmoprimac je dužan upotrebljavati jahtu ili brodicu u skladu s ugovorom i njezinom namjenom pridržavajući se propisa o sigurnosti plovidbe i zaštiti morskog okoliša te drugih važećih propisa vezanih uz plovidbu (čl. 673.ć, st. 1 PZ-a '04). Nadalje, najmoprimac snosi troškove pogona, zaliha, sitnih popravaka i redovite uporabe, *ako nije drugačije ugovoreno* (čl. 673.ć, st. 2 PZ-a '04). Dužan je, nakon proteka ugovora, vratiti brodicu ili jahtu u stanju i mjestu na kojem ju je primio, *ako nije drugačije ugovoreno* (čl. 673.ć, st. 3 PZ-a '04) i pritom ne odgovara za redovito trošenje brodice ili jahte, kao ni za posljedice njezine dotrajalosti (čl. 673.ć, st. 4 PZ-a '04).³¹

Najmoprimac odgovara za štetu nastalu zbog protuugovorne ili protupropisne uporabe i uporabe protivne namjeni brodice ili jahte, neovisno o tome je li stvar rabio on ili neka druga osoba po njegovu ovlaštenju (čl. 673.d, st. 1 PZ-a '04).

Najmoprimac može dati brodicu ili jahtu u podnajam samo na temelju suglasnosti najmodavca (čl. 673.i PZ-a '04).

5. ZAKLJUČAK

Hrvatski pomorski zakonodavac je 2019. godine dopunama i izmjenama PZ-a '04 donio neke važne novosti u pogledu pravnog uređenja pojedinih ugovora koji se učestalo sklapaju u nautičkom turizmu.³² Prvi put se u povijesti u hrvatski pomorskopравни okvir uvode dva nova imenovana ugovora: ugovor o nautičkom vezu i ugovor o najmu brodice i jahte. Razlog uvođenja ugovora o najmu brodice i jahte kao novog ugovora vrlo je jasan, a to je povećanje pravne sigurnosti kroz ujednačavanje poslovne i sudske prakse. Naime, do zakonskih izmjena, stranke ugovora o najmu brodice i jahte pri uređivanju vlastitih pravnih odnosa, oslanjale su se na opće odredbe ugovora o najmu iz *Zakona o obveznim odnosima*,³³ te su analogno preuzimale odredbe PZ-a '04

³¹ Najmoprimac ne snosi troškove popravka brodice ili jahte potrebnog za uklanjanje skrivenih mana niti snosi štetu za gubitak ili oštećenje brodice ili jahte zbog djelovanja više sile (čl. 673.ć, st. 5 PZ-a '04).

³² Nautički turizam je plovidba i boravak turista (nautičar ili putnik) na plovnicama (jahta, brodicu 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).

³³ Vidi čl. 550–čl. 558 *Zakona o obveznim odnosima* („Narodne novine RH”, br. 35/05, 41/08, 125/11 i 75/15).

o zakupu broda.³⁴ Raznolikost autonomnog postupanja ugovornih stranaka stvarala je *inter alia* različite pravne praznine i pravnu nesigurnost. Sadašnja zakonska regulativa jasno definira pravni položaj najmodavca kao brodara s jedne strane, te najmoprimca s druge strane koji za trajanja ugovora o najmu preuzima odgovornost za plovilo, kako prema najmodavcu, tako i prema trećim osobama (ovo je važno pitanje u dosadašnjoj praksi bilo veoma dvojbeno). Osim što precizno propisuje glavne obveze najmodavca i najmoprimca, PZ '04 uređuje i slučajeve ugovorne i izvanugovorne odgovornosti za štetu obiju ugovornih strana, kao i uvjete za raskid i prestanak ugovora. Premda su zakonske odredbe dispozitivne naravi, te će ugovorna utanačenja koja se od njih razlikuju imati prednost primjene, ipak će one pružati određeni stupanj pravne sigurnosti za sve one ugovore koji se u praksi sklapaju neformalno ili čiji sadržaj u slučaju spora nije sasvim jasan.

LITERATURA

BOLANČA DRAGAN: *Osnovne značajke Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama iz 2003 godine*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1-2, 2004.

BOLANČA DRAGAN: *Ugovor o prijevozu stvari morem - glavne novine iz Pomorskog zakonika 2004. godine*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava", Rijeka, 2005.

BOLANČA DRAGAN: *Protection and Preservation of the Marine Environment in the Republic of Croatia (national legislation, international legislation and EU law)*, Megatrend revija, Beograd, br. 3, 2012.

BOLANČA DRAGAN: *Hrvatsko plovidbeno upravno pravo*, Pravni fakultet, Split, 2015. BOLANČA DRAGAN: *Prometno pravo Republike Hrvatske*, Pravni fakultet, Split, 2016.

BOLANČA DRAGAN - PETRA AMIŽIĆ: *Novi Pomorski zakonik Republike Hrvatske i pitanje unifikacije pomorskog prava*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", br. 1, 2007.

BOLANČA DRAGAN - PRIMORAC ŽELJKA: *Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2007.*, "Pravo u gospodarstvu", Zagreb, br. 5, 2008.

³⁴ Vidi čl. 658–čl- 673 PZ-a '04.

BOLANČA DRAGAN: *Pravna stečevina Europske unije i hrvatsko pomorsko pravo*, Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928. - 2008.), Novi informator, Zagreb, 2009.

BOLANČA DRAGAN: *Sigurnost plovidbe u Pomorskom zakoniku Republike Hrvatske i pravna stečevina Europske unije*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid - Rab 2010. - 2012.", Split, 2012.

BOLANČA DRAGAN: *Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2013. godine*, Zbornik radova "In memoriam prof.dr.sc. Vjekoslav Šmid", Rab, 2014.

BOLANČA DRAGAN: *Sigurnost plovidbe u Zakonu o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika iz 2015. godine*, Zbornik radova "Suvremeni izazovi pomorske plovidbe", Split, 2016.

BOLANČA DRAGAN: Dragan Bolanča: *The Croatian Maritime Code and acquis communautaire of the European Union*, Liber amicorum in honour of Radovan Vukadinović, Banja Luka - Kragujevac, 2020.

BOLANČA DRAGAN - PETRIĆ SILVIJA: *Ugovor o nautičkom vezu kao novi ugovor hrvatskog prava*, "Pravna riječ", Banja Luka, br. 22, 2022.

BOLANČA DRAGAN - PETRA AMIŽIĆ JELOVČIĆ: *Pomorsko pravo*, Pravni fakultet, Split, 2023.

DEGAN VLADIMIR ĐURO: *Međunarodno pravo*, Pravni fakultet, Rijeka, 2000.

ĆORIĆ DOROTEJA: *Novi Pomorski zakonik*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorski zakonik

GRABOVAC IVO: *Suvremeno hrvatsko pomorsko pravo i Pomorski zakonik*, Književni krug, Split, 2005.

GRABOVAC IVO - PETRINOVIĆ RANKA: *Pomorsko pravo (pomorsko javno, upravno i radno pravo)*, Pomorski fakultet, Split, 2006.

KRAGIĆ PETAR: *Utjecaj novina u Pomorskom zakoniku na poslovanje hrvatskih brodara*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava", Rijeka, 2005.

KUNDIĆ BRANKO: *Hrvatsko pomorsko dobro u teoriji i praksi*, Hrvatski hidrografski institut, Rijeka, 2005.

LOPUSKI JAN: *Maritime Law in the XXI Century: Tradition, Modernity, Rationality*, «Revista Europea de Derecho de la Navegacion Maritima y Aeronautica», Barcelona, br. 20, 2004.

LUTTENBERGER AXEL: *Postignuća Zakona o sigurnosnoj zaštiti trgovačkih brodova i luka otvorenih za međunarodni promet*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava", Rijeka, 2005.

LUTTENBERGER AXEL: *Pomorsko upravno pravo*, Pomorski fakultet, Rijeka, 2005.

MARKOVIĆ KOSTELAC MAJA: *Sigurnost plovidbe u novom Pomorskom zakoniku*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava", Rijeka, 2005.

MILOŠEVIĆ PUJO BRANKA: *Pomorsko pravo (odabrane teme po STCW konvenciji)*, Sveučilište u Dubrovniku, 2006.

PAVIĆ DRAGO: *Ugovor o pomorskom osiguranju*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava", Rijeka, 2005.

PAVIĆ DRAGO: *Pomorsko imovinsko pravo*, Književni krug, Split, 2006.

PAVIĆ DRAGO: *Ugovorno pravo osiguranja (komentar zakonskih odredaba)*, Tectus, Zagreb, 2009.

PAVIĆ DRAGO: *Pomorsko osiguranje (pravo i praksa)*, Književni krug, Split, 2012.

PIJACA MARIJA – PADOVAN ADRIANA VINCENCA: *A Review of Contractual Practices Between Marina Operators and Yacht Chartering Companies in Croatia*, „Journal of International Maritime Law“, br. 4, 2018.

PETRINOVIĆ RANKA: *Spašavanje u funkciji zaštite okoliša s posebnim osvrtom na mjesto zakloništa*, Zbornik radova sa savjetovanja "Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava", Rijeka, 2005.

PETRINOVIĆ RANKA - SKORUPAN WOLF VESNA: *Yacht Charter Party Agreement According to Croatian Law*, „Book of Proceedings - 8th International Maritime Science Conference, Kotor, 2019.

PETRINOVIĆ RANKA - MANDIĆ NIKOLA - PERKUŠIĆ ANTE: *Primjena ugovora o zakupu i ugovora o najmu u pomorskopravnoj praksi*, „Zbornik radova Treće međunarodne konferencije o pomorskoj znanosti IMSC 2011.“, Split, 2011.

POSPIŠIL MILER MARIJA: *Granice odgovornosti pomorskog prijevoznika za smrt i ozljede putnika po novom Pomorskom zakoniku u odnosu na*

rješenja na međunarodnoj razini, Zbornik radova sa savjetovanja “Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava”, Rijeka, 2005.

PRNJAK SINIŠA: *Postupak upisa u upisnik jahti i očevidnik brodica*, Zbornik radova sa savjetovanja “Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava”, Rijeka, 2005.

STANKOVIĆ GORDAN: *Ovrha i osiguranje na brodu i teretu - novosti u svjetlu novog Pomorskog zakonika*, Zbornik radova sa savjetovanja “Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava”, Rijeka, 2005.

ŠIMAC SRĐAN: *Odgovornost za štetu nastalu zbog tjelesne ozljede, smrti ili narušena zdravlja člana posade broda prema novom Pomorskom zakoniku*, Zbornik radova sa savjetovanja “Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava”, Rijeka, 2005.

TASIĆ ZORAN: *Pomorski privilegiji u kontekstu novog Pomorskog zakonika*, Zbornik radova sa savjetovanja “Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava”, Rijeka, 2005.

TOMLJENOVIĆ VESNA: *Odredbe Pomorskog zakonika o mjerodavnom pravu i nadležnosti sudova Republike Hrvatske*, Zbornik radova sa savjetovanja “Pomorski zakonik Republike Hrvatske i druge novine iz područja pomorskog i prometnog prava”, Rijeka, 2005.

VIO IGOR: *Maritime Safety: Croatian Legal Framework*, Collection of Articles „Maritime Safety in Europe - A Comparative Approach“, (ed. by Justyna Nawrot and Zuzanna Peplowska Dabrowska), Informa Law from Routledge, New York, 2021.

Dr. sc. Dragan Bolanča

**THE YACHT AND BOAT CHARTER CONTRACT
(NEW CONTRACT OF CROATIAN MARITIME LAW)**

Summary: *The Croatian Maritime Code regulates the yacht and boat charter contract as a nominate contract for the first time in Croatian maritime law. The aim of this paper is to determine the exact contents and scope of particular rights, obligations and liability of the contractual parties. In conclusion, the author points out 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, Yacht and Boat Charter Contract.*

УДК 347.235:930.85(470)

doi 10.7251/PR6723357DJ

Оригинални научни чланак

КУПОПРОДАЈА ПОКРЕТНИХ СТВАРИ У ДРЕВНОРУСКИМ ИСПРАВАМА

Др Александар Ђорђевић*

***Апстракт:** Аутор у раду истиче значај посебне врсте извора права у Кијевској Русији – јединственим исправама на брезиној кори (тзв. “берестјане грамоте”). Реч је о веома распрострањеним древноруским појединачним правним актима који су садржали многобројне приватноправне установе. У овом чланку, аутор анализира оне исправе које говоре о купопродаји покретних ствари. Ови документи сведоче о примени норми древноруских правних зборника – Руске правде и Псковске судне грамоте, а указују и на висок степен писмености руског средњовековног друштва, као и на веома развијен древноруски правни систем.*

***Кључне речи:** Кијевска Русија, древноруске исправе на брезиној кори, Руска правда, Псковска судна грамота (Правни зборник града Пскова), купопродаја покретних ствари.*

* Ванредни професор
Правни факултет у Нишу
djole@prafak.ni.ac.rs

„Берестјане грамоте“ – „Берестяные грамоты“ (Записи на брезиној кори)¹

Средином прошлог века једно велико археолошко откриће на северозападу руских простора у основи је изменило и обогатило сазнања о историји културе средњовековног руског друштва, а посебно сазнања о историји државе и права. Разлог томе је проналазак првих натписа, забелешки, писама, па и правних аката на препарираној брезиној кори, на територији Великог Новгорода. Археолошка ископавања која су отпочела 1951. године трају и данас, а по свој прилици, трајаће још дуго. До сада је пронађено и прочитано више стотина “берестјаних грамота”, а године 2011. ова колекција је обogaћена и јубиларном хиљадитом “берестјаном грамотом”. По процени археолога, на простору читаве северозападне Русије може се очекивати да новим ископавањима светлост дана угледа и преко двадесет хиљада записа на брезиној кори.²

Међу досад пронађеним записима на брезиној кори има текстова најразличитије садржине. Највећи број су писма, преписка између рођака, пријатеља, кумова или пословних сарадника. Из тих писама може се сазнати много тога о древноруској цивилизацији и култури уопште. Захваљујући огромном броју текстова које су углавним својеручно писали обични људи, изводи се закључак о веома високом степену писмености друштва којем су припадали. Још више задивљује чињеница да огроман број ових историјских споменика потиче из периода ране феудалне или феудално раздробљене руске државе – из раздобља од XI до XV века. Није уобичајено да у феудалним државама и друштвима тога доба постоји толико распрострањена писменост, као што је то био случај у древној Русији.

Чињеница да највећи проценат записа на брези долази са руског северозапада, првенствено из најразвијенијих градова и средина, Новго-

¹ Израз је немогуће превести на српски језик. По речима Д. Николића, слободнији превод би гласио “запис на брезовој кори”. Д. Николић, *Древноруско словенско право*, Београд 2000, 152.

² Најстарија пронађена берестјана грамота потиче из XI века а најмлађа из XV века. Пронађене су у десетак руских градова. Убедљиво највећи број ископан је у Великом Новгороду. Следе Стараја Руса (36), Торжок (19), Смоленск (15), Псков (8), Твер (5) Звенигород (3) и по једна у Москви, Рјазани, Витебску и Мстиславу. В. Л. Јанин, *Берестяные грамоты как исторический источник*, <http://gramoty.ru/library/janin01.pdf>, стр. 15.

рода и Пскова, у неку руку умањује првобитно усхићење степеном свеобухватног развоја старог руског друштва. У градовима северозападне Русије, ситуација је током читавог средњег века била битно другачија него на крајњем југу или истоку древноруских етничких и државноправних простора. Будући да су били незаобилазне тачке на значајном трговачком путу од Балтичког до Црног мора³, али и због високог нивоа развијености занатске производње, као и због близине западних градова и северноевропских мора, Новгород и Псков су се у оквирима државног и цивилизацијског простора старе Русије издвајали и предњачили у многим аспектима друштвеног живота. У древноруској држави уживали су посебан статус, сличан положају старих приморских српских и јужнословенских градова на Јадранском мору. Имали су посебно уређење, своје зборнике права, битно другачију структуру становништва и у одређеном периоду независност у односу на централну државну власт великих кијевских кнежева. Подлога за све то била је првенствено економска, јер се интереси новгородске и псковске градске аристократије нису увек и у свему поклапали са жељама врховних владара Русије и бојара – њихове феудалне земљишне аристократије.

Захваљујући тој посебности северозапада древноруских простора, у писаним текстовима на брезиној кори могу се пронаћи најразличитији подаци о свакодневном животу. Има ту и обичних писама између родитеља и деце, пријатеља, супружника и вереника, текстова ђака и учитеља у школама, али и докумената који садрже различите правне установе. Непосредно или посредно, из берестјаних грамота сазнајемо доста и о древноруском праву, а посебно о приватноправним институтима. У разним текстовима могуће је пронаћи и доказе о примени у пракси правних норми из зборника старог руског права – Руске правде и Псковске

³ Трговачки пут који се у најстаријим историјским изворима називао “од Варјага до Грка”. Ова формулација први пут је употребљена у Повест временных лет, тј. Повест минулих љета, Повест о древним временима или Први руски летопис, који је познатији као Несторов летопис, настао највероватније 1113–1115. године. *Историја Русије*, приредили Д. Оболенски и Р. Оти, Београд 2003, 64. Варјази су древноруски назив за Нормане, житеље Скандинавије који су имали одређену улогу у стварању прве руске државе. Грци су Ромеји, тј. становници Источног римског царства, односно Византије. Трговачки пут водио је од Балтичког мора, преко реке Неве и Ладошког језера, реке Волхов, језера Иљмен, реке Ловате. После Ловате следио је сувоземни пут све до горњег тока Дњепра који се уливао у Црно море и водио до Константинопописа. Д. С. Лихачев, *Повест временных лет*, Санкт Петербург 1996, 144–145, 386–388.

судне грамоте, као и о многим установама грађанског права. Међу њима, најбројнији су уговори облигационог права – купопродаја, зајам, најам, остава, поклон и други. Записи на брезиној кори значајни су и због чињенице да у њима препознајемо приватноправне уговоре којих нема у нормама древноруског писаног права садржаног у поменутих законцима, али их је било у обичајном праву. Реч је првенствено о уговору о закупу, уговору о делу и уговору о ортаклуку.

Руска академија наука се од открића првих исправа записаних на брезиној кори прихватила великог посла – да их приређује за штампу, преводи на савремени руски језик и тумачи. Берестјаним грамотама посвећена је једна специјална едиција Академије наука СССР, а затим је то наставила Руска академија наука – *Новгородские грамоты на бересте*. Од године 1952. до прве деценије овога века публикувано је једанаест томова.⁴ Најзначајније дело које је обухватило готово све пронађене берестјане грамоте потекло је из пера познатог руског лингвисте, академика А. А. Зализњака.⁵

У стручној литератури недостају правне анализе текстова берестјаних грамота. Постоји изванредан број таквих монографија, међу којима треба издвојити дела Л. В. Черепнина и В. Л. Јањина.⁶ До данас није

⁴ Током деценија, мењали су се приређивачи и преводиоци текстова берестјаних грамота од Арциховског, Борковског, Тихомирова, Јањина, Зализњака и Гипиуса. Издање *Новгородские грамоты на бересте* за сада је публикувано у периоду 1952–2004. године, а најновије пронађене грамоте преведене су и објављене у оквиру едиције часописа *Вопросы языкознания* у седам томова у периоду од 2002. до 2009. године. Укупан број преведених и протумачених записа на брезиној кори који су били доступни на почетку овог истраживања премашује хиљаду докумената.

⁵ А. А. Зализняк, *Древненогородский диалект*, Москва 2004 (друго допуњено и прерађено издање). Прво издање ове важне публикације изашло је из штампе 1995. године. Друго издање обухватило је грамоте пронађене и преведене у периоду 1995–2003. године, тако да је за сада најпотпуније у погледу текста, коментара, превода и литературе о овим важним изворима древноруског права. Монографија из 2004. године састоји се из два дела. У првом делу је детаљно обрађен древноруски језик, његов правопис, дијалекти и граматика, док је други део (стр. 227–868) посвећен тексту, преводу и коментарима безмало свих до сада пронађених грамота, уз објашњавајуће и тумачеће краће верзије речника древноруског језика. Због тога ће у даљем тексту рада “берестјане грамоте” са одређеном нумерацијом бити преузете управо из поменуте монографије А. А. Зализњака из 2004. године.

⁶ Л. В. Черепнин, *Новгородски берестяные грамоты как исторический источник*, Москва 1969. и В. Л. Янин, *Я послал тебе бересту...*, Москва 1975. Не треба изоставити и једно новије истраживање – В. В. Момотов, *Берестяные грамоты – источник познания русского права XI-XV вв*, Краснодар 1997.

публиковано ниједно свеобухватно правноисторијско истраживање свих пронађених записа на брезиној кори.

Продаја покретних ствари у берестјаним грамотама

Неформална продаја покретних ствари много је заступљенија у берестјаним грамотама него у правним зборницима Кијевске Русије. Као што то прописује Руска правда⁷, најчешће су предмет купопродаје покретних ствари били коњ, стока, одећа, али и друга најразноврснија роба, као што су разне животне намирнице, животињска кожа, драгоцености, занатска опрема и друго.

Најчешће су исправе које сведоче о купопродаји коња, веома важне ствари у средњовековном друштву. Новгородска берестјана грамота № 160 из XII века⁸ гласи: “Од Васиља Ростиху. *Продајте светложутог коња, а рићег купите* (у оригиналу крините) за хлев (коњушницу), а мрког запишите (опишите). Одредите човека и са њим пошаљите 4 резане.”⁹ Око тумачења термина “крините” било је извесних неслагања међу истражи-

⁷ Руска правда (*Русская правда*) први је значајнији правни зборник Кијевске Русије и један од најважнијих извора древноруског права. Руска правда је споменик ранофеудалног права и ранофеудалног друштва. Сматра се службеним, званичним државним закоником. Претежно је световног карактера, будући да нема много норми које се преплићу са канонским правом. Њен текст пронашао је В. Н. Татишчев 1738. године, унутар текста једног новгородског Летописа из средине XV века. Текст Руске правде први пут објављен је 1767. године. Та верзија се сматра најстаријом и садржински најближом оригиналу из XI века. У правноисторијској науци позната је под називом Кратка правда или Кратка редакција Руске правде (*Краткая правда*). Постоје само два преписа Кратке правде из средине XV века. Један је познат под називом Академијин, а други под називом Археографски. Проширена редакција Руске правде, у науци позната као Ши́ра правда или Ши́ра редакција руске правде (*Пространная правда*), заснована је на тексту Кратке правде, Уставу кнеза Владимира II Мономаха и законодавству других руских кнежева. Постоји више од стотину преписа Ши́ре правде који су доспели до нашег времена, али је у стручној употреби најчешће такозвани Тројицки рукопис. Он је пронађен унутар правног зборника из XIV века “Мерило праведное”. Сматра се да је овај препис настао на основу оригинала од XII века, као и на основу текстова са почетка XIII века.

⁸ На основу поређења са рукописима XI и XII века, утврђено је да ова берестјана грамота потиче с почетка XII века. А. В. Арциховский, В. И. Борковский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1955 года)*, Москва 1958, 42.

⁹ А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, 299.

вачима древноруске историје и права.¹⁰ Продају и куповину коња налагао је извесни Васиљ или Василије. Могуће је да се он налазио на челу трговачког удружења које се бавило продајом и куповином коња. Иначе, износ од четири “резане” никако није могао да представља купопродајну цену, будући да је тржишна вредност коња била много већа. Једно од могућих објашњења је да је поменути износ заправо био накнада трошкова пута и накнада за испоруку купљеног коња неименованом човеку.

Друга половина XII века изнедрила је још једно сведочанство о закључивању и извршењу уговора о купопродаји коња за рачун и у име трећег лица. Берестјана грамота № 163¹¹ гласи: “Поштовање од Дамјана Д... (из текста се не види коме је писмо упућено). А ти *продај коња* и (узми) колико ти дају, а то што на том послу изгубиш, запамти...”¹² Не може се са потпуном сигурношћу тврдити да је уговор који је поменут у писму морао бити закључен у корист трећег лица или по налогу трећег лица. Могуће је да је у питању родитељски или пријатељски савет да се ствар прода по било којој цени. Вероватнијом се, међутим, чини претпоставка да је и овај уговор о купопродаји закључен по налогу трећег лица, власника ствари или трговца-партнера у заједничком удружењу. Упутство да запише или запамти сопствене трошкове ради вероватно евентуалне накнаде наводи на такав закључак.

Кратак текст берестјане грамоте № 350 сведочи такође о купопродаји коња: “Од Степана и од матери Пољуду. Пошаљи раж, *продавши коња*.”¹³ Овде нема дилеме да ли је реч о корпоративном удружењу трговаца. У питању је сасвим другачија околност. Мајка и син пишу свом сину и другом брату да вероватно због несташице жита прода коња и купи раж. Будући да ово писмо потиче из друге трећине XIII века,¹⁴ сас-

¹⁰ У оквиру посебне главе *Поправки и замечания к чтениям берестяных грамот* у В. Л. Янин, А. А. Зализняк, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1976-1983 гг)*, Москва 1986. (стр. 220–250) посебно је анализирана грамота № 160 при чему је В. Л. Янин изложио сва претходна тумачења овог текста. Након изношења свих објашњења и превода за текст ове грамоте, он тврди да се у погледу превода глагола “кринути” (купити) треба сложити са С. А. Висоцким. Видети: С. А. Висоцкий, *Древнерусские надписи Софии Киевской*, Москва 1966.

¹¹ По облику и начину писања неколико слова у тексту ове берестјане грамоте, закључено је да она припада XII веку. А. В. Арциховский, В. И. Борковский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1955 года)*, 49–50.

¹² А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, 429.

¹³ А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, 478.

¹⁴ А. В. Арциховский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1958-1961 гг)*, Москва 1963, стр. 39.

вим је оправдано претпоставити да су аутори писма живели у јужним руским земљама и да су писмо послали у Новгород. У том периоду, а посебно после 1240. године, Монголи су освојили велики део Кијевске Русије. Изван монголско-татарске власти остали су северозападни руски крајеви где се иначе узгајала раж.

Наведене берестјане грамоте из XII и XIII века нису ни поменуле цену као битан елемент уговора о купопродаји коња. Новгородска берестјана грамота № 354 из XIV века посебно наводи износ купопродајне цене за коња: “Дубоки наклон госпођи матери од Онсифора. Кажи Нестеру да скупи рубљу и да иде код Јурија. Замоли Јурија да купи коња... Ако се Степан сложи да узме рубљу за коња, нека (Нестер) купи још једног”.¹⁵ Посебно је наглашено да уколико се цена за коња креће у нормалним, тржишним оквирима, треба купити још једног. Познато је да је у том периоду једна рубља вредела три гривне сребра. Ова берестјана грамота је значајна и због њеног аутора, Онсифора.¹⁶

И берестјана грамота № 521 потврђује да поједини древноруски правни извори помињу цену као битан елемент уговора о купопродаји: “Ево у чему се ја ослањам на (сведоке) – одузели су ми коња Селиванко, Михејко и Јаковец Балдикин коња чија је цена три рубље, седло (пола рубље), вотолу (врсту одеће, цена пола рубље) и још неке ствари... А то се десило у шуми, међу селима Гора и Горка на Бору...”.¹⁷ Пред нама је вероватно запис са неког суђења, где се давалац ове изјаве позива на сведоке који треба да потврде његов исказ. Он приликом давања изјаве пред судом наводи износ цене одузетих ствари, које су вероватно биле предмет купопродаје. Ова берестјана грамота потиче из XIV или XV века.

Из истог периода до нашег времена доспела је берестјана грамота № 305 који не помиње изричито купопродају, али описује поступак доказивања “сводом” за случај продаје украдене животиње: “...препознали

¹⁵ А. А. Зализњак, *Древненовгородский диалект*, 550.

¹⁶ Писац овог писма највероватније је новгородски посадник Онсифор Лукинич, припадник бојарске породице, син посадника Луке Варфоломејевича који је погинуо у војном походу на северној Двини. Онсифор се помиње у Летопису 1342. године, а умро је 1367. године. У писму се обраћа мајци изразом “госпожа”, што сведочи о њеном положају. Онсифор је, због подизања неуспешног устанка против оца, био изгнан из Новгорода. Ипак је вероватније да је ово писмо написано у периоду када је Онсифор постао посадник, дакле после смрти његовог оца. А. В. Арциховский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1958-1961 гг)*, 43–44.

¹⁷ А. А. Зализњак, *Древненовгородский диалект*, 655.

су мог коња, и ја господине, позивам *тога од кога сам коња купио* да дође (на свод), а он не долази. А ја господине...”.¹⁸ Текст ове берестјане грамоте, осим што говори о доказивању власништва и заштити савесних купаца, значајан је и због једног другог погледа на древноруско облигационо право. Будући да и овај текст порекло води из познијег периода, а у писму се види да се уговорна страна обраћа некоме са господине, може се закључити да су и зависни људи имали значајан степен пословне способности. Куповина коња, ипак, била је могућа само имућнијим слојевима друштва, тако да се, с друге стране, може претпоставити да је потчињени предузимао правне радње у име и за рачун свог господара.

Новгородска берестјана грамота № 422 из половине XII века¹⁹ садржи и уговор о купопродаји коња, тачније понуду заинтересованог купца за закључење уговора. Она гласи: “Од Местјате Гавши и Здили. Потражите за мене *коња*. А Местјата вам се (обојици) *клања*. Ако вам нешто треба, обратите се мени, а (доносиоцу писма) дајте грамоту. А *новац* тражите од Павла. А Местјата...”.²⁰ Нажалост, текст овог документа није у потпуности сачуван. Међутим, из његовог фрагмента који је доспео до наших времена, јасно је да је извесни Местјата послао писмо у којем моли Гавшу и Здилу да му пронађу коња. Он помиње и новац, из чега се може извести закључак да је желео да га купи. Посебно је интересантна формулација “дајте грамоту”. Она се може протумачити двојачко, будући да је реч “грамота” у средњовековном руском језику имала много значења. У овом случају, могла је да значи и обично писмо, али и писану исправу. Уколико би било прихваћено друго тумачење, ова берестјана грамота би могла да буде и сведочанство о закључењу писаног уговора о купопродаји покретне ствари.

Предмет купопродаје је често у древноруском праву била и крава, што је прописано поменути одредбама Псковске судне грамоте. Берестјане грамоте, и то из периода који је претходио доношењу псковског зборника, такође помињу краву као предмет куповине и продаје. Једна од њих, № 103 са краја XII века, прописује да је крава могла да се купи за цену од једне гривне.²¹

¹⁸ А. А. Зализњак, *Древненовгородский диалект*, 668.

¹⁹ По свим подацима добијеним палеографским методима, ова берестјана грамота сачињена је између 1140. и 1150. године. А. В. Арциховский, В. Л. Янин, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1962-1976 гг)*, Москва 1978, 31.

²⁰ А. А. Зализњак, *Древненовгородский диалект*, 297.

²¹ Смисао текста берестјане грамоте № 103 после многих историјских, лингвистичких

И берестјана грамота № 8 веома је значајна за расветљавање уговора о купопродаји краве: “Од Семунове жене Игучку... Ономе чија је *крава* код тебе кажи ако хоће краву и долази по њу, нека понесе *три гривне*”.²² У улози продавца могла је да се нађе и жена. Купопродајна цена је јасно назначена. Ово писмо представља понуду за закључење купопродајног уговора. Жена у улози потенцијалног продавца обавештавала је евентуалног купца преко неког трећег лица да закључе уговор о купопродаји краве.

Берестјана грамота № 65 из XIII или XIV века гласи: “Поштовање од Метвеја Јосифу Давидову. Довези ми *две медвеђе коже* за веретишче (ланени застор) и за попону (коњски покровац) за коња, а *коња* (могуће: узми неког)... на полеђини пише: ... Ако се спремаш ‘да водиш’, *продај за три рубље* (тј. продај по утврђеној цени), а ако се не спремаш, не продај”.²³ У древноруском праву није поуздано утврђено значење термина “водити”. Једно од могућих је и “увести жену у кућу”, “оженити се”. Предмет купопродаје су две медвеђе коже које су очигледно намењене изради опреме за коња. Истовремено, примаоцу писма наложено је да прода нешто за три рубље, тако да се може сматрати да му је овим упутством предложено закључење више купопродајних уговора. Он се могао наћи и у улози купца и у улози продавца. Постоји могућност да је и коњ могао бити предмет купопродаје, али се то не може поздано тврдити због нејасног и оштећеног изворног текста.

Берестјана грамота № 675 из средине XII века гласи: “Брате Миљата. У Кијеву Бог нам је био сведок (уговору) међу нама. *Од твојих комада драгоцене тканине девет сам уговорио себи*. Због тога у Луки (Велике Луке, град... 6 гривни... кад дође у Суздаљ, платиће дуг”. Овај документ описује трговинске операције које су обухватиле неколико градова: Новгород, Кијев, Велике Луке и Суздаљ.²⁴ На тај начин, он доказује тврдње о раширеној и развијеној трговини између веома удаљених древноруских градова и области.

Ово писмо веома је значајно за историју руског приватног права и због других разлога. Оно представља сведочанство о купопродаји као

и палеографских анализа утврдио је коначно А. Гипиус у своме делу *К прагматике и комуникативной организацији берестяных грамот*, у В. Л. Янин, А. А. Зализняк, А. А. Гипиус, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1997-2000)*, Москва 2004, 214–215.

²² А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, 435.

²³ Исто, 536.

²⁴ Исто, 297.

консензуално закљученом уговору. На почетку текста стоји формулација “Бог нам је сведок (да смо закључили уговор)” што значи да није било сведока, већ да је само постигнута сагласност изјављене воље. Уговорне стране очигледно нису живеле у истом граду. Договор за закључење купопродаје постигнут је у Кијеву, а продавац је највероватније из Суздаља. Из овог писма види се и да је сагласност воља две стране постигнута и у погледу висине купопродајне цене. Девет комада тканине коштало је шест гривни, чиме је прецизно одређена цена ствари. Купац је са продавцем, дакле, само уговорио купопродају, али се она од тог тренутка сматрала закљученом. Предмет купопродаје није предат купцу, нити је купопродајна цена исплаћена продавцу, што сведочи о још једном консензуално закљученом уговору. Купац и продавац постигли су сагласност око предмета купопродаје и висине купопродајне цене. Предаја ствари и исплата купопродајне цене потпуно су одвојене радње од постизања сагласности изјава воља учесника правног посла. Због тога се са пуно основа може тврдити да је овај купопродајни уговор закључен као консензуалан контракт.

Берестјана грамота № 420 из XIII века гласи: “Од Панка Захарији и Агафону. *Продао сам Миљати 40 дабровских кожа за 10 гривни сребра.* Кад добијеш новац, тада предај кожу.”²⁵ Уговор о купопродаји закључен је у корист трећег лица. Купопродајна цена је одређена. Предмет уговора је животињска кожа. И ово писмо потврђује да се у древноруском облигационом праву уговор о купопродаји закључивао као консензуални уговор. Јасно се види да ни роба ни новац нису предати, већ је само постигнута сагласност воља за закључење уговора. Овакав купопродајни уговор у потпуности одговара уговору који се помиње у берестјаној грамоти № 675.

Из периода између XII и XIII века дошла је до нашег времена и берестјана грамота № 153. И она сведочи о купопродаји. Предмет уговора је јеленска кожа, а означен је и продавац. Њен текст веома је једноставан: “*Купи (у оригиналу крини) јеленску кожу од Фјодора Урока; а он живи у Славњи (на Славонском концу, тј. кварту Новгорода)*”.²⁶ Из записа се не види ко је купац, али је означен продавац коже. То је извесни Фјодор Урок. Купац је добио упутство од нама непознатог лица да купи јеленску кожу, што значи да је овај купопродајни уговор закључен у корист трећег

²⁵ Исто, 478.

²⁶ Исто, 454.

лица. Иначе, раније се у литератури сматрало да ова берестјана грамота потиче из друге половине XII века.²⁷

Купопродаја жита у Новгороду била је очигледно уобичајена, вероватно свакодневна појава још од XII века. Берестјана грамота № 581 такође је једноставне садржине: “Од Орешка Борису. Тако како си ми *продао јечам...*”.²⁸ Без обзира на то што је текст изузетно кратак, он даје сасвим довољно информација о правном послу. Означен је купац (Орешко) и продавац (Борис). Предмет купопродаје је једна врста житарица (јечам). Из берестјане грамоте се не види износ купопродајне цене и количина јечма која је продата.

Две берестјане грамоте, № 706 и № 709, сачињене вероватно средином XIII века, готово су идентичне садржине. Обе су нађене неколико метара једна од друге, писане су истим рукописом и у њима се подударају имена пошиљаоца и примаоца. Њихов текст веома је кратак и садржи само помен купопродаје хмеља: “Од Милосте Захарији. Немој да *продајеш хмељ*, него пожури овде”.²⁹

Судећи по садржини наведених берестјаних грамота, перид XI–XIII век представља раздобље када се у Кијевској Русији често трговало житарицама. У познијем раздобљу, у периоду XIV и XV века, исто се може тврдити за со. Новгородска берестјана грамота № 282 гласи: “...а соли не купуј. *Купио сам немачку со*. Доставио бих ти је овде...”³⁰. Из Старе Русе, једног од најстаријих древноруских градова, долази нам још једно писано сведочанство о купопродаји соли (№ 2): “Наредба од Кузме синовима Исаку, Уљану и Тимофеју... а овде траже *со, седам корпи за рубљу*. А наши желе да дају *по истој цени...*”.

Берестјана грамота из Старе Русе вероватно описује постојање породичног трговачко-занатлијског удружења. Отац наређује синовима по којој цени могу да продају или да не продају робу, у конкретном случају одређену количину соли. У одговарајућим новгородским историјским изворима има података о веома живој и разгранатој трговини Новгорода са немачким градовима.³¹

²⁷ А. В. Арциховский, В. И. Борковский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1955 года)*, Москва 1958, 28.

²⁸ Овај документ настао је крајем XII века. А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, 412.

²⁹ Исто, 479.

³⁰ Исто, 618.

³¹ Међу робом која се увозила у Новгород и друге руске земље со је заузимала веома

Постоје докази да се купопродаја на почек закључивала на северо-западу Русије током XIV века, будући да берестјана грамота № 144 вели: “Упутство Косарику од Јосифа. Узми од Тимофеја 50 сигава (врста лососа) оквирно за три рубља. А рок за плаћање на Рождество (на Божић).”³² Дакле, предмет купопродаје у овом случају била је једна врста рибе. Количина је тачно одређена. Уговорена је и оквирна купопродајна цена и њен максимум износи три рубље. То је потпуно у складу са принципима облигационог права да купопродајна цена мора бити одређена или бар одредива. Међутим, купопродаја није закључена на уобичајен начин, тј. као реалан уговор. Предаја купљене робе не подудара се са исплатом цене. Постоји временски интервал који раздваја ове две радње. Продавац има обавезу да одмах преда робу, а купац има одложено обавезу исплате купопродајне цене. Дакле, роба ће одмах бити преузета, а цена ће бити исплаћена у тачно одређени дан (на Божић). Изводи се логичан закључак да је овакав правни посао закључен у форми купопродаје на почек.

Берестјана грамота № 125 из последњих година XIV века помиње купопродају скупоцене тканине: “Наклон од Марине сину својем Григорију. Купи ми добру зендањ (свилену тканину); а новац сам дала Давиду Прибиши. Тако ти, дете моје, купи сам и доведи је овде...”³³. Предмет купопродаје била је скупоцена свилена тканина³⁴. Ово писмо мајка је послала сину. Она га моли да својим новцем купи тканину, будући да је новац дала извесном Давиду Прибиши. Из истог периода потиче и берестјана грамота № 173 о купопродаји уља: “Наклон од Панфила Марку и попу. Купите уље за кандило па пошаљите овде.”³⁵ Није случајно што је у писму поменут свештеник. Вероватно је налог за куповину уља упутила црква или манастир.

За историју приватног руског права вишеструко је значајна новгородска берестјана грамота № 775. Она гласи: “Од Дрочиле Поникарпу.

важно место. Прва неспорна сведочанства о увозу соли из немачких градова забележена је 1331. године. А. Л. Хорошкевич, *Торговля Великого Новгорода с Прибалтикой и Западной Европой в XIV-XV веках*, Москва 1963, 220.

³² А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, 538.

³³ Исто, 657.

³⁴ У литератури постоји и мишљење да је предмет купопродаје “зендањ” јефтина тканина ниског квалитета. И. В. Дубов, *Новые источники по истории Древней Руси*, Москва 1990, 123.

³⁵ А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, 656.

Ево купљено је (или теби је купљено) осамнаест полушки³⁶ ражи и пет полушки пшенице. А сада ево (новца) за накнаду за превоз нема, а без новца они не возе. Или пошаљи новац, или се договори са неким, или нека то преузме допутовавши овде Тит. А раж је купљена за пола гривне, а пшеница за 39 куна. А за коња (или коњима) пошаљи мени две гривне сребра. А ја, човек убог, молим те с наклоном, *накнаду за превоз* би хтео по осам куна и по мордку³⁷.

Ова берестјана грамота настала је вероватно у другој половини XIII века.³⁸ Она садржи доказе о закључењу неколико облигационих уговора. Основни посао је купопродаја жита. Извесни Поникарп купио је одређену количину ражи и пшенице, по тачно одређеној купопродајној цени. Нама је непознато да ли је Дрочила купио коња за превоз тог жита. Уколико би била прихваћена претпоставка да га је купио, купопродајна цена износила би две гривне сребра, што у потпуности одговара његовој тадашњој тржишној вредности. Међутим, уз уговор о купопродаји, Поникарп је од Дрочиле, аутора ове берестјане грамоте, добио понуду за закључење уговора о превозу робе. Такав уговор само је једна од подврста уговора о делу. Дрочила је понудио Поникарпу да му превезе већ купљену робу (жито) за новчану надокнаду. Понуђена је плата за превоз робе у износу од осам куна и једне мордке.³⁹

Берестјана грамота № 271 из друге половине XIV века један је од најзначајнијих правних извора купопродаје покретних ствари. Она је, у извесној мери, повезана са берестјаном грамотом № 775, будући да помиње купопродају жита. У литератури постоје две верзије њеног превода.⁴⁰ Њен текст у коначном преводу гласи: “Наклон од Јакова куму и

³⁶ “Полушка” – мера за жито. *Словарь русского языка XI-XVII вв*, Москва 1975, 278.

³⁷ А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, 502.

³⁸ Ова исправа није настала пре средине XIII века. Готово сигурно припада трећој четвртини XIII века. В. Л. Янин, А. А. Зализняк, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1990-1996 гг)*, Москва 2000, 67

³⁹ “Мордка” је нижа новчано-обрачунска јединица, у XV веку вредела је половину новгородске “денге”. В. Л. Янин, А. А. Зализняк, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1990-1996 гг)*, 68.

⁴⁰ А. В. Арциховский, В. И. Борковский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1956-1957 гг)*, Москва 1963, 97 и Л. В. Черепнин, *Новгородские берестяные грамоты как исторический источник*, Москва 1969, 270–271. Разлика је у тумачењу једне речи која потпуно мења смисао текста. Израз “вести” (“везти”) А. В. Арциховски преводи као “вести”, “обавештења”, док Л. В. Черепнин исти израз преводи као “возити”. Будући да берестјана грамота № 775 (пронађена тек 1996. године) садржи исти

другу Максиму. *Купи* ми, молим те, *овас* од Андреја. Ако прода, узми од њега *грамоту* (очигледно, као *писани доказ купопродаје*), па ми је пошаљи читко написану. Наложити превоз овса овде код мене, у најбоље могуће време (мисли се на временске прилике)...”⁴¹

Најважнији детаљ ове берестјане грамоте јесте чињеница да она садржи могућност закључења уговора о продаји жита у писаној форми. Писац и пошиљалац овог писма, извесни Јаков, од свог кума и пријатеља Максима изричито тражи да му пошаље писану потврду о учињеној купопродаји. Он чак инсистира да исправа мора бити читко написана. Купац жита захтева од Максима да му организује и превоз купљене робе. Јаков овлашћује Максима да од продавца Андреја купи извесну количину житарица.

Поставља се питање да ли овај текст може и шире да се тумачи, тј. да ли се овај доказ о закључењу купопродаје у писаној форми може проширити и на друге случајеве закључења истоименог облигационог уговора? Нажалост, ово је једно од ретких сведочанстава да се купопродаја покретних ствари могла закључити и у писаном облику. Не треба, ипак, искључити могућност да су се приватно-правни послови у развијенијим древноруским градовима неретко закључивали у писаној форми, посебно ако се у обзир узму и одговарајуће одредбе Псковске судне грамоте. У прилог овој хипотези иде и текст још једне берестјане грамоте који садржи синтагму “*возми грамоту*” (“*узми грамоту*”).⁴²

Закључак

Берестјане грамоте и приватно-правне исправе руског приватног права у периоду XI–XV века представљају појединачне правне акте који одсликавају примену у пракси одредаба древноруских зборника права. Без ових драгоцених правноисторијских извора било би немогуће знати да ли су се правне норме Руске правде и Псковске судне грамоте заиста примењивале у свакодневном животу. Древноруско право познаје

термин којим се означавао превоз жита, треба прихватити другу верзију превода.

⁴¹ А. А. Зализњак, *Древненовгородский диалект*, 586.

⁴² Берестјана грамота № 877/572 из XII века описује трговачке операције, помиње новчане износе и полагање заклетве. После свега тога, она садржи и поменућу формулацију “*возми грамоту*”, упућену примаоцу писма. А. А. Зализњак, *Древненовгородский диалект*, 314–315.

исправе о закљученој купопродаји непокретности, исправе о зајмовима веће вредности, исправе о закупу земље, исправе о размени и исправе о учињеним поклонима. Берестјане грамоте су различите садржине. Многе од њих су поуздано сведочанство о закљученим облигационим уговорима. Осим што потврђују примену одредаба поменутих законика, норме садржане у берестјаним грамотама и приватноправним исправама одсликавају и примену обичајног права или реципираног римско-византијског права. Берестјане грамоте, будући да долазе из богатих и развијених градских центара, у својим текстовима носе и трговачки дух градског права, сведоче о развијеној занатској производњи и потврђују тезе о распрострањеној писмености међу градским становништвом.

По неким берестјаним грамотама види се чак и да је уговор о купопродаји покретних ствари (према класификацијама класичног римског права), припадао групи консензуалних контраката, тј. да се уговор закључивао у моменту када су се купац и продавац сагласили у погледу предмета правног посла и висине купопродајне цене. Друге берестјане грамоте, пак, наводећи коришћење напредније правне технике, прописују писани облик закључења купопродаје покретних ствари. Предмет уговора биле су различите врсте покретних ствари. У берестјаним грамотама проналазимо податке о купопродаји коња, других домаћих животиња, разноврсних животињских кожа, више врста житарица, других животних намирница, одевних предмета, скупоценог накита и многих других мање и више вредних ствари. Сви ти важни документи одсликавају једну за средњи век економски необично развијену средину, са динамичном робно-новчаном разменом и високим степеном занатске и пољопривредне производње, са веома заступљеном увозном и извозном трговином. У томе су предњачили северозападни древноруски градови, али се њихов предузимачко-трговачки дух осећао и у другим древноруским земљама. Читава та, за период од XI до XV века неуобичајена слика, створила је реалну основу за висок степен развоја приватног, посебно облигационог уговорног права. Убедљиво најзаступљенији међу уговорима био је уговор о купопродаји покретних ствари, правни посао који се закључивао међу свим друштвеним слојевима. Посредно се преко његове заступљености, начина закључивања, врсте ствари које су биле његов предмет и судске заштите може сагледавати свакодневница обичног човека, ниво културе у средњовековном древноруском друштву, па чак и степен развоја права у целини.

Conclusion

According to some private document written on the willow bark (the so-called berestjane gramote), it can be even concluded that the sale of movables contract (by the classical Roman law classification) belonged to the group of consensual contracts, i.e. that it was considered concluded in the moment when buyer and seller had reached agreement as to the subject and the price. Other documents, however, utilizing the more advanced legal techniques, stipulate the written form of the contract. In those documents we find data on sales of horses, other domestic animals, different sorts of leather, grains, food, clothes, jewelry on other more or less valuable movables. All these important documents illustrate an unusually economically developed society in terms of the middle ages, with the dynamic economic exchange, highly developed craftsmanship and agriculture, and the intensive export-import trade. The north-western ancient Russian towns had a leading role in this respect, but their entrepreneurial spirit was felt in other ancient Russian lands. This unusual picture for the period from the XI until the XV century created the firm basic for the intensive development of the private, and especially contract law. By far the most utilized in all social classes was the sale of movables contract. Indirectly, through the measure of its use, the ways it had been concluded, its subject matter and its legal protection, we can get a picture of the life of ordinary people, of the level of social culture in the medieval ancient Russian society, and even of the development of the law in general.

Литература

А. В. Арциховский, В. И. Борковский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1955 года)*, Москва 1958.

А. В. Арциховский, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1958-1961 гг.)*, Москва 1963.

С. А. Высоцкий, *Древнерусские надписи Софии Киевской*, Москва 1966.

И. В. Дубов, *Новые источники по истории Древней Руси*, Москва 1990.

А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, Москва 2004.

В. Л. Янин, *Берстяные грамоты как исторический источник*, <http://gramoty.ru/library/janin01.pdf>

В. Л. Янин, *Я послал тебе бересту...*, Москва 1975.

В. Л. Янин, А. А. Зализняк, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1976-1983 гг)*, Москва 1986.

В. Л. Янин, А. А. Зализняк, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1990-1996 гг)*, Москва 2000.

В. Л. Янин, А. А. Зализняк, А. А. Гипиус, *Новгородские грамоты на бересте (из раскопок 1997-2000)*, Москва 2004.

Д. С. Лихачев, *Повесть временных лет*, Санкт Петербург 1996.

В. В. Момотов, *Берестяные грамоты – источник познания русского права XI-XV вв*, Краснодар 1997.

Д. Николић, *Древноруско словенско право*, Београд 2000.

Историја Русије, приредили Д. Оболенски и Р. Оти, Београд 2003.

Словарь русского языка XI-XVII вв, Москва 1975.

А. Л. Хорошкевич, *Торговля Великого Новгорода с Прибалтикой и Западной Европой в XIV-XV веках*, Москва 1963.

Л. В. Черепнин, *Новгородски берестяные грамоты как исторический источник*, Москва 1969.

Aleksandar Đorđević, SJD**

**SALE OF MOVABLES IN THE ANCIENT
RUSSIAN DOCUMENTS**

***Abstract:** In this paper the author emphasizes the significance of the particular source of the in the Kiev Russia – the unique documents written on the willow bark (the so-called berestjane gramote). These are the very common ancient Russian individual legal acts which contained numerous private legal institutes. In this article, the author analyzes those documents which pertain to the sale of movables. These sources illustrate the application of the norms of the ancient Russian codifications – The Russian Justice and the Judicial Gramota of Pskov, and indicate the high level of literacy of the Russian medieval society, as well as the highly developed legal system.*

***Keywords:** Kiev Russia, ancient Russian documents on willow bark, Russian justice, judicial gramota of Pskov, sale of movables.*

** Associate professor
University of Niš Faculty of Law
djole@prafak.ni.ac.rs

ОТКЛАЊАЊЕ НЕПРАВИЛНОСТИ УЧИЊЕНИХ ПРИ СПРОВОЂЕЊУ ИЗВРШЕЊА

Стојана Петровић*

***Апстракт:** Неправилности које судски извршилац, односно извршилац по уговору учини приликом спровођења извршења суд може отклонити или непосредно или налагањем дужности њиховог отклањања истом оном помоћном органу суда који их је учинио. Изјављивањем приговора ради отклањања тих неправилности, странке, односно учесници у поступку, не само да штите свој интерес да се поступак извршења спроведе строго онако како то прописује закон, већ они тиме иницирају и специфичну врсту судске контроле рада помоћних судских органа – судског извршиоца и извршиоца по уговору.*

У раду ће се нормативно-догматски анализирати законски модел овог правног средства у извршном поступку, у домаћем праву. Поред тога, анализом процесне теорије поводом појединих питања, утврдиће се да ли постојећи законски оквир аксиолошки задовољава потребе странака и учесника у поступку да заштите своје интересе. Циљ је да се законодавцима у ентитетима Босне и Херцеговине сугерише да постоји много нерегулисаних питања, те да би се пажљивијим нормирањем отклониле бројне, овдје отворене дилеме.

***Кључне ријечи:** извршилац по уговору, судски извршилац, спровођење извршења, неправилности при спровођењу извршења.*

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци
e-mail: stojana.petrovic@pf.unibl.org

I Увод

У систему судског извршења, какав је усвојен у ентитетима Босне и Херцеговине, суд одлучује о дозволи извршења рјешењем¹, док извршење спроводи судски извршилац, или пак извршилац по уговору². Судски извршилац, као ни извршилац по уговору, нису овлашћени да доносе одлуке, већ они (само) спроводе одлуке суда. Судски извршилац, једнако као и извршилац по уговору, могу у поступку спровођења извршења учинити пропуст, који законодавац регулише као неправилност, односно као незаконитост. Законским предвиђањем могућности за изјављивање приговора ради отклањања тих неправилности, странкама и учесницима у извршном поступку обезбјеђује се судска контрола рада наведених помоћних судских органа³. Осим тога, странкама и другим учесницима у извршном поступку тиме се обезбјеђује судска заштита од самовољног поступања нарочито извршиоца по уговору, који за свој рад суду не одговара ни дисциплински, јер формалноправно није запосленик суда.

У раду се полази од тврдње да похвална идеја и смисао постојања правног средства, какво је приговор ради отклањања неправилности учињених при спровођењу извршења, у домаћем праву није адекватно реализована, првенствено усљед његовог нејасног и непрецизног нормирања. То отвара бројне дилеме и недоречености, на које ни у домаћој судској пракси нема адекватног одговора. Посљедишно томе, странке и учесници, у пракси, не препознају потенцијал овог приговора у отклањању неправилности учињених приликом спровођења извршења и ријетко посежу за његовим изјављивањем пред судом.

II Законски оквир поступка отклањања неправилности учињених при спровођењу извршења

Правилима извршног поступка у домаћем праву поступак отклањања неправилности учињених при спровођењу извршења само је

¹ Чл. 39 Закона о извршном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18 (даље у тексту: ЗИП РС).

² Чл. 40а ЗИП РС.

³ Гордана Станковић, „Отклањање неправилности у поступку спровођења извршења“, *Правни живот*, 3/2020, 203; Ранко Кеча, Боривоје Старовић, *Грађанско процесно право* (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2004), 621.

сегментарно регулисан. Бројна питања која су остала изван видокруга домаћих законодаваца, а која су могла бити ријешена једним техничким термином, или пак фразом у одговарајућој одредби члана, повод су за подијељена мишљења и у процесној теорији.

1. Садржина правног стандарда *неправилност при спровођењу извршења*

Законом није конкретизован појам *неправилности при спровођењу извршења*. Ради се о правном стандарду, чија се садржина попуњава у сваком конкретном случају према схватању суда.⁴

Из законског текста, тумачењем, произлази да се садржина правног стандарда неправилност при спровођењу извршења односи искључиво на ситуацију када неправилност, односно незаконитост учини судски извршилац, односно извршилац по уговору.⁵ Они поступају у фази спровођења извршења, из чега слиједи да се неправилност при спровођењу извршења може учинити само у овој фази извршног поступка.⁶ У процесној теорији се наводи да постоје мишљења да и неправилности које у спровођењу извршења изврше и други помоћни органи суда, као што је орган старатељства, регистар непокретности, и сл. потпадају под овај правни појам.⁷ Овакво тумачење, међутим, не произлази из смисла одредбе чл. 45 ЗИП РС. Конститутивни елементи овог процесног института су да неправилност може учинити само судски извршилац, односно извршилац по уговору, те што они ту неправилност чине у фази спровођења извршења. Неправилност коју учини суд не може се отклонити изјављивањем приговора ради отклањања неправилности учињене при спровођењу извршења.⁸

⁴ Г. Станковић, „Отклањање неправилности у поступку спровођења извршења“, (2020), 207; Татјана Зороска Камилловска, „Реформе система извршења у државама региона – концептуалне сличности и разлике, контроверзе и дилеме“, *Хармонизација грађанског права у региону* (2013), 470.

⁵ В. Чл. 45 ЗИП РС

⁶ Упоредноправно гледано, тако је и изричито регулисано одредбом чл. 148 ст. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу – ЗИО Ср, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, 10/23.

⁷ Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право* (Београд: Савремена администрација, 2010), 504.

⁸ Суд, примјера ради, може учинити неправилност тако што рјешењем о извршењу исправно наведе број банковног рачуна извршеника на којем се спроводи извршење,

Законом је изричито прописан начин спровођења извршења и вријеме предузимања извршних радњи.⁹ Ово је неопходно због овлашћења судског извршиоца, односно извршиоца по уговору, да они спроводећи извршење заправо спроводе дозирану принуду према извршенику. Дужност ових помоћних органа суда да се придржавају правила о начину и времену предузимања извршних радњи манифестација је и начела формалног легалитета у фази спровођења извршења.

Неправилно поступање судског извршиоца и извршиоца по уговору може да се састоји првенствено у чињењу. Није уобичајено да се чињењем чини неправилност, будући да се од правосудних државних органа и њихових помоћних органа и очекује активно спровођење извршних радњи на законом прописан начин. Овдје је ријеч о радњама, које судски извршилац, односно извршилац по уговору није требало да предузму, било по њиховом карактеру, било по начину њиховог предузимања. Дакле, да би приговор ради отклањања неправилности при спровођењу извршења био основан, предузимање у поступку извршења треба да је такво да се њиме вријеђају не само начела поступка, већ и да је то предузимање у супротности са радњама које законодавац прописује да извршилац треба да предузме, било по свом карактеру, који је такав да нису допуштене по закону, било по времену, било по начину њиховог предузимања¹⁰, у смислу њиховог непотребног понављања, или њихове

али погрешно наведе врсту рачуна (трансакциони, умјесто депозитни), па нема услова за спровођење извршења преносом средстава извршеника рачун тражиоца извршења, будући да средство извршења не одговара врсти рачуна (В. Пресуду Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, бр. 65 0 Пс 038955 19 Рев., од 13.02.2020).

⁹ Чл. 42–43 ЗИП РС.

¹⁰ Гордана Станковић, Душица Палачковић, Александра Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу* (Београд: Службени гласник, 2018), 594. Тако и Гордана Станковић, *Грађанско процесно право* (Београд: ИП Јустинијан, 2004), 660.

Неки аутори наводе да извршитељи у Републици Србији, иако нису овлашћени самостално предузимати мјере принуде према извршенику, прибјегавају запошљавању помоћника који ће спроводити радње извршења, а који својом појавом застрашују извршеника (В. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2020), 933). Будући да неки аутори и некоректан однос извршиоца приликом спровођења извршења према странкама и учесницима у поступку подводе под појам *неправилности* (тако Алена Хусеинбеговић, „Улога судског извршиоца у цивилно извршном поступку“, *Правна ријеч*, 20/2009, 313), сасвим оправдано би се могло сматрати да прибјегавање оваквим мјерама посредне принуде од стране извршитеља на странке и учеснике у поступку извршења потпада под правни стандард *неправилности*.

повезаности са несразмјерним трошковима предузимања, спровођењу извршења у већем обиму него што је то потребно за намирење тражиоца извршења, одуговлачењу поступка спровођења извршења, и слично.

Неправилност се може манифестовати и као пропуштање предузимања неке радње коју је судски извршилац, односно извршилац по уговору, био по закону дужан предузети.¹¹ Немогућност спровођења извршења није неправилност.

2. Правна природа приговора ради отклањања неправилности учињених при спровођењу извршења

Поступак отклањања неправилности при спровођењу извршења покреће се по диспозицији странака извршног поступка, односно неког од учесника. Законодавац не предвиђа могућност да суд самоиницијативно, по службеној дужности, утврђује постојање, нити да отклања неправилности при спровођењу извршења које учини судски извршилац, нити извршилац по уговору.¹²

Строго појмовно гледано, домаћи законодавци уопштено прописују да се захтјев за отклањање неправилности поставља *поднеском*¹³. Из ове одредбе произлази само то да се у форми писаног поднеска подноси захтјев којим се покреће поступак контроле правилности рада судског извршиоца, односно извршиоца по уговору. Ово правно средство не би се могло именовати као *захтјев*. Захтјев је материјалноправно тражење које је садржајно суштински елемент поднеска.¹⁴ Неки аутори ово прав-

¹¹ Г. Станковић, *Грађанско процесно право* (2004), 660.

¹² Уколико би судија и сам уочио да је судски извршилац, или пак извршилац по уговору, учинио неправилност при спровођењу извршења, он не би могао поднијети приговор ради отклањања неправилности, нити би ову неправилност могао без иницијативе овлашћеног подносиоца утврдити. Таква неправилност, у тој ситуацији, утицала би на законитост одлуке суда на којој се таква радња темељи, те би се таква одлука суда могла побијати одговарајућим правним средством (Синиша Трива, Велимир Белајец, Михајло Дика, *Судско извршно право* (Загреб: Информатор, 1980), 250).

¹³ Чл. 45 ст. 1 ЗИП РС, чл. 45 ст. 1 Закона о извршном поступку – ЗИП ФБиХ, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16, 42/18.

¹⁴ *Супротно схватање* код Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, 2010, 504, те и код Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право* (Београд: Службени гласник, 2021), 594, и Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2012), 297.

но средство називају *тражење*.¹⁵ Како о захтјеву за отклањање неправилности учињених при спровођењу извршења одлучује првостепени извршни суд, те како се у члану 29а ст. 4 ЗИП РС и изричито регулише да странке изјављују приговор ради отклањања неправилности, у наставку текста узеће се да се ради о приговору, а који садржи захтјев за отклањање неправилности учињених при спровођењу извршења.¹⁶

Садржина приговора ради отклањања неправилности треба да одговара општим захтјевима за садржину било којег другог поднеска, да би се по њему могло поступати. Материјалноправни захтјев за отклањање неправилности при спровођењу извршења централни је дио приговора. Иако није изричито регулисано, те будући да није изричито прописан рок за изјављивање овог правног средства који би се рачунао од времена предузимања извршне радње, подносилац приговора могао би кумулирати више захтјева у материјалноправном смислу, односно тврдити да је судски извршилац, предузимајући радње извршења, при томе учинио више неправилности у току извршног поступка.¹⁷

Скоро једногласно је схватање у процесној теорији да приговор ради отклањања неправилности при спровођењу извршења није правни лијек, јер се њиме не побија одлука извршног суда.¹⁸ Ради се о правном средству, којим се захтијева отклањање неправилности и незаконитости учињених у фази спровођења извршења, будући да од поступања овлашћених лица у овој фази зависи ефикасност цјелокупног извршног поступка.¹⁹

¹⁵ Р. Кеча, Б. Старовић, *Грађанско процесно право* (2004), 621; С. Трива, В. Белајец, М. Дика, *Судско извршно право* (1980), 249.

¹⁶ Станковић ово правно средство именује *приједлогом* за отклањање неправилности (в. Гордана Станковић, „Заједничка продаја непокретности и покретних ствари“, *Правни живот*, 12/2017, 11, те и Г. Станковић, „Отклањање неправилности у поступку спровођења извршења“, (2020), 202). У ранијим радовима говори се о *приговору ради отклањања неправилности* (упор. Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, (2004), 660).

¹⁷ У правима, у којима је изричито предвиђен рок за изјављивање овог приговора, не вриједи овај став, већ се у прописаном року приговор може изјавити само за сваку учињену неправилност засебно (в. чл. 148 ст. 1 ЗИО Ср).

¹⁸ Тако и Ранка Рачић, *Извршно процесно право* (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2021), 85; Р. Кеча, Б. Старовић, *Грађанско процесно право* (2004), 621; Г. Станковић, *Грађанско процесно право*, (2004), 660; Н. Бодирога, *Теорија извршног поступка* (2012), 297.

¹⁹ Р. Рачић, *Извршно процесно право* (2021), 118.

Приговор ради отклањања неправилности је релативно преклузивно правно средство. Иако није ограничен конкретно постављеним роком, претпоставка је да се ово правно средство не може изјавити временски неограничено, већ само до окончања поступка извршења²⁰, а из разлога да би се утврђена неправилност у току његовог трајања могла и отклонити.²¹ Након тога, лица овлашћена на његово изјављивање биће преклудирани. У процесној теорији, ово се сматра некомпатибилним интересу тражиоца извршења да се извршни поступак што прије и што ефикасније оконча. Аргументује се да разматрање приговора од стране суда, било да га поднесе тражилац извршења, било извршеник, повлачи за собом и неизбјежно застајање са започетим извршним поступком и то неограничен број пута.²² Овакво схватање испољава можда и неоправдану бојазан за интерес тражиоца извршења, будући да је суд дужан у кратком року од три дана да одлучи о истом.²³ Да би интерес тражиоца извршења за ефикасним намирењем био угрожен, потребно је да извршеник приговара свакој радњи предузетој од стране судског извршиоца, односно извршиоца по уговору за вријеме трајања једног поступка извршења, а што би онда код суда требало покренути сумњу на извршеникову очигледну злоупотребу процесних овлашћења. Ипак, шире посматрано, изнесени став има своје логичко оправдање. Наиме, уколико суд утврди да је приговор ради отклањања неправилности основан, он ће донијети декларативну одлуку о томе, укинути предузете радње и сам отклонити

²⁰ Тако и Р. Рачић, *Извршно процесно право* (2021), 139.

Одредбом чл. 64 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ прописано је да се поступак извршења сматра завршеним, између осталог, спровођењем извршне радње којом се извршење довршава. Ова одредба *circulus vitiosus* чини се недовољно прецизном и не даје конкретан одговор на питање да ли се поступак извршења сматра завршеним и уколико он не резултира потпуним намирењем тражиоца извршења. Тумачење да се поступак извршења сматра довршеним потпуним намирењем тражиоца извршења, будући да је то и био првобитни циљ његовог покретања, не би било исправно. Логичнијим се чини да се поступак извршења довршава предузимањем последње извршне радње, без обзира на то да ли је тражилац извршења намирен у потпуности или није. Њему, у одсуству института *res iudicata* у извршном поступку, стоји на располагању да поново покрене извршни поступак ради потпуног намирења свог потраживања.

²¹ А. Хусеинбеговић, „Улога судског извршиоца у цивилном извршном поступку“, (2009), 314.

²² Ранка Рачић, „Извршилац по уговору“, *Правна ријеч*, 32/2012, 380.

²³ Чл. 45 ст. 5 ЗИП РС.

неправилност, или ће конститутивном одлуком наложити судском извршиоцу, односно извршиоцу по уговору, да отклони учињене неправилности.²⁴ Без обзира на то какву од наведених одлука ће донијети суд, тешко је замислити да у овој ситуацији неће доћи до застоја поступка извршења, у смислу дужине његовог временског трајања. Иако поступак извршења наставља да тече, укидање предузетих радњи, а нарочито њихово поновно предузимање, у коначници, доводи до продужења трајања поступка извршења, у поређењу са ситуацијом да није учињена неправилност на коју се овлашћени предлагач позива.

Ово правно средство вишеструко је ограничено. Оно се може изјавити само из разлога што је учињена неправилност, али уз испуњење услова, и то временских – да је неправилност настала у тачно одређеној фази извршног поступка, тачније у фази спровођења извршења, те субјективних – да су неправилности учињене радом судског извршиоца, или извршиоца по уговору, а не и осталих помоћних органа суда, или самог суда. Ограниченост приговора ради отклањања неправилности ограничено је правно средство и у погледу лица активно легитимисаних за његово изјављивање. Како се поступањем наведених помоћних органа суда, а које није у сагласности са законом, може повриједити интерес обје странке у извршном поступку, оно је предвиђено као правно средство којим се штите интереси и тражиоца извршења и извршеника, као активно процесно легитимисаних за његово изјављивање. Осим њих, активну легитимацију имају и остали учесници извршног поступка.²⁵ Из одредбе чл. 29а ЗИП РС произлази да тражилац извршења и извршеник само заједнички могу поднијети приговор ради отклањања неправилности учињених при спровођењу извршења. Овакав закључак, међутим, не би био правилан те се може узети да се ради о неспретној законској формулацији израза.

²⁴ Чл. 45 ст. 4 ЗИП РС.

²⁵ Чл. 45 ст. 1 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

То значи да би, примјера ради, приговор ради отклањања неправилности у спровођењу извршења могло изјавити и треће лице, у ситуацији када судски извршилац или извршилац по уговору спроведе извршну радњу продаја покретне или непокретне ствари, а поводом које је треће лице издејствовало одлуку суда којом се извршење проглашава недопуштеним у обиму у којем је захваћена имовина трећег (Г. Станковић, „Отклањање неправилности у поступку спровођења извршења“, (2020), 205; слично и Р. Кеча, Б. Старовић, *Грађанско процесно право* (2004), 621).

Домаћи се законодавци, за разлику од неких примјера у државама окружења²⁶, не оглашавају поводом питања (не)супензивног дејства изјављивања приговора ради отклањања неправилности учињених при спровођењу извршења. Имајући у виду кратак рок који је суду остављен да одлучи о истом²⁷, те и вријеме потребно да судски извршилац, односно извршилац по уговору предузме сваку поједину извршну радњу, а које је несразмјерно (и неоправдано) дуго, може се закључити да изјављивање овог правног средства нема дејство одлагања извршења.

О двостраној правној природи приговора ради отклањања неправилности учињених при спровођењу извршења законодавац Федерације Босне и Херцеговине се не изјашњава. У праву Републике Српске, забуну ствара одредба члана 45 ст. 3 ЗИП РС, а према којој је судски извршилац, као и извршилац по уговору, дужан, без одлагања, обавијестити суд о томе да је странка, односно учесник у поступку изјавио приговор ради отклањања неправилности. Из ове одредбе логички произлази да се приговор изјављује поступајућем судском, односно извршиоцу по уговору, који није овлашћен о истом одлучити, већ га само прослиједити суду на разматрање и одлучивање. Из ове одредбе, међутим, не би се могао извести закључак о намјери законодавца да приговор ради отклањања неправилности регулише као двострано правно средство. То би била ситуација када би наведена норма гласила на обрнути смјер комуникације суд – судски извршилац, односно извршилац по уговору, и то тако да је суд дужан о приговору обавијестити судског извршиоца, односно извршиоца по уговору. Без одговора остаје и питање зашто је законодавац предвидио да се приговор изјављује судском извршиоцу, односно извршиоцу по уговору, ако они немају никаква овлашћења поводом истог, чак ни да контролишу формалну уредност, осим да о њему без одлагања обавијесте суд.²⁸

Из надлежности органа који одлучује о приговору ради отклањања неправилности, а то је првостепени извршни суд, закључује се о релативној ремонстративности овог правног средства. Иако судски, односно извршилац по уговору, немају никаква овлашћења поводом поступања по овом приговору, већ је на то овлашћен искључиво првостепени извршни суд, стиче се утисак да предвиђање овог правног средства има

²⁶ В. одредбу чл. 148 ст. 5 ЗИО Ср.

²⁷ Суд је дужан, у праву Републике Српске, о приговору ради отклањања неправилности учињених при спровођењу извршења одлучити у року од три дана (чл. 45 ст. 5 ЗИП РС). Законодавац другог посматраног ентитета није се бавио овим питањем.

²⁸ Р. Рачић, „Извршилац по уговору“ (2012), 381.

за циљ спровођење судске контроле рада његових помоћних органа, конкретно судског извршиоца и извршиоца по уговору.

3. Поступак поводом приговора ради отклањања неправилности при спровођењу

Образложен и доказима поткрепљен приговор ради отклањања неправилности при спровођењу извршења подноси се, у потребном броју примјерака, поступајућем судском извршиоцу, односно извршиоцу по уговору. Он није овлашћен поступати по изјављеном приговору, већ је он дужан, без одлагања, обавијестити извршни суд.²⁹ Законодавци ентитета Босне и Херцеговине не предвиђају да суд доставља приговор ради отклањања неправилности на изјашњење судском извршиоцу, нити извршиоцу по уговору. Није регулисано како ће суд поступити ако приговор има неке формалне недостатке који спречавају да се о њему одлучи. Није регулисано ни то да ли се изводе приложени докази, нити да ли суд заказује рочиште у ту сврху. По пријему приговора, извршни суд ће о истом одлучити у року од три дана.³⁰ Није, међутим, одређено од када се рачуна овај рок. Претпоставка је да он почиње тећи када поступајући суд заприми приговор.³¹

Иако није изричито регулисано, трошкови који су у вези са поступањем по приговору ради отклањања неправилности, трошкови су поступка извршења.

²⁹ Чл. 45 ст. 3 ЗИП РС.

³⁰ Чл. 45 ст. 5 ЗИП РС.

³¹ Г. Станковић, *Грађанско процесно право* (2004), 661.

Иако је наш законодавац, прописивањем овог правног средства, имао на уму заштиту странака од незаконитог рада судског, односно извршиоца по уговору, редактору одредаба ЗИП РС, првобитно је било промакло да изричито пропише дужност суда на доношење одлуке поводом изјављеног приговора у одређеном року, што је, у пракси, често резултирало избјегавањем суда да одлучи о изјављеном приговору. Као последица тога, извршеник се касније није могао позивати на ускраћивање права на ефикасан приступ суду, чиме су странке очигледно биле постављене у неравноправан положај у односу на поступање судског, као и приватног извршиоца (Ранка Рачић, „Привремено обустављање извршног поступка“, *Правни живот*, 13/2009, 632). Каснијом законодавном интервенцијом овај пропуст је исправљен, прописивањем мониторинг рока за извршни суд, у којем је он сада дужан да донесе рјешење о отклањању неправилности.

Све ово указује на недовољно и тек сегментарно регулисање овог поступка пред судом у домаћем праву. Није, дакле, јасно, како ће извршни суд, без заказивања рочишта и извођења доказа приложених приговору, у пракси са сигурношћу утврдити његову основаност. Са друге стране посматрано, прописивање двостраности овог правног средства, те дужности суда да закаже рочиште и да изводи доказе предложене у приговору, довело би у питање спроводивост одредбе којом се предвиђа кратки рок за одлучивање суда о основаности приговора. Очигледно је да су домаћи законодавци ствар препустили умјешности судије да у кратком року утврди да ли странка извршног поступка, односно учесник, основано истиче приговор.

4. Одлуке суда поводом приговора ради отклањања неправилности при спровођењу извршења

И питање врсте одлуке коју доноси суд поводом приговора – рјешење или закључак, остало је нерегулисано у домаћем праву. На значај регулисања овог питања указује то што од њега зависи могућност побијања те одлуке суда правним лијеком. Неспорно је једино то да је суд дужан да одлучи о основаности приговора ради отклањања неправилности коју је при спровођењу извршења учинио извршилац по уговору, једнако као и када је неправилност учињена током поступања судског извршиоца. Суд, дакле, на овај начин, једнако контролише рад и извршиоца по уговору и судског извршиоца.

У процесној теорији аутори поводом овог питања износе мишљење да суд одлучује рјешењем.³² Постоје, међутим, и схватања да суд закључком треба да одлучи о основаности приговора ради отклањања неправилности.³³

У поступку отклањања неправилности, суд би могао да донесе двије врсте одлука, и то декларативно, или пак кондемнаторно рјешење³⁴, те истовремено са рјешењем и закључак којим ставља ван снаге радње које је утврдио неправилним.

³² Г. Станковић, *Грађанско процесно право* (2004), 661; С. Трива, В. Белајец, М. Дика, *Судско извршно право* (1980), 250.

³³ Р. Рачић, *Извршно процесно право* (2021), 99.

³⁴ Г. Станковић, *Грађанско процесно право* (2004), 661; С. Трива, В. Белајец, М. Дика, *Судско извршно право* (1980), 250.

Иако закон изричито не регулише, суд би рјешењем требало да одлучи о приговору ради отклањања неправилности при спровођењу извршења.³⁵ Рјешење може бити декларативног изрека, када извршни суд утврди постојање неправилности и одлучи сам да је отклони. Суд може одлучити и кондемпнаторним рјешењем и поред утврђивања постојања неправилности, наложити судском извршиоцу, односно извршиоцу по уговору да отклони неправилност коју је учинио. Може се узети да суд, у овој последњој ситуацији, не би могао наложити судском извршиоцу да отклони неправилност коју је учинио извршилац по уговору, нити је могуће обрнуто. Није изричито прописано ни то да суд кондемпнаторним рјешењем судском извршиоцу, односно извршиоцу по уговору оставља рок за отклањање неправилности, иако би то било пожељно.

Одредба према којој суд *може закључком* укинути незаконите и неправилне радње судског извршиоца³⁶ неспретно је редигована и отвара бројна питања и дилеме. Наиме, из ове одредбе произлази то да одлука о укидању незаконитих и неправилних радњи учињених при спровођењу извршења увијек има форму закључка, те да суд ову одлуку *може* донијети. Овдје је употребљени термин *може* сувишан. Из наведене одредбе да се закључити да суд може а и не мора да укине радње судског извршиоца и извршиоца по уговору, чак и уколико нађе да су оне неправилно предузете. У процесној теорији сматра се да суд, и уколико утврди да је учињена неправилност, може истовремено утврдити да она није битно утицала на спровођење извршења, те предузету радњу одржати на снази.³⁷ Са оваквим схватањем не бисмо се могли сложити. Утврђено постојање неправилности увијек утиче на спровођење извршења и суд треба да укине неправилне радње увијек када утврди да је основан приговор поднесен ради њиховог отклањања.³⁸ Из наведене одредбе произлази да суд закључком укида незаконите радње само судског извршиоца, али не и незаконите радње извршиоца по уговору, а што је контрадикторно осталим ставовима овог члана, из чије садржине произлази да суд једнако поступа било да је неправилност учинио судски извршилац, било извршилац по уговору.

³⁵ Тако произлази и из Г. Станковић, *Грађанско процесно право* (2004), 661.

³⁶ Чл. 45 ст. 2 ЗИП РС.

³⁷ А. Хусеинбеговић, „Улога судског извршиоца у цивилном извршном поступку“ (2009), 314.

³⁸ В. Н. Бодироба, *Теорија извршног поступка* (2012), 298.

Из одредбе става 5 члана 45 ЗИП произлази да се рок од три дана који законодавац оставља суду за одлучивање о приговору ради отклањања неправилности односи на рок за доношење рјешења, али не и закључка којим се укидају незаконите и неправилно спроведене радње. Ипак, системским тумачењем ставова одредбе члана 45 ЗИП РС, те њиховим довођењем у међусобну везу, произлази да се овај рок за доношење одлуке односи и на закључак, али само уколико суд приговор ради отклањања неправилности нађе основаним. Једино тада суд, истовремено уз рјешење, треба и закључком да укине неправилно предузете радње.

Поред наведеног рока од три дана за доношење одлуке о приговору ради отклањања неправилности, ставом 5 члана 45 ЗИП, законодавац у Републици Српској предвиђа још један рок од осам дана да суд донесе одлуку о основаности приговора ради отклањања неправилности учињених од стране извршиоца по уговору. Није најјаснији разлог због којег закон предвиђа два рока различите дужине за доношење одлуке суда поводом приговора усмјереног на оспоравање правилности радњи судског извршиоца и правилности радњи извршиоца по уговору. У процесној теорији сматра се да се ради о ситуацији да је законодавац желио прописати да ће суд приговор узети у разматрање, па ако одлучи да је основан, у року од три дана ће отклонити неправилности, или ће наредити њихово отклањање, а ако приговор не оцијени основаним, има дужи рок од осам дана да своју одлуку саопшти.³⁹ Логичнијим се чини тумачење да се ради о томе да је законодавац оставио дужи рок да суд одлучи о приговору ради отклањања неправилности које је учинио извршилац по уговору, у поређењу са дужином рока који му је дат да одлучи, поступајући по истом правном средству, уложеном ради отклањања неправилности које је учинио судски извршилац. *Ratio* оваквог разликовања тешко је одгонетнути.

Одлуку суда којом је утврђена неправилност спроводи сам суд, или он може да наложи ономе свом помоћном органу који је неправилност учинио – судском извршиоцу, односно извршиоцу по уговору, да он и отклони неправилност.⁴⁰ Подносилац приговора нема могућност да утиче на то, нити да предлаже ко ће спровести одлуку суда којом је учињена неправилност и исту отклонити – да ли ће то учинити суд или његови помоћни органи, већ суд о томе одлучује по сопственој процјени.

³⁹ Р. Рачић, „Извршилац по уговору“ (2012), 381.

⁴⁰ Чл. 45 ст. 4 ЗИП РС.

4.1. Утврђивање неправилности при спровођењу извршења и накнада причињене штете

Неправилности и незаконитости учињене у фази спровођења извршења од судског извршитеља, односно извршитеља по уговору, отклањају се одлуком суда поводом приговора. Неправилним или незаконитим радњама извршилаца може се странкама и учесницима извршног поступка узроковати материјална или нематеријална штета.

Приговором ради отклањања неправилности не може се издејствовати накнада штете узроковане странкама, нити учесницима из извршног поступка. Рјешењем којим је утврђено да је неправилност учињена налаже се предузимање мјера за отклањање учињених неправилности. То, ипак, не искључује потребу да се, у неким ситуацијама, изјави и захтјев за накнаду учињене штете, у посебном парничном поступку, усмјереним на државу као на туженог.⁴¹ Тада рјешење, којим је утврђено да је неправилност учињена, представља основу за утврђивање настале штете и за досуђивање њене накнаде.⁴² Са друге стране, и када странка или учесник извршног поступка претходно не поднесе захтјев за отклањање неправилности у спровођењу извршења, сматра се да суд, у парничном поступку за накнаду штете, може да одлучи да ли је било противправности у поступању судског извршитеља, односно извршитеља по уговору.⁴³ У том смислу је и упоредна судска пракса.⁴⁴ Уколико је, пак, суд, рјешењем одбио захтјев за отклањање неправилности, треба узети да постоји правноснажна одлука да неправилност не постоји. Странка не би могла пред судом издејствовати накнаду штете узроковану неправилношћу поступања извршитеља, будући да је питање постојања неправилности већ правноснажно ријешено.⁴⁵

⁴¹ Г. Станковић, „Отклањање неправилности у поступку спровођења извршења“ (2020), 214.

⁴² Н. Бодирога, *Теорија извршног поступка* (2012), 298.

⁴³ Радмила Крстић, „Одговорност јавног извршитеља за штету насталу у поступку извршења или обезбеђења“, *Правни живот*, 12/2017, 210.

⁴⁴ „...неподношење приговора за отклањање неправилности при извршењу није препрека за подношење тужбе за накнаду штете против извршитеља...“ (*Закључци сједнице грађанског одјељења Четвртог апелационог суда у Скопљу, одржане 4.6.2010*, БАС, Скопље, 2/2011).

⁴⁵ Р. Крстић, „Одговорност јавног извршитеља за штету насталу у поступку извршења или обезбеђења“ (2017), 210.

4.2. Утврђивање неправилности при спровођењу извршења и дисциплинска одговорност извршитеља

Учињене неправилности приликом спровођења извршења могу представљати и основ за дисциплинску одговорност судског извршитеља. Ово, међутим мора изричито бити предвиђено правилником којим се регулише њихова дисциплинска одговорност, или етичким кодексом запослених у суду. Одлука суда којом се утврђује да је судски извршилац учинио неправилност спроводећи извршење, те и кондемпнаторно рјешење којим суд налаже извршиоцу да отклони учињену неправилност, представљају основ и за покретање дисциплинског поступка против тог извршиоца, под условом да је такво његово поступање регулисано етичким кодексом суда.

То се, међутим, не односи и на извршиоце по уговору, будући да они нису запосленици суда, већ лица која иступају као помоћни судски органи на основу уговора о њиховом ангажовању.

5. Закључна опажања

Иако се у пракси ријетко изјављује, приговор ради отклањања неправилности коју при спровођењу извршења учини судски извршилац, или извршилац по уговору, представља правно средство којим се покреће поступак санирања неправилности, односно незаконитости учињене у фази спровођења извршења. Анализа домаћег законског оквира овог правног средства показала је да многа значајна питања у вези са овим правним средством нису регулисана – почев од појма неправилности, рока за изјављивање, преко назива правног средства којим се покреће адхезиони поступак, до одлуке коју суд доноси када одлучује о томе да ли је учињена неправилност... Те празнине процесна теорија дјелимично попуњава схватањима и тумачењима постојећих законских одредаба. Ипак, ни процесуалисти нису сагласни у ставовима поводом неких од наведених дилема, а о којима је било говора у раду. Будућа законодавна реформа извршног поступка у оба ентитета Босне и Херцеговине требало би да се детаљније позабави регулисањем овог правног средства и поступања суда поводом истог, како би оно у потпуности могло да оствари сврху због које је законом предвиђено.

6. Литература

Бодирога, Н., *Теорија извршног поступка*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2012.

Зороска Камилловска Т., „Реформе система извршења у државама региона – концептуалне сличности и разлике, контроверзе и дилеме“, *Хармонизација грађанског права у региону* (2013), 470.

Јакшић, А., *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2020.

Кеча, Р., Б. Старовић, *Грађанско процесно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2004.

Кеча, Р., М. Кнежевић, *Грађанско процесно право*. Београд: Службени гласник, 2021.

Крстић, Р., „Одговорност јавног извршитеља за штету насталу у поступку извршења или обезбеђења“, *Правни живот*, 12/2017.

Познић, Б., В. Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*. Београд: Савремена администрација, 2010.

Рачић Р., *Извршно процесно право*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2021.

Рачић, Р., „Извршилац по уговору“, *Правна ријеч*, 32/2012.

Рачић, Р., „Привремено обустављање извршног поступка“, *Правни живот*, 13/2009.

Станковић, Г., „Заједничка продаја непокретности и покретних ствари“, *Правни живот*, 12/2017.

Станковић, Г., *Грађанско процесно право*. Београд: ИП Јустинијан, 2004.

Станковић, Г., „Отклањање неправилности у поступку спровођења извршења“, *Правни живот*, 3/2020.

Станковић, Г., Д. Палачковић, А. Трешњев, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*. Београд: Службени гласник, 2018.

Трива, С., В. Белајец, М. Дика., *Судско извршно право*. Загреб: Информатор, 1980.

Хусеинбеговић, А., „Улога судског извршиоца у цивилном извршном поступку“, *Правна ријеч*, 20/2009.

Закључци сједнице грађанског одјељења Четвртог апелационог суда у Скопљу, одржане 4.6.2010, БАС, Скопље, 2/2011.

Закон о извршном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18.

Закон о извршном поступку, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16, 42/18.

Закон о извршењу и обезбеђењу *Службени гласник Републике Србије*, бр. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, 10/23.

Пресуда Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, бр. 65 0 Пс 038955 19 Рев, од 13.02.2020.

Stojana Petrović**

ELIMINATION OF IRREGULARITIES COMMITTED DURING CONDUCTION OF ENFORCEMENT

Abstract: *Irregularities committed during conduction of enforcement by the court enforcement officer, or either by the bailiff on the basis of contract, the court can remove either directly, or by assigning the duty to remove them to the same auxiliary body of the court that made them. By declaring objections in order to eliminate those irregularities, the parties, or the participants of the enforcement procedure, not only protect their interest that the execution procedure is carried out strictly as prescribed by law, but they also initiate a specific type of judicial control of the work of auxiliary judicial authorities - the court enforcement officer, and also the bailiff on the basis of contract.*

The paper will normatively and dogmatically analyze the existing legal model of this legal instrument in the enforcement procedure. In addition, by analyzing the procedural theory regarding certain issues, it will be determined whether the existing legal framework axiologically meets the needs of the parties and participants in the procedure to protect their interests. The goal is to suggest to the legislators in the entities of Bosnia and Herzegovina that there are many unregulated issues, and that numerous open dilemmas would be eliminated through more careful future regulation.

Key words: *bailiff on the basis of the contract, court enforcement officer, conduction of enforcement, irregularities in the conduction of enforcement.*

** Assistant professor, University of Banja Luka, Faculty of Law,
e-mail: stojana.petrovic@pf.unibl.org

ПРИВРЕДНОПРАВНА КАТЕДРА

ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ И СУДСКА И АРБИТРАЖНА ПРАКСА**

Академик др Мирко Васиљевић, професор емеритус*

Резиме: Установа пробијања правне личности креирана је у англосаксонској судској пракси знатно пре регулисања у законодавству. Закони о привредним друштвима данас све више прихватају систем регулисања овог института прихватајући га као изузетак у односу на опште правило компанијског права о ограниченој одговорности (ризик) чланова друштава капитала (друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) повериоцима друштва. Тако поступа и српски Закон о привредним друштвима.

И поред законског регулисања овог института, његова примена у судској пракси, што важи и за праксу српских привредних судова, и у новије време и у арбитражној пракси, врло је неуједначена и контроверзна. У овом раду излажу се неки карактеристични случајеви примене овог института у судској и арбитражној пракси, уз критичке опаске и предлоге унапређења примене, ради јачања правне сигурности поверилаца друштава капитала, посебно код једночланих друштава, друштава са неадекватним капиталом, као и код групе друштава

Кључне речи: пробијање правне личности (*piercing the corporate veil*), друштва капитала, ограничена одговорност за обавезе, поверилац, члан друштва, судска пракса, арбитражна пракса, компанијско право.

* Електронска адреса аутора: vaske@ius.bg.ac.rs

** Чланак је прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“, са подтемом „Претходна и накнадна анализа правних прописа“.

I ПРАВИЛО ОГРАНИЧЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ И ИЗУЗЕТАК ПРОБОЈА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

1. Ограничење одговорности друштава капитала и пробијање правне личности у праву Србије

Правни субјективитет друштава капитала, компанија типа акционарско друштво и друштво с ограниченом одговорношћу, које одликује принцип ограничene одговорности чланова за ризик пословања,¹ уз пробијање правне личности као изузетак од овог принципа, представља једно од најконтроверзнијих питања компанијског права.² Правило је, наиме, логична последица чињенице да овакве компаније као друштва капитала имају правни субјективитет, послују наменском имовином и самостално преузимају обавезе институтом заступања у правном саобраћају. Дакле, власници (оснивачи, акционари, чланови) ових форми привредних друштава заштићени су „оградом“, „велом“, правне личности друштва (*имунитет оснивача-члана*), што је у принципу правна гаранција да повериоци компаније не уђу у домен њихове личне имовине, не могу из ње да намире своја потраживања према друштву, независно од тога да ли су чланови правна или физичка лица.

*Правило ограничене одговорности*³ је, отуда, опште и њиме се ограничава пословни ризик инвеститора и подстиче инвестирање и тржиште капитала (подстицање тржишта капитала, међутим, не важи код затворених друштава, код њих је правно немогућ улазак нових инвеститора у

¹ О историјату принципа ограничене одговорности: Nina Mendelson, „Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts“, *Columbia Law Review*, 102/2002, 1208-1232.

² О оправдању принципа ограничене одговорности (*имунитету акционара*) види: Lucas Bergkamp, Wan-Q Pak, „Piercing the Corporate Veil: Shareholder Liability for Corporate Torts, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/2001, 180-183.

³ Правило ограничене одговорности чланова друштва било је практично универзално. Тако је у САД Врховни суд закључио: „Ограничена одговорност је правило, не изузетак; на тој претпоставци почивају велики подухвати, велика предузећа су лансирана, велике суме капитала су привучене.“ Ово правило је и принцип права Европске уније. Види: Stefan Grundman, *European Company Law*, Cambridge 2012, 189 и 198. И Директива ЕУ (раније гзв. Дванаеста директива) о једночланим нејавним друштвима (89/667/ЕЕС, 102/09/ЕС) садржи правило о ограниченој одговорности чланова ових друштава (могући су изузеци које државе могу увести својим националним прописима, а један од тих изузетака је и случај злоупотребе права код пробијања правне личности), члан 2 (2), рецитал 4 и 5.

друштво на овај начин, и из тог разлога ограничена одговорност ту није неопходна и оспорава се). Код отворених друштава, принцип ограничене одговорности смањује трошкове инвеститора, обезбеђује им правну сигурност, води предвидљивости односно могућност утврђивања домета ризика *ex ante*, омогућује концентрацију капитала више инвеститора и заштиту власничких и управљачких права, олакшава трансфер власничких права, омогућује избор између више правних форми организовања зависно од интереса инвеститора, смањује потребу акционара друштава да контролишу једни друге, јача транспарентност пословања друштва, омогућује лакшу диверсификацију ризика у групама друштава, омогућује поделу ризика акционара и повећава ликвидност инвестиција, смањује трошкове надзора управе, омогућује специјализацију управљања и одвајање власништва од управљања и слично.⁴ Супротно, *стандард пробијања правне личности* којим се принцип ограничене одговорности ставља ван снаге је *конкретан*, појединачан, завистан од чињеница, околности које постоје код одређеног друштва, и тако посматрано може да обесхрабри економске активности јер омогућује утврђивање домета ризика само *ex post*.

2. Одговорност члана друштва капитала применом установе „пробијање правне личности“ у српском компанијском праву

Закон о привредним друштвима Србије (даље: ЗОПД)⁵ институт „пробијања правне личности“ регулише на следећи начин:

„Командитор, члан друштва с ограниченом одговорношћу и акционар, као и законски заступник тог лица ако је оно пословно неспособно физичко лице, који злоупотреби правило о ограниченој одговорности, одговара за обавезе друштва.

Сматраће се да постоји злоупотреба из става 1 овог члана нарочито ако то лице:

- 1) употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен;
- 2) користи имовину друштва или њоме располаже као да је његова лична имовина;

⁴ За економско оправдање ограничене одговорности између осталог: F. Esterbrook, D. Fishel, „Limited Liability and the Corporation“, *Foundation of Corporate Law* (ed. R. Romano), New York 2010, 89-117.

⁵ Закон о привредним друштвима Србије, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 и 109/21.

- 3) користи друштво или његову имовину у циљу оштећења поверилаца друштва;
- 4) ради стицања користи за себе или трећа лица умањи имовину друштва, иако је знало или морало знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе.

Поверилац друштва може поднети тужбу против лица из става 1 овог члана надлежном суду према седишту друштва у року од шест месеци од дана сазнања за злоупотребу, а најкасније у року од пет година од дана злоупотребе.

У случају да потраживање повериоца из става 1 овог члана није доспело у тренутку сазнања за злоупотребу, рок од шест месеци почиње да тече од дана доспећа потраживања⁶.

Основи потенцијалне одговорности члана друштва с ограниченом одговорношћу или акционарског друштва, применом установе пробијања правне личности, у праву Србије су, како то произлази из наведене одредбе закона, одређени на нелимитативан и некумулативан начин. Нелимитативан, јер закон пре набрајања случајева злоупотребе користи израз нарочито, дозвољавајући дакле и друге случајеве злоупотребе. Некумулативан, јер је довољан један од набројаних основа.

3. Пробијање правне личности – одступање од општег принципа ограничене одговорности

Правни субјективитет и ограничена одговорност нису непробојни. Ограничена одговорност акционара односно удеоничара (ризик који се простире до граница укупног улога) је апсолутна категорија кад је његова „употреба“ легитимна, а када то прелази у нелегитимне сфере, онда, супротно, постаје легитимно позивање на његову непримену односно на примену изузетка овог правила који чини институт пробијања правне личности. Дакле, „зид“ ограничене одговорности је непробојан ако се правна личност привредног друштва не користи за законом недозвољене циљеве (оштећење поверилаца, мешање имовине са имовином власника, разне преварне радње и слично). У противном, подиже се ова „ограда–вео“ пробијањем правне личности – *lifting the veil – piercing the corporate veil*⁷

⁶ ЗОПД, члан 18. Члан има наслов: „Пробијање правне личности“.

⁷ Вид. L. C. B. Gower, P. L. Davies *Principles of Modern Company Law*, London 2008, 193–211; Y. Guyon, *Droit des affaires*, Paris 2003, 141–144.

и улази се на терен одговорности власника (члана) друштва за обавезе друштва капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) преко постављеног законског ограничења.

Ограничена одговорност као принцип има велики економски значај, омогућује тржишну економију и слободу предузетништва уз ограничење ризика и смањење трошкова. Тиме повратно делују на правну сигурност. С друге стране, оправдано је дати ову заштиту у мери у којој се ове функције остварују, а када то није случај примениће се резервни правни механизам, *пробијање правне личности* којим се ангажује одговорност чланова привредног друштва. Претпоставка је да је одговорност ограничена, па је на повериоцу који тражи пробијање да докаже злоупотребу правног субјективитета друштва од стране тог члана. Доказни праг је по правилу високо подигнут, у питању је *probatio diabolica*. Судија, дакле, у правној ствари пробоја правне личности треба да утврди релевантне чињенице које потенцијално *могу* водити примени овог института, а затим на основу њиховог постојања у конкретном случају, треба да процени степен њиховог утицаја односно оправданости примене. Постојање околности на којима се заснива пробој процењује се у сваком конкретном случају, а процена нужно барата утврђивањем вероватноће, а не извесношћу. Због тога ће испуњеност потребних услова за пробој у даљем тексту бити приказана ослонцем на ставове из судске праксе у примени права Србије.

Ова анализа ће обухватити посебно и околности које се не појављују нужно у законском тексту као самосталан разлог за пробој (макар да такав правни режим имају понекад у упоредном праву),⁸ већ представљају

⁸ У упоредној пракси (углавном је овај институт творевина судске праксе и теорије а не законодавца, мада су новији компанијски закони склонили његовом уређивању, али не и ранији, земаља са значајнијом правном традицијом у сфери тржишне привреде) искристалисани су у појединим земљама нарочито бројни случајеви примене овог института као изузетка од иначе *светог правила ограничене одговорности за ризик пословања чланова друштва капитала* (ниво улога при оснивању или при повећању основног капитала друштва капитала): превара и избегавање законских обавеза, неодржавање посебних идентитета чланова/акционара корпорације (мешање чланства), неодржавање посебних идентитета компанија у групи друштава (мешање компанија), неадекватна капитализација („утањена капитализација“), непоштовање корпорацијских формалности, преклапање корпоративног персонала и управе (мешање директора – вишеструко директорство), непрописни трансфер имовине, мешање имовине између друштава групе, лажно представљање и изјаве у име компаније, (не)правичност, изостанак битне одвојености акционара и корпорације и

снажну индицију на основу које се може закључити о постојању разлога које Закон о привредним друштвима Србије изричито наводи, попут: *употребе друштва за постизање циља који му је иначе забрањен* (тачка 1 става 2 члана 14 Закона) и *коришћење друштва... у циљу оштећења поверилаца друштва* (тачка 4 истог става истог члана закона). У домаћој пракси и теорији и у упоредном праву често анализирани околности су: постојање једночланог друштва, неадекватна капитализација, трансакције унутар групе друштава и мешање идентитета друштава унутар групе, непоштен трансфер или мешање имовине унутар групе друштава. За све њих су карактеристични елементи *злоупотребе права*, која представља одлучујући елемент да се допусти пробијање.

II УСЛОВИ ПОТРЕБНИ ЗА ПРОБОЈ И ИНДИЦИЈЕ ЗА ПОСТОЈАЊЕ ТИХ УСЛОВА

1. Злоупотреба права члана друштва према повериоцу друштва

Институт пробијања правне личности у концепцији српског компанијског закона појмовно је везан за општи стандард (начело) уговорног права – забрану злоупотребе права. По Закону о привредним друштвима, „члан друштва који *злоупотреби* правило о ограниченој одговорности одговара за обавезе друштва“.⁹

Институт злоупотребе у уговорном праву претпоставља два предуслова: прво, постојање одређеног законом признатог права и, друго употребу, вршење тог права у друге сврхе у односу на циљ због ког је то право признато, овде ограничење ризика чланова друштва до висине улога у друштво. У праву Србије имамо, дакле, прихваћено објективно схватање злоупотребе.¹⁰

друго. Више: Мирко Васиљевић, *Пробијање правне личности у компанијском праву – члан компаније vs. поверилац компаније*, Београд 2020, 130–173.

⁹ ЗОПД, члан 18 став 1 у вези са чланом 13 ЗОО.

¹⁰ У правној теорији у Србији постоји и другачији став, да је за пробој правне личности код злоупотребе права на ограничену одговорност од стране члана друштва обавезан услов и „злоупотреба ради *стицања користи* себи или трећем лицу“, што се не може прихватити. Не само да је то схватање противно општем појму злоупотребе прихваћеном у праву Србије, већ би несанкционисани остали други очигледно неприхватљиви

Претходно издвојени основи пробијања међу набројанима у Закону, потенцијално могући у овом случају – употреба друштва за постижање циља који му је иначе забрањен и коришћење друштва... у циљу оштећења поверилаца друштва у потпуности садрже елементе који повезују институт пробоја за стандард злоупотребе права. То ће нарочито бити случај када члан друштва оснива друштво без значајног капитала (код друштва с ограниченом одговорношћу у праву Србије минимални законски капитал је мањи од једног евра), а са циљем обављања ризичних делатности или делатности великог обима и вредности. Ограничење ризика на тај износ за последицу има очигледно пребацивање ризика на повериоце друштва. Ризик се тако најчешће преноси на уговорне повериоце по правилу мање преговарачке снаге и са мање могућности за информисање, и свакако на неуговорне повериоце. Без одлуке да се оснује друштво са тако ограниченим ризиком, оснивач, једини члан друштва, или не би могао обављати те делатности или би иначе у својству предузетника имао неограничен ризик (одговорност целокупном личном имовином, укључујући и удео у заједничкој имовини супружника).¹¹ И

циљеви, на пример, директна намера оштећења поверилаца или индиректна намера оштећења поверилаца преко оштећења друштва, што је такође релевантно за примену установе пробоја правне личности. Упор. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *Компанијско право*, Београд 2020, 137; Марко Радовић, *Пробијање правне личности у стечајном поступку*, Београд 2018, 142–144. Као што је наведено, У праву Србије, и начелно, прихваћена је тзв. објективна концепција злоупотребе права, насупротив субјективној. Довољно је да се право врши противно циљу због ког је установљено. Тако, нпр. члан 13 став 2 Закона о облигационим односима: „Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато“. Исто члан 4 Закона о основама својинскоправних односа: „Забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато“. Исто члан 6 Закона о основама својинскоправних односа, када се ради о другим стварним правима. Вид. дет. у прилог објективног схватања: Владимир Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд, 2012, 308–309. Код објективног схватања намера не може бити релевантна. Вид. у прилог овде прихваћеног става нарочито М. Васиљевић, 2020, 130–131.

¹¹ Типичан случај злоупотребе права ограничене одговорности код овог основа пробијања правне личности састоји се у веома развијеној пракси оснивања друштава с ограниченом одговорношћу са минималним законским капиталом без намере да се друштво бави регистрованом (и нерегистрованом а могућом) делатношћу, што је, уз стицање профита, циљ оснивања, већ ради задуживања на кредитном тржишту (и тржишту капитала), те након тога повлачењу тих средстава из друштва од стране чланова друштва, тако да након стечаја дуг не може бити враћен. По једном истражи-

стандард (начело) савесности и поштења, такође изричито предвиђен у Закону о облигационим односима¹² био би, чак и да се занемари начело забране злоупотребе права, нарушен и повериоци би вероватно могли бити заштићени применом правила о савесности, и да нема изричито предвиђеног института „пробијање правне личности“, у одредбама ЗО-ПД-а. Идеја оба стандарда (и савесности и поштења и злоупотребе права) је јединствена.

Злоупотреба права као основ пробоја правне личности заснива се и на повреди дужности члана друштва на лојалност према друштву (чији конститутивни интерес чини и интерес поверилаца). Сама могућност на злоупотребу која доводи до пробоја везана је за управљачку моћ члана, на његов утицај на систем управљања друштвом и пословне одлуке.

Ипак, није до краја тачна тврдња да установа пробоја правне личности има за суштину лојалност члана друштва према друштву. Доказ је чињеница да није предвиђена деривативна или директна тужба друштва према члану, у случају постојања основа за пробој, осим ако истовремено не постоји и повреда других дужности члана друштва према друштву – на пример лојалност друштву код сукоба личног интереса и интереса повезаног лица са интересом друштва. Али и тада ће се применити друге установе прописане компанијским правом.

Отуда сматрамо да је исправније и правнички коректније тврдити да је кључ установе пробоја управо у начелу забране члану друштва да злоупотреби своје право ограничене одговорности за ризик пословања друштва, као и забрани злоупотребе имунитета друштва снабдеведеног одвојеним субјективитетом. Санкција такве злоупотребе је компанијско правно правило неограниченог ризика и неограничене одговорности члана друштва директно повериоцу друштва са којим иначе није у било каквом правном односу, осим што је члан друштва чији је то поверилац.

Ипак, у домаћој судској пракси у неким случајевима се тражило више од „обичне“ злоупотребе права¹³ за примену института пробоја.

вању које је вршено на подручју Привредног суда у Крагујевцу (Република Србија) на узорку од око 500 друштава која су узимала кредите по одласку у стечај, 92,4% су била друштва с ограниченом одговорношћу основана с минималним капиталом, а 88,5% су била једночлана друштва. Задужење је у већини испитаних случајева вишеструко премашивало минимални основни капитал (чак и преко двеста пута). Вид. М. Радовић (2018), 144–146.

¹² ЗОО, члан 12.

¹³ В. Водинелић, *Злоупотреба права*, Београд 1977.

Тако је у неким одлукама суд за пробијање правне личности тражио доказ о постојању *преваре*,¹⁴ и то не у смислу преваре грађанског права, изазивања заблуде или одржавања у заблуди друге стране (члан 65 Закона о облигационим односима), већ радњу аналогну оној у истоименом институту кривичног права, што је потпуно неприхватљиво. Кривично дело преваре подразумева намеру, дакле умишљај, највиши степен кривице (члан 208 Кривичног законика Србије). За потребе само имовинске одговорности коју захтева установа пробијања правне личности компанијског права, ово је сувишно и изван система.¹⁵ Уз то, српски компанијски закон институт пробијања правне личности правно одређује као злоупотребу правила ограничене одговорности члана друштва, која доводи до одговорности за обавезе друштва, а не до одговорности за сопствене радње. Заправо, појам злоупотребе права далеко је шири од појма преваре, јер је превара само један од могућих видова злоупотребе права.

¹⁴ „Пробијање правне личности подразумева чињење преварне радње, која мора бити доказана. Активирање личне одговорности пробијањем зида правног субјективитета предузећа, није могуће на основу пасивног понашања.“ – Решење Вишег трговинског суда, Пж. 5901/04, у: *Судска пракса трговинских судова – Билтен*, бр. 4/04, стр. 63–64.

¹⁵ „Пробијање правне личности подразумева чињење преварне радње, која мора бити доказана. Активирање личне одговорности пробијањем зида правног субјективитета предузећа није могуће на основу пасивног понашања.“ – Решење Вишег трговинског суда, Пж. 5901/2004. Тако је једном резонувао и највиши суд: „Из утврђеног чињеничног стања произилази да успостављени пословни и облигациони однос између тужиоца и привредног друштва чији је законски заступник, оснивач и власник тужени, није могао створити код тужиоца привид привредног и правног идентитета туженог са привредним друштвом, јер злоупотреба привредног друштва, односно *пробијање правне личности подразумева чињење преварне радње која мора бити доказана*, а терет доказивања пробоја правне личности лежи на тужиоцу, који у конкретном случају није суду презентовао адекватне доказе на ове околности... Наиме, супротно тврдњи тужиоца да је у међусобном правном односу тужени злоупотребио привредно друштво, из правноснажне пресуде Првог основног суда у Београду... не произилази да је тужени учинио кривично дело преваре из Кривичног законика... (ослобођен је оптужбе). Имајући то у виду, правилно су судови применили материјално право када су закључили да у конкретном случају нема правног основа за примену института пробијања правне личности и одговорности туженог према повериоцу привредног друштва – тужиоцу“. Овим је одбијена као неоснована ревизија тужиоца против пресуде Апелационог суда у Београду (пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2494/2017, 6. 6. 2018). Слично: Виши трговински суд, Пж 12384/2005, од 05. 12. 2006: „Постојање само бестеретног посла о преносу опреме на ново правно лице истог оснивача није довољно доказано *чињење преварне радње која представља злоупотребу која би се могла окарактерисати као пробој правне личности*“.

О томе да је оснивач – члан злоупотребио правило о ограниченој одговорности,¹⁶ да је при оснивању и пословању поступано противно циљу због ког ограничена одговорност постоји, може се закључивати посредно, из чињеница из оснивања и пословања.¹⁷

2. Једночлано друштво

Упоредно, али и у судској пракси у Србији, институт пробијања правне личности *примењује се највише код* друштава са ограниченом одговорношћу са мањим бројем чланова, а код акционарских практично само ако је реч о друштвима са мањим бројем акционара.¹⁸ Наглашава се да се *најчешће ова могућност прихвата код једночланих друштава*¹⁹.

¹⁶ „Герет доказивања чињенице да је правило о ограниченој одговорности злоупотребљено је на страни која то тврди.“ – Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 2111/14, *Правно информациони систем Републике Србије /СлГласникПортал/*.

¹⁷ „Оснивач привредног друштва лично одговара према трећим лицима за обавезе друштва, а имајући у виду да је имовином друштва располагао као сопственом имовином.“ – Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 5394/14, *Правно информациони систем Републике Србије /СлГласникПортал/*. Исто и: Пресуда Врховног суда Србије, Прев 154/09, *Билтен Републичког јавног правобранилаштва*, бр. 1/10.

„Није од утицаја за које намене је средства примљена у име и за рачун привредног друштва директор користио. Одговорност по основу пробоја правне личности постоји на основу чињенице да је примљена средства, уместо да уплати на рачун правног лица, задржавао на свом рачуну и да је по свом нахођењу са њима располагао.“ – Пресуда Врховног касационог суда, Прев 153/18, *Правно информациони систем Републике Србије /СлГласникПортал/*.

„Постоји пробој правне личности када командитори командитног друштва, чланови друштва са ограниченом одговорношћу и акционари акционарског друштва злоупотребе предузеће у незаконите или преварне циљеве или када имовином предузећа располажу као са сопственом имовином као да привредно друштво као правно лице не постоји.“ – Пресуда Вишег суда у Ужицу, Гж 123/10 и пресуда Општинског суда у Пожеги, П 400/09, сајт: www.visi-sud-uzice.org.rs

¹⁸ F. Esterbrook, D. Fishel, 109–110.

¹⁹ То показују примери из упоредне праксе. Немачки Федерални врховни суд, давне 1956. године (*BG, judgment of November 29, 1956, 22 Entscheidungen 226*) изјаснио се: „Правно разликовање између компаније и њеног јединог учесника (члана) не може се узети у обзир без изузетка. Правни субјективитет субјекта (*entity*) и њеног јединог учесника (члана) мора бити третиран као да су један и исти субјект, ако реалност живота, економски захтеви и снага чињеница делују императивно на судију да занемари ову диференцијацију између субјективитета и имовине корпорације, с

Највиши српски судови су, у неким својим одлукама, управо код једночланих друштава прихватили институт пробијања правне личности и одговорности по том основу за обавезе основаног једночланог друштва од стране његовог оснивача (једини члан друштва). Судови у Србији наглашавали су чињеницу да је у питању једночлано друштво, и то повезујући је са савесношћу оснивача односно злоупотребом права.²⁰

3. Неадекватна капитализација и оштећење поверилаца друштва

Стандард адекватне капитализације и одржавања вредности основног капитала друштва је објективан стандард, адекватност се процењује на основу објективних параметара, док иза пробијања правне личности стоје субјективне анализе намере или неправичности као облика неприхватљивог, несавесног понашања оснивача друштва у односу на ког се пробијање правне личности тражи. У контексту пробијања правне личности, недовољна капитализација као индиција за постојање тих субјективних елемената, фактор који указује на несавесност се ослања на нето имовину компаније која је расположива за наплату потраживања поверилаца.

Овај основ пробоја правне личности доживео је интересантну еволуцију. Наиме, давно је напуштена идеја по којој се на капитализацију друштва гледало као на гаранцију сигурности поверилаца друштва, извор намирења њихових потраживања. Пракса је, међутим, адекватност

једне стране, и субјективитета и имовине јединог акционара, с друге стране.“ Вид. Е. Ј. Cohn, С. Simitis, „Lifting the Veil in the Company Laws of the European Continent“, *International and Comparative Law Quarterly*, 12/1963, 190-199. Исто и швајцарски Врховни суд: „Прост инструмент који остаје потпуно у рукама свог оснивача (креатора) служећи његовим намерама, те због тога правна независност компаније ... мора бити занемарена повезано са оснивачем... неким правним односима између акционара и ... трећег лица, ако то налажу правила савесности“. Вид. Е. Ј. Cohn, С. Simitis, 199–205. Тако и Француски касациони суд, такође у исто време: „Лице које је или директно или преко другог (именованог) поседовало већину акција компаније лично је одговорно за дугове компаније ако је поступало арбитрерно као господар послова и третирано имовину компаније као да је његова сопствена“. Вид. Е. Ј. Cohn, С. Simitis, 205–210.

²⁰ „Уколико једини оснивач предузећа својим налозима преузме новчана средства тог предузећа трећем и тиме своје предузеће доведе до стечаја, ради се о привиду правне личности јер је тим радњама смањено имовину предузећа у своју корист, односно у корист другог.“ – Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 575/2002.

капитализације почела да посматра као елемент важан за примену установе пробијања правне личности. Законском могућношћу оснивања затворених друштава са симболичним капиталом или чак и без капитала, висина основног капитала престаје бити битна, нарочито када се ради о вероватноћи намирења уговорних поверилаца, мада остаје одређени значај код поверилаца по основу деликта и код групе друштава. Примењује се тест утврђивања неадекватности капитализације, по формули да она мора бити адекватна да покрије разумно предвидив пословни ризик, с тим да се има у виду да се обавезе друштва покривају из прихода од обављања делатности и имовине, дакле принципијелно не на терет капитала, да капитал друштва није осигурање за корпорацијске обавезе.

Степен капитализације друштва у корелацији је са својеврсним *моралним хазардом*: што је компанија мање капитализована, то је склонија да предузима ризичније активности јер је граница ризика акционара ограничена на ниво улога. Одговор на појаву овог хазарда није у дизању прага минималног обавезног капитала, па ни у некој форми обавезног осигурања друштва или поштрењу одговорности директора и управе друштва (ризик веће одговорности пребацили би на друштво захтевима за веће накнаде чиме би увећали трошкове пословања друштва). Један од одговора може бити, међутим, и прихватање фактора недовољне капитализације као основа за примену установе пробоја правне личности.²¹

Поткапитализација није, међутим, у савременом праву, чест самосталан основ пробијања правне личности. Упоредно, судови је негде примењују позивом на *common law*, а у неким земљама се ставови судова заснивају на теорији која препознаје овај основ (у Немачкој и Белгији). Неке земље, попут Белгије, разликују одговорност оснивача од одговорности акционара за поткапитализацију. Чак и у САД, иако поткапитализацију аутори често цитирају као један од важних или најважнијих основа или индиција пробоја правне личности, у пракси се чини да је то, само за себе, доста ретко. У принципу се прави разлика између обичне поткапитализације (не игра неку улогу, осим у Немачкој код установе субординације кредита код повезаних друштава) и квалификоване (велике) поткапитализације.

Поткапитализацију треба разликовати од „огољавања имовине“

²¹ Упор. F. Esterbrook, D. Fishel, „Limited Liability and the Corporations“, *The University of Chicago Law Review*, 1985, 114–116.

током пословања, када је друштво било адекватно капиталисано, па је накнадно остало без имовине. У сваком случају, овај основ мора се сагледати у контексту непостојања обавезе обезбеђења „довољног капитала“, као и у контексту непостојања законске обавезе за минимални капитал код друштва с ограниченом одговорношћу.

In abstracto, тешко је одредити адекватни минимални капитал за једно друштво, а још теже проценити износ адекватности, јер то зависи од делатности. Код групе друштава је питање да ли се на овај основ гледа само у односу на једно друштво, или имајући у виду целу групу и њен финансијски капацитет. Најзад, време инкорпорације (оснивања) је одлучујући моменат, али поткапиталисаност може настати и касније („накнадна поткапитализација“), те се код овог института у обзир узима постојање адекватног капитала при оснивању, али и одржавање вредности основног капитала. У америчкој теорији има мишљења да постоји континуирана обавеза обезбеђења довољног капитала, како код индивидуалних друштава, тако и контролног друштва за контролисана друштва. Такође, у немачкој теорији и пракси браћен је став да је *реч о обавези трајног извршења*, тако да је потребно постојање адекватне капитализације у сваком моменту.

Поткапитализација као основ за пробијање правне личности у суштини се базира на принципу правичности. Захваљујући томе, у државама у којима нема одговарајућих правила у компанијским законима, нарочито онима које прихватају *common law* систем, судови гледају на овај принцип као на моралну категорију, и поткапиталисаност се појављује као основ пробоја правне личности.

У системима законског компанијског права, у којима је укинут минимални капитал за оснивање друштава с ограниченом одговорношћу, судска пракса се не позива непосредно на овај основ за пробој правне личности.

Као закључак овог прегледа може се подвући да поткапитализација, *сама по себи*, није широко прихваћена као довољан основ за примену установе пробијања правне личности. Али се упркос томе прихвата да она представља значајан фактор неправде или битног непоштења, па је индиција на основу које се закључује да има места пробоју.

У вези са поткапитализацијом отворено је и питање ко може одговорати за обавезе компаније код примене установе пробоја правне личности: сви акционари, само активни акционари, контролни акционари. Имајући у виду циљеве ограничене одговорности и пробијања правне

личности, чини се да су доста уверљива гледишта која имунизирају пасивне акционаре (да би били заинтересовани за инвестиције), чак и већинске, а одговорност везују за активне акционаре (изузетно и неакционаре који на основу уговора управљају друштвом или и повериоце који на основу рестриктивних кредитних клаузула или управљачких клаузула имају значајну управљачку моћ у компанији).²²

4. Трансакције унутар исте групе друштава и мешање идентитета чланова исте групе друштава

Овај основ могуће примене установе пробијања правне личности заснива се, по схватањима у упоредној теорији и пракси, на доминацији члана (удеоничара, акционара) друштва, често истовремено и преклапању корпоративног персонала и управе. Овај основ води примени пробоја посебно ако је реч о нередовној (претераној) доминацији, која није уобичајена пословна и комерцијална пракса (контрола не само пословних одлука већ и дневних оперативних послова). Оцена степена ове доминације не може бити математичка и зависи од свих околности конкретног случаја, али у сваком случају нема конкретног бројчано израженог прага. Судови овај однос карактеришу редовно формулом да је доминација такве природе да компанија нема своју вољу у мери да суштински не постоји као посебан субјект.²³ У посебном фокусу пажње у овом смислу свакако су једночлана друштва, компаније са малим бројем акционара, као и установљени односи између контролне компаније и контролисаних друштава код групе друштава.

И Европски суд за људска права (ЕCHR) у неким карактеристичним случајевима такве групе друштава изјаснио се у корист примене института пробијања правне личности.²⁴ Акционари (чланови) могу бити одговорни за обавезе основаног зависног друштва, како се наводи, под

²² Вид. Harvey Gelb, „Piercing the Corporate Veil – The Undercapitalization Factor“, *Chicago – Kent Law Review*, 1/82, 1–22.

²³ У једном случају америчке праксе (*Craig v. Lake Asbestos of Que., Ltd.*, 843 F. 2d, 145, 150, 3d. Cir 1988) суд је степен доминације окарактерисао као „контролу не само финансија, већ и пословне политике и праксе у погледу означених трансакција, тако да корпорација у то време није имала своју посебну вољу, свој ум или сопствено постојање“.

²⁴ Вид. Marius Emberland, „The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights“, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, ZaoRV* 63/2003, 945–969.

условом : (1) да је правни субјект основан ради прикривања штетних радњи и избегавања одговорности његових акционара (нпр. узет је кредит без намере враћања, постоје преварне активности или лажни аранжмани управљени на прикривање власништва над имовином) и да (2) акционари у потпуности контролишу правни субјект – зависно друштво.

Европски суд за људска права је у више одлука заузео став да се *обориво претпоставља* да матична компанија (контролно друштво) као контролни или искључиви акционар контролише зависно друштво (контролисано друштво) што води примени установе пробоја правне личности, тако да је на контролном друштву да докаже супротно – да контролисано друштво има комерцијалну самосталност и да не постоје претпоставке за примену пробоја правне личности. У смислу ове претпоставке, *контролно и контролисано друштво тако чине јединствен економски субјект* и јединствен економски подухват, чак и ако се тај економски субјект састоји од неколико лица, физичких или правних.

5. Нефер (непоштен) трансфер имовине

Непоштен трансфер имовине компаније, са адекватном или неадекватном капитализацијом, јесте посебан основ (индиција) могућег пробијања правне личности.²⁵ Ова индиција се посебно уочава и санкционише у групи друштава²⁶, с обзиром на то да постоји латентни сукоб интереса у трансакцијама контролног друштва, укључујући и са њим повезана лица, са контролисаним друштвима. Тада је потребно извршити процену поштења трансакције са становишта интереса контролисаних друштава. То ће бити случај и код претеране накнаде директора. У принципу, све трансакције имовине и правни послови између друштава

²⁵ „Уплате извршене на рачуне родитеља члана привредног друштва (истовремено и директора) које немају основ у извршењу неких услуга или продаји неке робе, представљају понашање које се може квалификовати као пробој правне личности, односно мешање личне имовине (имовине повезаних лица) и имовине друштва, што ствара правни основ одговорности члана за обавезе друштва према повериоцу са извршном исправом.“ – Пресуда Врховног касационог суда, Прев 250/21, *Правно информациони систем Републике Србије /СлГласникПортал/*.

²⁶ О чињеници да се ради о трансферу унутар групе лица води рачуна суд у цитираној одлуци (Виши трговински суд, Пж 12384/2005, од 5. 12. 2006). Ово, и поред тога што ту није дозволио пробој из другог (погрешног) разлога; позвао се на чињеницу да није доказана превара.

у групи треба да буду засновани на равнотежи интереса друштава која су учесници, а посебно да морају бити поштени, фер, за контролисана друштва. Увек је отворено питање до које мере је прихватљиво да контролисана друштва следе инструкције и упутства контролног друштва, а да се не ради о основу за непрописан трансфер. Санкционише се постојање диспропорције, неједнакости давања у трансакцијама између друштава у групи и контролисаних друштава и контролног друштва, било по хоризонтали (*друштва сестре*) или по вертикали (*друштва мајке и друштва кћери*). Ако је овај трансфер значајнијег обима говори се о „огољавању имовине“.

Нефер трансфер имовине, посебно на релацији контролно друштво – контролисана друштва, може бити и предмет побојних правних послова по тужби поверилаца друштва. Ово је посебно важно у стечајном поступку – *actio pauliana по тужби поверилаца и стечајног управника*. Овакав пренос имовине је, међутим, и чест основ пробоја правне личности.

6. Мешање имовине између друштава групе

Трансфер имовине не треба мешати са могућим мешањем имовина унутар групе између друштава, односно са проблемом трансферних цена, проблемом дефаворизовања интереса сваког контролизованог друштва, фаворизовања интереса контролног друштва и интереса групе, што може бити и заједно и одвојено од овог основа.

У групи друштава, наиме, чест је случај и да се имовина контролисаних друштава сели из једног друштва у друго тако да је тешко утврдити ком друштву у ком тренутку шта припада. Повериоци који склапају правне послове с једним контролисаним друштвом често могу бити у заблуди ком друштву припада која имовина. У сваком случају овакво мешање имовина *угрожава и сам принцип одвојености субјективитета ових друштава*, што је добра подлога за пробијање правне личности. Мешање имовине није искључено ни код индивидуалних друштава, посебно код једночланог друштва (имовина физичког лица члана друштва – имовина друштва).

III ОДГОВОРНОСТ ЧЛАНА ДРУШТВА КАПИТАЛА ПО ОСНОВУ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ У АРБИТРАЖНОМ СПОРУ А КОЈИ НИЈЕ УГОВОРНА СТРАНА АРБИТРАЖНОГ УГОВОРА ТОГ ДРУШТВА И ПОВЕРИОЦА ДРУШТВА

Установа пробијања правне личности примењивана је и у арбитражној пракси у поступку пред арбитражом која има седиште у Србији.²⁷

Код пробијања правне личности туженог у арбитражном поступку постављају се, наиме, и нека специфична питања. Најважније је процедурално: пробој, наиме, подразумева утврђивање надлежности арбитраже ван граница које поставља арбитражни уговор. Подразумева се проширење надлежности и на *непотписнике уговора*.

На питање (проширеног) дејства арбитражне клаузуле код пробијања не мора нужно бити примењено право Србије као *lex contractus*, односно *lex causa*, право меродавно за уговор, ако првог нема, најзад *lex loci arbitri*, као право седишта арбитраже.²⁸ При томе, треба имати у виду да право Србије, као и многа друга, не регулише проширено дејство у овом случају²⁹ и да је у арбитражној пракси често позивање на *Lex mercatoria*.

Институт пробијања правне личности, па ни проширено дејство арбитражне клаузуле на лице у односу на које до пробијања долази, није регулисан на транснационалном нивоу, али то не значи да није присутан

²⁷ У последњој деценији нарочиту пажњу је привукла делимична одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, бр. 12/10, од 15. новембра 2011. године. Арбитражно веће је прихватило надлежност у односу на друштво непотписника арбитражног споразума, на кога је оснивач – уговорник-дужник, пренео практично целу имовину при оснивању. Вид. коментаре М. Васиљевић, „Арбитража без арбитражног уговора (директног или индиректног)“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2019, 7–22. Вид. и: Владимир Павић, *Осврт на праксу врховног касационог суда у арбитражној материји*, „Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ“, ур. В. Радовић, Београд, 2019, 394–395.

²⁸ Тако Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 56.

²⁹ У члану 13 Закона о арбитражи Републике Србије, *Службени гласник РС* бр. 46/2006, предвиђено је проширено дејство за неке случајеве преноса потраживања. Међутим, како се тврди, не само за право Србије, „у арбитражној и судској пракси широко је прихваћен став да арбитражни споразум може да обавезује и стране које га нису потписале, и то по разним основама (цесија, уступање, група компанија, уговор у корист трећег, пробијање личности, итд.)“, В. Павић, *ibid.*

код међународних трибунала, нарочито у пракси неких институционалних арбитража и у контексту поступања по билатералним споразумима држава о заштити страних инвестиција (*BIT*), по којима сваки власник капитал удела у привредним друштвима, ако сматра да му је непоштовањем оваквог споразума на неки начин угрожена „инвестиција“ у земљи домаћину, може покренути поступак против те земље пред уговореном арбитражом. Ово право признаје се чак и „индиректном члану друштва“, који је члан друштва у некој трећој земљи, а које је „директни члан друштва“ у туженој земљи домаћину (седишту) тог друштва. Ово се, међутим, са доста разлога оспорава јер има за последицу својеврсни *forum shopping*.³⁰ Реч је о врсти тзв. „обрнутог пробијања правне личности“ када акционар тужи не своје друштво (где је акционар или члан, односно где контролисано друштво одговара повериоцима свог акционара), већ државу домаћина (седишта) тог друштва по основу аката државе и њених органа и институција којима се повређују чланска права у том друштву. Таква пракса постоји у великој мери код Међународног центра за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону (тзв. *ICSID* центар), у контексту Међународне конвенције за решавање ових спорова (тзв. *ICSID* конвенција).³¹

Преовладава став да пробој треба да буде праћен проширеним дејством арбитражне клаузуле односно надлежношћу арбитраже и на лице у односу на које је до пробоја дошло. За то постоје начелни разлози, пробој би без тога био неделотворан. Он подразумева злоупотребу од стране дужника (туженика), који би, ако се овакав став не прихвати, био „награђен“ губитком надлежности арбитраже. Због тога „релевантна арбитражна пракса сукоб форме (непостојање арбитражног уговора са одређеним уговорницима или арбитражне клаузуле) и суштине (забрана злоупотребе права оштећењем интереса поверилаца од стране дужника) увек решава у корист интереса поверилаца.“³² Ово схватање је потврђено и устаљено у домаћој и упоредној арбитражној пракси. Потврђено је и у више случајева вођеним пред институционалним арбитражама, када је тужилац који је предлагао пробијање био из Србије и уз уговорено материјално право Србије. Арбитража се позивала на њујоршку

³⁰ Неке карактеристичне одлуке у овом смислу: Бојана Бабић, „Пробијање правне личности у пракси *ICSID* арбитраже“, *Harmonius*, 2017, 34–55.

³¹ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, 1–1290.

³² М. Васиљевић, *ibid.*

Конвенцију о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, третирајући правила у њој садржана као *Lex mercatoria*.³³ Како у једном случају образлаже трибунал, одбивши позив туженог у односу на ког је пробој тражен да арбитража у односу на њега није надлежна јер није потписник арбитражне клаузуле, а то је услов који се захтева њујоршком Конвенцијом о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука (1927), ратификована у Србији (Службени лист ФНРЈ – додатак, број 4/1959), страна која се понаша несавесно, па су и због тога испуњени услови за пробој, не може да се позива на чињеницу да није потписник арбитражне клаузуле, то би било противно забрани контрадикторног понашања такође предвиђеној Конвенцијом.³⁴

Коришћена литература

1. Bergkamp, L., Wan-Q Pak, „Piercing the Corporate Veil: Shareholder Liability for Corporate Torts, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/2001.
2. Бабић, Б., „Пробијање правне личности у пракси ICSID арбитраже“, *Harmonius*, 2017.
3. Cohn, E. J., Simitis, C., „Lifting the Veil in the Company Laws of the European Continent“, *International and Comparative Law Quarterly*, 12/1963.
4. Emberland, M., „The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights“, *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, ZaoRV* 63/2003.
5. Esterbrook, F., Fishel, D., „Limited Liability and the Corporation“, *Foundation of Corporate Law* (ed. R. Romano), New York 2010.
6. Esterbrook, F., Fishel, D., „Limited Liability and the Corporations“, *The University of Chicago Law Review*, 1985.
7. Gelb, H., „Piercing the Corporate Veil – The Undercapitalization Factor“, *Chicago – Kent Law Review*, 1/82.

³³ Вид. о оваквом схватању *Lex mercatoria* Г. Кнежевић, В. Павић. 2009, 142–143

³⁴ Вид. Award on Jurisdiction, Case No. SCH – 5246, VIAC, od 15. 10. 2013 . У овом предмету у коме је тужилац било правно лице из Србије била је уговорена примена права Србије. Вид. практично исто: Award on Jurisdiction, Case No. SCH – 5392, VIAC, od 15. 02. 2017. Вид. случај у коме је такође дозвољен пробој и прихваћена надлежност, Partial Award, ICC, Case No 18728/GZ/MHM, od 19. 08. 2013.

8. Gower, L. C. B., Davies, P. L., *Principles of Modern Company Law*, London 2008, 193–211; Y. Guyon, *Droit des affaires*, Paris 2003.
9. Grundman, S., *European Company Law*, Cambridge 2012.
10. Јовановић, Н., Радовић, В., Радовић, М., *Компанијско право*, Београд 2020.
11. Кнежевић, Г., В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009.
12. Mendelson, N., „Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts“, *Columbia Law Review*, 102/2002,
13. Павић, В., *Осврт на праксу врховног касационог суда у арбитражној материји*, „Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ“, ур. В. Радовић, Београд, 2019.
14. Радовић, М., *Пробијање правне личности у стечајном поступку*, Београд 2018.
15. Schreuer, Ch., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001.
16. Васиљевић, М., *Пробијање правне личности у компанијском праву – члан компаније vs. поверилац компаније*, Београд 2020.
17. Васиљевић, М., „Арбитража без арбитражног уговора (директног или индиректног)“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2019.
18. Водинелић, В., *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд, 2012.
19. Водинелић, В., *Злоупотреба права*, Београд 1977.

Academician PhD Mirko Vasiljevic, Professor Emeritus*

**PIERCING THE CORPORATE VEIL IN COURT AND
ARBITRATION PRACTICE****

Summary: *The institute of piercing the corporate veil was created in common law court practice well before being regulated by legislation. Nowadays, laws on companies increasingly accept the system of regulation of this institute by accepting it as an exception to the general rule of the company law on the limited liability (risk) of capital company members (limited liability company and joint stock company) to the company creditors. This applies to the Serbian Law on Companies as well.*

Despite the legal regulation of this institute, its application in court practice, which also applies to the practice of Serbian commercial courts, and more recently in arbitration practice, is highly uneven and controversial. This paper presents some characteristic cases of the application of this institute in court and arbitration practice, with critical comments and suggestions for improvement to its application, in order to strengthen the legal security of creditors of capital companies, especially with single-member companies, companies with inadequate capital, as well as with a group of companies.

Key words: *Piercing the corporate veil, Capital companies, Limited liability for obligations, Creditor, Member of a company, Court practice, Arbitration practice, Company law.*

* Email address of the author: vaske@ius.bg.ac.rs

** This article is a contribution to the Project of the Faculty of Law, University of Belgrade “Contemporary Problems of the Legal System of Serbia” with the subtopic “Prior and Subsequent Analysis of Legal Regulations”.

ПРАВНИ ОКВИР ЕЛЕКТРОНСКОГ ПОСЛОВАЊА ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Проф. др Зоран Васиљевић*

Резиме: У Републици Српској, као и на нивоу Босне и Херцеговине, усвојен је сет закона који омогућава да се оснивање и дјелатност привредних субјеката обављају у електронској форми, почев од подношења захтјева за регистрацију привредног друштва, па до самог обављања дјелатности, односно предузимања једностраних и двостраних правних послова. Ријеч је о истоименим законима који се доносе на оба нивоа власти, и то законима о електронском потпису и електронском документу, као и Закону о електронском пословању Републике Српске. Овим правним актима се уређује начин обављања правних радњи у електронској форми ради постизања исте правне моћи коју имају идентичне правне радње манифестоване у папирном облику. Тиме се стварају услови за значајно убрзање и смањење трошкова у обављању дјелатности. Међутим, ова модернизација доноси и изазове у вези са рјешавањем низа правних питања у области права, обавеза и одговорности привредних субјеката, као што су, на примјер, утврђивање тренутка настанка правног односа, утврђивање аутентичности садржаја правног акта, као и потписа на њему, чување електронских докумената и потписа, итд. Посебан проблем који се јавља у пракси односи се на успостављање

* Ванредни професор Правног факултета УНИБЛ
e-mail: zoran.vasiljevic@pf.unibl.org

„цртификационих тијела“ која би се бавила пружањем услуга у овој области. Из анализираних института могло би се закључити да је јаз између реалног и нормативног прилично видљив. Ипак, ово је прави изазов 21. вијека који је, прије свега, потребан пословном сектору и који се мора ријешити на најадекватнији начин.

Кључне ријечи: *привредно друштво, предузетник, регистрација, уговор, електронски документ, електронски потпис.*

1. Увод

Почетак електронског пословања се, иако постоје одређена схватања која га везују за прву употребу телефона и телеграфа средином XIX вијека, везује за крај XX вијека, када долази до појачане комерцијалне употребе рачунара и модерних облика комуникација. У том периоду се развија електронска трговина путем интернета, односно у тзв. сајбер-простору. Коришћење модерних технологија за ове сврхе је у веома кратком периоду доживјело енорман раст, те се појавила и потреба стварања правног оквира, како би се спријечила анархија у погледу примјене права. Наведена потреба се готово истовремено јавила и на међународном и на националном нивоу, тако да је дошло до интервенције, не само од стране националних законодаваца, већ и од стране појединих међународних организација, међу којима је највећи утицај остварила Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (у даљем тексту: УНЦИТРАЛ).¹

¹ Ова организација је усвојила три модел закона и једну конвенцију, који се односе на предметну материју. То су Модел закон о електронској трговини из 1996. године (са накнадном измјеном чл. 5., 1998. године), Модел закон о електронским потписима из 2001. године, Модел закон о електронским преносивим записима из 2017. године и Конвенција УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима из 2005. године. Само је Модел закон о електронској трговини послужио као извор за националне законе у преко 60 држава свијета, мада се мора признати да је већу имплементацију доживио у англосаксонском правном подручју. Овај акт, у ствари, не задире посебно у уговорно право, већ се бави принципима функционалне еквиваленције електронских медија у трговинским трансакцијама. Посљедње усвојени Модел закон о електронским преносивим записима се односи на електронске супституте преносивих инструмената (који дају права на новац, као нпр., мјеница, чек или сертификат о депозиту) и преносивих докумената (који дају права на роби, као нпр., теретнице, складишнице, налози за испоруку робе, и сл.).

И Република Српска, односно Босна и Херцеговина, су веома брзо постале дио овог глобалног процеса, због чега се и код нас поставило питање правне регулативе електронског пословања привредних субјеката, и то почев већ од самог подношења пријаве за регистрацију привредног друштва у електронској форми, самог процеса регистрације, па до обављања једностраних и двостраних правних послова у електронском облику.

Прописи, како на нивоу БиХ, тако и на нивоу Републике Српске, су у највећој мјери усклађени са изворима права из области електронских комуникација на нивоу Европске уније. Наиме, на оба нивоа су усвојена по три закона која се искључиво тичу проблематике електронског пословања и електронских комуникација привредних субјеката, како између себе, тако и са другим субјектима (потрошачима и органима управе и институцијама на свим нивоима власти). Два закона носе и исте називе, а ради се о законима о електронском документу и о електронском потпису. Они су у великој мјери и усклађени, с обзиром на то да имају заједнички извор у *acquis communautaire*, али им је и различит домен примјене. Тако се Закон о електронском документу БиХ² односи на поступке које привредни субјекти воде пред тијелима управе и другим институцијама БиХ којима је повјерено обављање управних послова, као и институцијама са јавним овлашћењима, док се Закон о електронском документу РС³ односи на употребу електронског документа од стране широког круга субјеката у обављању дјелатности и у различитим поступцима на нивоу Републике Српске. С друге стране, разлика између Закона о електронском потпису РС⁴ и Закона о електронском потпису БиХ⁵ се, осим у томе што је Закон на нивоу БиХ замишљен као оквирни, састоји и у томе што се исти примјењује у затвореним системима, који су у потпуности уређени уговорима између познатог броја уговорних страна, док се Закон на нивоу РС односи на употребу електронских потписа у различитим поступцима, као и пословним и другим радњама свих физичких и правних лица на територији Републике Српске. Коначно трећи сет закона носи

Тренутно је Бахреин једина држава која је у потпуности имплементирала овај Модел закон. Више: Henry D. Gabriel, "The UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records," *Uniform Law Review*, vol. 24 (2019): 261-280, doi:10.1093/ulr/unz013.

² *Службени гласник БиХ*, бр. 58/2014, чл. 1.

³ *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, чл. 1.

⁴ *Службени гласник РС*, бр. 106/2015 и 83/2019, чл. 1.

⁵ *Службени гласник БиХ*, бр. 91/2006, чл. 1-2.

различите називе, али се односи на исту материју. Закон о електронском правном и пословном промету БиХ⁶ има, наиме, улогу оквирног закона за материју предузимања и пружања услуга информационог друштва, обавезе даваоца услуга у вези са информисањем, закључивање уговора и одговорност даваоца услуга. С друге стране, Закон о електронском пословању РС⁷ уређује исту материју на нивоу Републике Српске.

Поред наведених закона који се најдиректније односе на проблематику која је предмет анализе овог рада, постоје и други закони који се дотичу питања електронског комуницирања, као што је нпр. Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској,⁸ који садржи читав сет одредаба које се односе на електронску регистрацију привредних друштава у Републици Српској, за шта су нарочито заслужне измјене и допуне Закона из 2019. године, које су, такође, учињене ради усклађивања са правом Европске уније, односно, Директивом 2019/1151 о употреби дигиталних алата и поступака у праву друштава.⁹ У истом циљу је и у Закон о привредним друштвима РС,¹⁰ измјенама из 2019. године, унесена одредба о могућности сачињавања оснивачког акта у електронском облику, у складу са прописима којима се уређују електронски потпис и електронски документ, али за сада само у случају једночланог друштва са ограниченом одговорношћу.¹¹

За потребе овог рада, ипак ћемо се ограничити на анализу правног оквира за омогућавање електронске комуникације привредних субјеката, и то преваходно посматрано са нивоа права Републике Српске, уз указивање и на одређене разлике и дилеме у погледу примјене прописа у случају сукоба са одредбама закона на нивоу БиХ. Основна питања

⁶ *Службени гласник БиХ*, бр. 126/07, чл. 1.

⁷ *Службени гласник РС*, бр. 59/09 и 33/16, чл. 1.

⁸ *Службени гласник РС*, бр. 67/13, 15/16 и 84/19.

⁹ *Official journal of the European Union*, L 186/80 од 11.7.2019. Више о промјенама до којих је довела Директива 2019/1151: Зоран Васиљевић, „Реформски процеси у вези са друштвима са ограниченом одговорношћу у праву Европске уније и њених држава чланица“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр. 4 (2022): 1179-1181.

¹⁰ *Службени гласник РС*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19 и 17/23, чл. 7. ст. 5.

¹¹ Више: Зоран Васиљевић, „Trends and perspectives of incorporation of the limited liability companies in Bosnia and Herzegovina and neighboring countries“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, бр. 31 (2022): 259. Такође, више о реформама у процесу електронске регистрације привредних друштава: *ibid*, 266-273.

су, према томе, који су услови потребни да се испуне да би привредни субјекти могли комуницирати у правном промету, а да то има правну снагу. Односно, на који начин се креирају електронски документ, електронски потпис, електронски печат и други инструменти електронске комуникације, а потом одређење и самих извора права који се примјењују на правне односе који се успостављају на овај начин између самих привредних субјеката, прије свега у области електронске трговине, тј. прецизирање да ли и у којој мјери они одступају од традиционалног уговорног права.

2. Креирање и правна снага електронског документа

За остваривање комуникације између привредних субјеката у електронском облику мора да се креира електронски документ који једна страна упућује другој. Наше право дефинише ову форму као једнообразно повезан цјеловит скуп података који су електронски обликовани, односно израђени помоћу рачунара и других електронских уређаја, послани, примљени или сачувани на електронском, магнетном, оптичком или другом медију, и који садржи особине којима се утврђује аутор, вјеродостојност садржаја, те доказује вријеме када је документ сачињен.¹² Законска дефиниција је, дакле, прилично широка и оставља могућност подвођења разних облика електронских комуникација под овај појам. Не мора се радити, према томе, само о записима на рачунару, већ и другом електронском уређају, али у сваком случају морају бити поуздани и релевантни, како би имали својство доказног средства. То могу бити разни облици електронског комуницирања, као што су *email* поруке или аудио траке.¹³ У сваком случају, садржај електронског документа укључује све облике писаног текста, податке, слике, цртеже, карте, тон, музику и говор. Основни предуслов је да сви наведени облици записа буду сачувани, тј. да се могу и накнадно користити или умножавати. Нарочито је значајан писани облик, који би требао да укључује различите облике ре-

¹² Закон о електронском документу РС, чл. 4. ст. 1.

¹³ У Енглеској је нпр., управо аудио тракама прихваћено својство доказног средства, односно документа из кога се може сазнати садржај информације још у случају *Grant v Southwestern and Country Properties Ltd* из 1975. године. Видјети: Stephen Mason, "Documents signed or executed with electronic signatures in English law," *Computer Law & Security Review*, no. 34 (2018): 935.

продуковања ријечи у видљивој форми, као што су типкање, принтање, литографија, фотографија, и други облици. Ово је значајно због мноштва функција које има писана форма, као што су обезбјеђење поузданог доказа о постојању и природи намјере уговорних страна да буду везане уговором, схватању посљедица уласка у уговорни однос, обезбјеђењу непромјенивости документа кроз одређени период времена, могућност умножавања, аутентификације, чувања, и сл.¹⁴

Из законске дефиниције се могу извести и услови који се траже за ваљаност електронског документа, а то су могућност идентификације аутора, могућност аутентификације документа, односно утврђивања вјеродостојности његовог садржаја (што обухвата и омогућавање читања садржаја), као и могућност одређивања времена сачињавања документа. Додатни услов је да субјект коме је документ намијењен прихвати употребу и промет документа у електронском облику.¹⁵ Након тога више не може одбити документ само због облика у којем је сачињен, а супротно поступање производи и одговорност за прекршај одређеног субјекта (привредног друштва или предузетника), односно одговорног лица у истом. У погледу пристанка, могло би се поставити и питање да ли је исти потребно изричито дати за употребу сваког појединачног електронског документа, односно за сваку поновљену електронску комуникацију, с обзиром на то да наш законодавац није прецизирао рјешење. У интересу једноставнијег одвијања електронске трговине, боље би било усвојити тумачење да појам пристанка укључује и пристанак за који се разумно може закључити да је дат из самог понашања лица у питању, односно да се не мора тражити изричит пристанак за сваку електронску комуникацију.¹⁶

Електронски документ се, у принципу, састоји из два дијела: општег, који чини садржај документа, и посебног, у који су уграђени

¹⁴ Ове функције су наведене и у Водичу за доношење Модел Закона о електронској трговини. Више о њима: Stephen Mason, "Documents signed or executed with electronic signatures in English law," 938-939.

¹⁵ Закон о електронском документу РС, чл. 2. ст. 2.

¹⁶ Овакво рјешење је нпр., садржано у легислативи Аустралије (у Закону о електронским трансакцијама из 1999. године), која је иначе базирана на UNCITRAL-овом Модел закону о електронској трговини. Слично прописује и Једнообразни закон о електронским трансакцијама САД у одјелку 5(б), у којем се наводи да се то може тумачити и из контекста и околности случаја. Више: Alan Davidson, *The Law of Electronic Commerce*, (New York: Cambridge University Press, 2009), 49, 51.

један или више електронских потписа, подаци о времену израде, као и отпреме и пријема документа, односно и друге особине настале приликом његове израде.¹⁷ Управо се из електронског потписа може и утврдити идентитет аутора документа. Сам потпис може бити различитог квалитета, односно нивоа поузданости, а његово сачињавање је уређено посебним Законом о електронском потпису РС. Уколико електронски документ испуњава све наведене услове, тад му се у нашем праву признаје правна снага као и да се ради о документу у папирном облику.

Могуће је и умножавање електронског документа. Међутим, електронски документ може имати само копију у папирном, а не и у електронском, облику. У случају израде папирне копије, врши се овјера исписа вањског обрасца приказа електронског документа, који мора обавезно садржавати ознаку да је ријеч о копији.¹⁸ Овјеру копије могу вршити овлашћена лица у републичким органима, органима јединица локалне самоуправе, привредних друштава, установа, предузетника и правних лица, односно физичка лица. У ову широку дефиницију свакако улазе и нотари, који су од нарочитог значаја за обављање пословног промета и који су управо посебно наглашени у Закону о електронском документу БиХ.¹⁹ Копије начињене у складу са законским актима имају исту правну снагу као и изворни електронски документ.

Ипак, мора се нагласити да су у неким другим правним системима могуће и копије електронских докумената, које су и саме у електронском облику, израђене техником дигиталне форензике и сертификоване.²⁰ У том смислу не би требало ни користити израз оригинал електронског документа, као што то чини Закон о електронском документу БиХ.²¹ Исправније је терминолошко одређење као изворника, што је учињено у Закону о електронском документу РС,²² односно термин «први у времену», који се употребљава у енглеском праву.²³ Наиме, између ових докумената и нема разлике, а некада би прављење разлике између ориги-

¹⁷ Види: Закон о електронском документу РС, чл. 5.

¹⁸ Закон о електронском документу РС, чл. 9. ст. 3.

¹⁹ Видјети чл. 10. ст. 2. наведеног Закона.

²⁰ За енглеско право, видјети: Stephen Mason, "Documents signed or executed with electronic signatures in English law," 941.

²¹ Види чл. 9. наведеног Закона.

²² Чл. 8. ст. 1. наведеног Закона.

²³ Види: Stephen Mason, "Documents signed or executed with electronic signatures in English law," 941.

нала и копије проузроковало апсурдне ситуације. То најбоље илуструје примјер *email*-а, који једно лице пошаље другом, а потом избрише *email* који је послао. Поставља се питање шта је оригинал, *email* који је избрисан и који би логично то требао да буде или *email* који се налази сачуван у рачунару примаоца и који је идентичан оном креираном од стране пошиљаоца. Свакако да оба требају имати једнак третман и то је, уосталом, и разлог којим се руководио наш законодавац прописујући немогућност израде копије у електронском облику. Међутим, уколико се и прихвати та могућност, не може се задржавати концепт «оригинала», већ само «изворника», односно електронског документа који је израђен «први у времену».

Да би се електронски документ могао користити као доказно средство у случају спора, мора да се чува изворно у информационом систему или на медијима који омогућавају његову трајност, а у складу са прописима којима се уређује архивска дјелатност, канцеларијско пословање, информациона безбједност и другим који су релевантни за предметно питање. Чување се може повјерити и субјекту који се професионално бави дјелатношћу чувања електронских докумената.²⁴ У англосаксонском праву је дуго било заступљено тзв. «правило секундарног доказа», на основу ког се није признавала доказна снага електронским документима уколико су примарни докази о папирној форми били доступни. Међутим, развојем стандарда чувања и схватања о трајности и поузданости електронског документа, ово правило је напуштено и сада се и у земљама овог правног система, односно у њиховог судској пракси изједначава доказна снага докумената у електронском и папирном облику, исто као и «изворника» и копије самих електронских докумената.²⁵

3. Потписивање електронског документа

Да би се електронски документи могли користити у електронском пословању као поуздани инструменти комуницирања, из којих се тачно може утврдити њихов аутор, они треба да садрже и електронски потпис. Управо електронски потпис и чини посебни дио сваког електронског до-

²⁴ Видјети: Закон о електронском документу РС, чл. 22. ст. 1.

²⁵ Више: Alan Davidson, *The Law of Electronic Commerce*, 298-312.

кумента сачињеног у складу са Законом о електронском документу РС.²⁶ Уколико би се онемогућило електронско потписивање, идентитет аутора би се морао утврђивати на други начин, као нпр. папирним документима са својеручним потписима, што би било скупље и компликованије и засигурно би ометало развој електронске трговине.²⁷ Према томе, електронски потписи представљају незаобилазан инструмент електронског пословања, чија је основна функција утврђивање идентитета потписника, односно аутора електронског документа.

Према законској дефиницији, електронски потпис представља скуп података у електронском облику који су придружени или су логички повезани са другим подацима у електронском облику и који служе за идентификацију потписника и аутентичност потписаног електронског документа.²⁸ Из саме дефиниције, јасно је уочљива основна функција електронског потписа, тј. идентификација и аутентификација, која подразумева гаранцију идентитета потписника документа. Поред ове функције, електронски потпис треба да означава потврду аутора у односу на садржај електронског документа, тј. да потписник неће порећи садржај документа, нити вјеродостојност свог потписа, те да очува интегритет документа у смислу непромјењивости његовог садржаја након потписивања.²⁹

Не може, међутим, сваки електронски потпис у пуном капацитету задовољити тражене услове. Наиме, то може бити било који електронски податак, укључујући било које слово, знак, број или други симбол који је прикључен или логички повезан са електронским документом.³⁰ Тако је у судској пракси Аустралије признато и обично утипкавање имена пошиљаоца као облик аутентификације електронског документа, тј. електронске поште. Довољно је да је постојала намјера да потпис служи таквој сврси.³¹ Свакако да је ово много несигурнији начин идентификације аутора од нпр., дигиталног потписа.

²⁶ Види: чл. 5. наведеног Закона.

²⁷ Тако и Драго Дивљак, “Правно дејство електронских потписа у међународној регулативе и праву Србије,” *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2 (2019): 355, doi:10.5937/zrpfns53-23127.

²⁸ Закон о електронском потпису РС, чл. 3.

²⁹ Види: Nikolaos A. Karanikolas, “*Digital Signature Legality in Different Jurisdictions: Legally Binding Issues*”, (Master thesis, University of Thessaloniki, 2019), 15.

³⁰ Види: Alan Davidson, *The Law of Electronic Commerce*, 82.

³¹ R v Frolchenko, (1998) QCA 43, више Alan Davidson, *The Law of Electronic Commerce*, 77.

Електронски потпис, у принципу, може бити у било којој форми. Он може укључивати само фразу «прихватам», PIN код, типкање имена у емаил-у, скенирани својеручни потпис, код у погледу чије употребе се стране договоре (нпр., одређени број), биодинамички потпис (нпр. договорени начин за израчунавање броја, као што је, примјера ради, збир цифара датума помножен са одређеним бројем) или дигитални потпис. Битно је да указује на идентитет потписника.³² И наш Закон о електронском потпису, који разликује електронски од квалификованог електронског потписа, наглашава да се електронски потпис не може оспоравати у судским и другим поступцима искључиво на основу тога што је у електронском облику или због тога што не испуњава све захтјеве за квалификовани електронски потпис.³³ Дакле, дигитални потпис, који испуњава услове за категорију квалификованог електронског потписа је само једна од врста електронског потписа. Треба га разликовати и од дигитизованог потписа, који представља скенирану верзију својеручног потписа који се, нпр., просто може «накачити» на *email*. Свако ко би дошао у посјед послатог *meil*-а, могао би скинути и злоупотребити такав потпис, који ужива низак ниво заштите.

И наш законодавац се, имајући у виду, ограничене могућности разних облика електронских потписа, иако им је признао доказну снагу, определијелио да једино квалификованом електронском потпису призна исту правну снагу као и својеручном потпису, па чак и својеручном потпису са печатом. Према томе, овај облик потписа може замијенити и традиционални печат. Да би електронски потпис испуњавао услове да се третира квалификованим, мора прије свега задовољити критеријуме за категорију напредног потписа из Уредбе ЕУ бр. 910/2014, тј. да је повезан искључиво са потписником, да поуздано идентификује потписника,

³² Види: Stephen Mason, "Documents signed or executed with electronic signatures in English law," 942.; Alan Davidson, *The Law of Electronic Commerce*, 83.

³³ Закон о електронском потпису РС, чл. 6. ст. 2. Наведена одредба је сачињена по узору на чл. 25. Regulation (EU) No 910/2014 of the European parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, *Official journal of the European Union*, L 257/101 од 28.08.2014. Ова регулатива се директно примјењује у свим државама чланицама Европске уније, а послужила је и као модел за израду нашег Закона о електронском потпису. Ипак, за разлику од нашег права, она разликује три врсте електронских потписа: електронски, напредни електронски и квалификовани електронски потпис.

да настаје коришћењем средстава којима потписник може самостално да управља и која су искључиво под његовим надзором, и да је директно повезан са подацима на које се односи и то на начин који недвосмислено омогућава увид у било коју измјену изворних података.³⁴ Поред тога, средства за израду и верификацију квалификованог електронског потписа морају испуњавати тражене законске услове, а они се између, осталог односе и на податке за израду и верификацију потписа који представљају јединствене податке, као што су кодови или приватни криптографски кључеви који се користе за израду потписа, односно кодови или јавни криптографски кључеви који се користе ради провјере валидности потписа.³⁵

Осим захтјева везаних за напредни потпис и услова који се траже за квалификована средства за израду и верификацију квалификованог електронског потписа, иако се то не наводи у самој дефиницији квалификованог електронског потписа,³⁶ квалификовани електронски потпис треба да се заснива и на квалификованом електронском сертификату за електронски потпис. У питању је потврда у електронском облику којом сертификационо тијело потврђује квалификовани електронски потпис, чији је садржај прописан законом.³⁷ Овом потврдом, сертификационо тијело гарантује и идентитет потписника, чиме се ставља у својеврсну улогу нотара.³⁸ Сертификационо тијело представља правно лице, односно предузетника, који су регистровани за ову врсту послова и који могу издавати и неквалификоване сертификате, у ком случају је довољно да се пријаве најмање 14 дана прије почетка обављања дјелатности Министарству за научнотехнолошки развој, високо образовање и информационо друштво РС, које води регистар ових тијела. Међутим, за издавање квалификованих електронских сертификата је потребно претходно

³⁴ Упореди Уредбу ЕУ бр. 910/2014, чл. 26. и Закон о електронском потпису РС, чл. 4.

³⁵ Закон о електронском потпису РС, чл. 2. ст. 1. т. 4) и т. 7), у вези са чл. 8. и чл. 9.

³⁶ За разлику од, нпр., законске дефиниције у Србији, гдје је у чл. 2. ст. 1. т. 30. Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од повјерења у електронском пословању (Сл. гласник Р. Србије, бр. 94/2017 и 52/2021) то изричито наведено. Видјети и Драго Дивљак, "Правно дејство електронских потписа у међународној регулативе и праву Србије", 358-359.

³⁷ Види: Закон о електронском потпису РС, чл. 16.

³⁸ Thomas Hoeren, "Electronic commerce and law – some fragmentary thoughts on the future of internet regulation from a German perspective," *Computer Law & Security Report*, vol. 16, no. 1 (2000): 116.

издавање дозволе надлежног Министарства, као и испуњавање додатних услова који се односе на организацију пословања, стручност запослених, поузданост и ликвидност.³⁹ Додатни услови су прописани у циљу обезбјеђења већег квалитета самих електронских потписа који се потврђују.

Према томе, квалификовани електронски потписи су дигитални потписи засновани на методу асиметричне криптографије. У ствари, исправнији назив би био да су они елемент процеса дигиталне сертификације.⁴⁰ Наиме, у овом процесу се користе приватни и јавни кључ, који издаје овлашћено сертификационо тијело. Прво се врши енкрипција од стране држаоца приватног кључа, да би се затим вршила декрипција од стране имаоца јавног кључа, који је коресподентан и уколико постоји тачна математичка релација, држалац јавног кључа може потврдити да садржај документа није мијењан и да долази од држаоца приватног кључа. Овим методом асиметричне јавне енкрипције је превазиђен и проблем приватне енкрипције, која је симетрична и гдје обје стране морају посједовати приватни кључ, па је и ризик доласка у посјед од стране трећих лица већи.⁴¹ Корисници су слободни у избору сертификационог тијела, а могу користити и услуге таквог тијела које је регистровано у иностранству.⁴²

У циљу додатног осигурања изворности и цјеловидости садржаја електронског документа, могуће је користити и електронски печат, односно квалификовани електронски печат, који се заснива на квалификованом сертификату за електронски печат и који мора испуњавати услове идентичне онима који се траже и за квалификовани електронски потпис.⁴³ Сертификациона тијела могу израђивати и временске жигове, који садрже званично вријеме придружено електронским документима којима се потврђује њихов садржај у вријеме израде. Могуће је издавање и квалификованих временских жигова који додатно, у разумној мјери, искључују могућност неовлашћене промјене података. Ова категорија временских жигова мора бити потписана помоћу квалификованог електронског потписа или печатаћена помоћу квалифи-

³⁹ Закон о електронском потпису РС, чл. 21.

⁴⁰ Види: Nikolaos A. Karanikolas, "Digital Signature Legality in Different Jurisdictions: Legally Binding Issues," 25.

⁴¹ Више: Alan Davidson, *The Law of Electronic Commerce*, 84-85.

⁴² Права, обавезе и одговорности корисника и сертификационих тијела су прописани Законом о електронском потпису РС, чл. 25-33.

⁴³ Упореди чл. 4. и чл. 13. ст. 2. Закона о електронском потпису РС.

ваног електронског печата или на неки други начин који обезбјеђује једнак ниво сигурности.⁴⁴

На крају би се, у погледу домена примјене легислативе, морало указати и на једно апсурдно рјешење Закона о електронском потпису БиХ, према коме се овај Закон примјењује само у затвореним системима, који су у потпуности уређени уговорима између познатог броја уговорних страна, док се у отвореној електронској комуникацији примјењују само са судом и другим институцијама.⁴⁵ Ово је супротно како Уредби ЕУ бр. 910/2014, којом је изричито прописано да се не примјењује на пружање услуга повјерења које се искључиво користе унутар затворених система,⁴⁶ тако и у односу на рјешења већине упоредноправних законодавстава.⁴⁷ Друга одредба која је, такође, превазиђена, односи се на искључење дејства писане форме квалификованом (сигурном) електронском потпису у одређеним правним пословима из области породичног и насљедног права, оним код којих се захтијева службена овјера, судска или нотарска провјера аутентичности или морају бити сачињени у облику нотарске исправе (посебно у области земљишно-књижног права), те у случају изјава гаранција од стране субјеката из одређених области.⁴⁸ Нема разлога за искључењем било које од наведених правних радњи, односно аката од сачињавања у електронском облику, јер сви субјекти, а посебно нотари, имају могућност и потребу да се укључе у процес модернизације пословања путем електронских комуникација. Закон о електронском потпису БиХ, ипак, садржи и једну прецизну одредбу која разријешава дилему по питању одговорности сертификационог тијела за штету насталу сваком лицу које се поузда у одређене податке везане за квалификоване потврде које та тијела издају или за њих гарантује. Наиме, усвојен је систем субјективне одговорности са претпостављеном кривицом.⁴⁹ Такође, ако је употреба квалификоване

⁴⁴ Закон о електронском потпису РС, чл. 11.

⁴⁵ Видјети Закон о електронском потпису БиХ, чл. 2.

⁴⁶ Види чл. 2. ст. 2. наведене Уредбе ЕУ.

⁴⁷ Више о критици наведеног законског рјешења: Генц Трнавци, "Закључење, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа," *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, vol. 30, бр. 1 (2009): 462.

⁴⁸ Видјети Закон о електронском потпису БиХ, чл. 5 ст. 2.

⁴⁹ Што је у складу и са Уредбом ЕУ бр. 910/2014. Упореди чл. 13. ст. 3. Уредбе и чл. 19. ст. 1. и 2. Закона о електронском потпису БиХ. Терет доказивања одговорности је, према Уредби, на оштећеном само у случају неквалификованог пружаоца услуга повјерења (тј. сертификационог тијела).

потврде (електронског сертификата) ограничена, сертификационо тијело не одговара за штету која је причињена услјед употребе сертификата изван ограничења (нпр., у погледу вриједности трансакције за коју се може употребити).⁵⁰ Одредбе овог Закона су, у сваком случају, замишљене као оквирне у смислу уређења основа формирања и употребе електронског потписа и пружања услуга у вези са њим.

4. Специфичности електронске трговине

Пословни субјекти у Републици Српској имају могућност закључивања уговора у електронском облику, што је признато и Законом о електронском пословању Републике Српске. Само су одређена питања искључена од примјене Закона, и то заштита података, област опорезивања, заступање странака и заштита њихових интереса пред судовима, те игре на срећу са новчаним улозима,⁵¹ што је у складу и са Директивом ЕУ о електронској трговини.⁵² Штавише, Директива садржи и нешто шири круг искључења. Нпр., област нотарске дјелатности је првобилно била искључена и у нашем Закону, али је измјенама из 2016. године та одредба брисана. Истим измјенама је избрисана и одредба чл. 7. ст. 4., која се односила на групу уговора из области породичног и наслебног права, као и поједине облигационоправне уговоре. Наиме, радило се о уговорима за чије је сачињавање прописана обавезна писмена форма и то, углавном, свечана, уз одговарајуће учешће нотара (нотарска овјера акта или чак и обрада, као у случају уговора о преносу права власништва на некретнинама). Укључивањем нотара у сферу правних послова који се одвијају у електронској форми, нестао је и разлог за изузећем наведене групе правних послова.

Наше право, према томе, у погледу регулисања електронске трговине, има упориште у праву Европске уније, односно Директиви о електронској трговини, која почива на концепту минималистичког задирања и фокусирања само на одређене специфичне проблеме који се могу поја-

⁵⁰ Закон о електронском потпису БиХ, чл. 19. ст. 4.

⁵¹ Закон о електронском пословању Републике Српске, чл. 2.

⁵² Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic Commerce), *Official Journal of European Communities*, L 178, 17.07.2000., чл. 5.

вити у електронској трговини.⁵³ Директива је, у ствари, више неутрална у односу на уговорно право и оставља националним правима да сама разријеше дилеме које се јављају по одређеним питањима. Тако у чл. 11. нема изјашњења да ли је нуђење услуга путем *web* странице понуда или позив на понуду, односно да ли потрошач упућивањем наруцбе (кликом на *web* страници) прихвата понуду или даје понуду. Практично, једина одредба која омогућује директну примјену у националним уговорним правима је она о времену пријема наруцбе и потврде пријема исте, а то је вријеме када им странке могу приступити.⁵⁴

И право Републике Српске слиједи концепт Директиве ЕУ и минимално интервенише у област традиционалног уговорног права. Тиме се спријечава стварање дуалног правног режима у овој материји. У ствари, једино се правила о признању електронских уговора и времену њиховог закључења могу третирати као специјална правила, за чијим доношењем је постојала потреба ради усклађивања са савременим технолошким развојем.⁵⁵ За сва остала питања која немају специфичну одредбу, примјењују се одговарајуће одредбе прописа којима се уређују облигациони односи.⁵⁶ Електронска трговина,⁵⁷ наиме, води дематеријализацији, детериторијализацији, екстемпоријализацији и деперсонализацији права.⁵⁸ Услијед тога, неминовно је кориговање националног уговорног

⁵³ За разлику од приступа који имају UNCITRAL-ов Модел Закон о електронској трговини или право САД које се односи на ову материју (прије свих Uniform Computer Information Transaction Act- UCITA, као и UETA- Uniform Electronic Transactions Act), Директива је изложена критикама због недовољно јасног дефинисања и фрагментарног карактера. Више: Jane Kaufman Winn and Jens Haubold, "Electronic Promises: Contract Law Reform and E-Commerce in a Comparative Perspective," *EU Law Report*, no. 25 (2002): 1-16.

⁵⁴ Директива ЕУ о електронској трговини, чл. 11. ст. 1. Види: Jane Kaufman Winn and Jens Haubold, "Electronic Promises: Contract Law Reform and E-Commerce in a Comparative Perspective," 11-12.

⁵⁵ Види: Драго Дивљак, "Хармонизација правила о електронској трговини и право Србије," Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3 (2018): 920-921, doi: 10.5937/zrpfns52-18796.

⁵⁶ Види: Закон о електронском пословању Републике Српске, чл. 8.

⁵⁷ Коју Организација за економску сарадњу и развој (ОЕСД) дефинише као трговину која обухвата све облике комерцијалних трансакција који се заснивају на електронској обради и преносу података, укључујући текст, звук и визуелне слике. Види: Драго Дивљак, "Хармонизација правила о електронској трговини и право Србије," 910.

⁵⁸ Видјети Thomas Hoeren, "Electronic commerce and law – some fragmentary thoughts on the future of internet regulation from a German perspective," 116.

права у одређеним сегментима. Међутим, много већи проблем који ове појаве изазивају јесте проналажење примјенивог националног права у конкретним случајевима. Наиме, немогуће је на основу *email* адресе одгонетнути из које је државе, нпр., продавац одређене робе. Стога, једно од могућих рјешења би било смјестити све актере електронских трансакција у исти тзв. «сајберпростор», међутим, недостатак је у непостојању јединствених правних правила која би се примијенила на такве односе. Једино рјешење које преостаје је да се дефинише одређени критеријум у контексту правила међународног приватног права, који би упућивао на одређено национално право. Тако се предлаже мјесто намјераване употребе као један од прихватљивих критеријума, који има сличности са принципом минималног контакта, који се примјењује у америчком праву. Према овом концепту, национално право одређене државе би се примјењивало само у мјери у којој продавац одређене робе или вршилац услуга има намјеру да користи одређено тржиште.⁵⁹

У сваком случају, у нашем правном систему, уговорима у електронском облику се сматрају уговори које правна и физичка лица у потпуности или дјелимично склапају, шаљу, примају, раскидају, отказују, приступају и приказују електронским путем користећи електронска, оптичка или слична средства, укључујући, али не ограничавајући се на пренос интернетом.⁶⁰ У теорији су присутна и схватања о потреби изричитог дефинисања уговора у електронској форми, коју треба разликовати од било ког облика електронског комуницирања. Аргументација за то се налази ставу да једино електронска форма одговарајућег квалитета може да замијени писану форму, када се она тражи за пуноважност уговора (форма *ad solemnitatem*).⁶¹ Рјешење се проналази у другом елементу писане форме,

⁵⁹ *Ibid*, 114.

⁶⁰ Закон о електронском пословању Републике Српске, чл. 3. ст. 1. т. е). Интересантну дефиницију електронског уговора садржи кинески Закон о електронском потпису, према коме се овај уговор дефинише као споразум између двије или више страна о успостављању, мијењању или престанку грађанских својинских права и дужности путем електронских информација и коришћењем електронског формата. За више о третману електронске трговине и креирању платформе за вођење преговора у електронском облику који претходе закључењу електронског уговора, видјети Juntao Gu i Xiaodong Zhu, "Designing and Implementation of an Online System for Electronic Contract Negotiation Based on Electronic Signature," *Journal of Software*, vol. 9, no. 12 (december 2014): 3020-3026, doi:10.4304/jsw.9.12.3030-3027.

⁶¹ Видјети Сања М. Радовановић и Николина Б. Мишчевић, "О електронској форми уговора у домаћем праву," *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4

тј. потпису, који када се ради о електронском потпису треба испуњавати услове за категорију квалификованог потписа у складу са Законом о електронском потпису.⁶² Свакако би било добро рјешење да се у самом Закону о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО), као један од облика писане форме предвиди и електронска форма одговарајућег квалитета. Ипак, одредба чл. 72. ст. 4. ЗОО-а је и сада довољно флексибилна и омогућава прилагодљивост писане форме у складу са развојем модерних технологија.⁶³ Такође, Законом о електронском пословању Републике Српске се признаје правна ваљаност уговора закључених посредством електронских облика комуницирања, а у случају условљавања пуноважности уговора потписом, прихвата се електронски потпис сачињен у складу са одредбама Закона о електронском потпису РС.⁶⁴

Електронски уговор се у праву Републике Српске, сходно општој теорији пријема, сматра закљученим када понуђач прими електронску поруку која садржи изјаву понуђеног да прихвата понуду.⁶⁵ Страна која у уговорном односу има улогу даваоца услуга информационог друштва, под којима се нарочито подразумијевају продаја робе и услуга, нуђење података, рекламирање, и сл. дјелатности посредством интернета, дужна је да без одлагања електронским путем (посебно електронском поштом) потврди пријем поруке која садржи понуду или прихват понуде за закључење уговора, с тим да се ово законско правило у случају односа између привредних субјеката сматра диспозитивним и они од њега могу уговорити одступање. То је у складу и са одредбама Закона о електронском документу, према којима, у случајевима када се тражи потврда пријема електронског документа, прималац мора потврдити пријем у року који је утврђен претходним захтјевом пошиљаоца. У случају недостављања потврде пријема, пошиљалац је дужан одредити нови рок, по истеку којег

(2018): 1644, doi: 10.5937/zrpfns52-20325.

⁶² Наиме, текст као први елемент форме није различит, било да се ради о папирној или електронској форми. Једина разлика је техничке природе, у смислу да су за спознају електронског текста потребна одређена додатна техничка средства. Види: Сања М. Радовановић и Николина Б. Мишчевић, “О електронској форми уговора у домаћем праву,” 1647.

⁶³ *Ibid*, 1656-1657. Наиме, према наведеној одредби «ако стране измијењају писма или се споразумију телепринтером или неким другим средством које омогућава да се са извјесношћу утврде садржина и давалац изјаве», захтијев писане форме је задовољен.

⁶⁴ Закон о електронском пословању Републике Српске, чл. 7. и чл. 9.

⁶⁵ *Ibid*, чл. 13.

ће се у случају недостављања потврде пријема сматрати да такав електронски документ није ни послан.⁶⁶ Могло би се закључити да Закон о електронском документу РС прецизније регулише ово питање и може да се примјењује као *lex specialis* у односу на Закон о електронском пословању у случају слања изјава у облику који задовољава критеријуме електронског документа из наведеног Закона. Међутим, и у самом Закону о електронском документу постоји једна неусклађеност по питању тренутка пријема електронског документа. Наиме, у чл. 16. ст. 6. се сматра да је то тренутак кад пошиљалац од примаоца прими потврду о пријему, док се према чл. 17. ст. 3. сматра да је то тренутак кад је прималац послао потврду пријема електронског документа.⁶⁷ Ово није у складу са одредбом чл. 13. ст. 2. Закона о електронском пословању, према којој се понуда, прихват понуде и друге изјаве воље предузете електронским путем сматрају примљеним тек када им лице коме су упућене може приступити, те би тумачење требало да иде у прилог рјешења из чл. 16. ст. 6. Закона о електронском документу. У супротном, поставља се питање шта ако потврда пријема никада не стигне пошиљаоцу. Он тада оправдано може сматрати да електронски документ није ни примљен. Уколико би се прихватила супротна претпоставка, то би могло изазвати разне спорне ситуације у пракси. За рјешење овог питања, Закон о електронском правном и пословном промету БиХ садржи интересантну одредбу према којој «ако пошиљалац с примаоцем није договорио форму потврде о пријему, потврдом о пријему се сматра било која самостална или друга потврда примаоца, односно понашање примаоца које је довољно да пошиљалац зна или може знати да је електронска порука примљена.⁶⁸ Дакле, наведени Закон допушта третирање потврдом о пријему чак и конклюдентног понашања, али наравно и у том случају, оно мора бити примљено к знању од стране оног лица коме је намијењено.

Чак се и у енглеском праву, у случају електронских комуникација, готово у потпуности одступа од теорије одашиљања, односно правила «поштанског сандучета», поготово из разлога што се углавном ради о порукама које пристижу у размацама од неколико секунди. Стога се и овдје прихвата теорија пријема.⁶⁹ Иначе, и у овом систему се расправља

⁶⁶ Закон о електронском документу Републике Српске, чл. 16. ст. 1., 4. и 5.

⁶⁷ Идентично рјешење садржи и Закон о електронском документу БиХ, чл. 18. ст. 3.

⁶⁸ Закон о електронском правном и пословном промету БиХ, чл. 8. ст. 3.

⁶⁹ Видјети Steven Gallagher, "Contracting in cyberspace – a minefield for the unwary,"

дилема везано за слање и прихват понуде и прихвата се, могло би се закључити, већинско становиште да оглашавање не представља понуду, већ позив на понуду. Ипак, зависно од садржаја *web* странице даваоца услуга информационог друштва (нпр. продавца), може се радити и о његовој понуди, као нпр. у случају кад је довољан само један клик купца да прихвати понуду.⁷⁰ Коначно, и у чл. 11. ст. 1. т. 2. Директиве ЕУ о електронској трговини наводи се да ће се не само наруџба, већ и потврда пријема наруџбе сматрати примљеном када јој страна на коју је насловљена буде у могућности да приступи.

На крају, могла би се истаћи још једна дилема која се односи на дозвољеност слања комерцијалних саопштења путем електронске поште. Наше право то дозвољава само уз претходни пристанак лица коме је таква врста саопштења намијењена.⁷¹ Интересантно је да Закон о електронском правном и пословном промету БиХ, који би требао да служи као оквирни закон, садржи нешто другачије рјешење. Наиме, према овом Закону, давалац услуга може слати електронску пошту и без претходне сагласности примаоца, уз услов да комерцијална природа такве поруке буде јасно и недвосмислено препознатљива. Прималац, уколико не жели да прима такве поруке, мора да се упише на листу (односно у регистар) који води Регулаторна агенција за комуникације БиХ.⁷² Рјешење Закона на нивоу БиХ је неповољније за примаоца саопштења, јер мора сам да се ангажује да би искључио могућност пријема непожељних саопштења. Оваква опција се назива *opt-out* систем, насупрот првом *opt-in* систему, гдје је трговцима допуштено слање порука само онима који то изричито траже, док у односу на остале морају тражити претходну сагласност.⁷³ И на овом мјесту би се могла упутити критика превеликом броју примјера неусклађености легислативе. У сваком случају, одредба на нивоу Републике Српске има императивни карактер, док би се одредба на нивоу БиХ могла протумачити и као диспозитивна сходно рјешењу из чл. 4. овог Закона.

Computer Law & Security Report, vol. 16. no. 2 (2000): 103-104. Такође, слично и за америчко право: Генц Трнавци, "Закључење, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа," 461.

⁷⁰ Види: Paul Richards, *Law of Contract*, (Harlow: 2011), 23.

⁷¹ Закон о електронском пословању Републике Српске, чл. 6.

⁷² Закон о електронском правном и пословном промету БиХ, чл. 17.

⁷³ И државе Европске уније су подијељене по питању рјешења ове дилеме. Видјети Emilia Cotoi, "The conclusion of electronic contract," *Annals & Proceedings of DAAM International*, vol. 22, no. 1 (2011): 0528.

5. Закључна разматрања

Са развојем електронске трговине, расте и значај законодавне интервенције у циљу спречавања правне анархије у овој области примјене права. И Република Српска, као и БиХ, је одговорила овом изазову доношењем сета закона који регулишу проблематику електронских комуникација између ширег круга субјеката, а између осталог, и привредних субјеката. Усвојене одредбе се ослањају на изворе права Европске уније у посматраној области. Наведеним законским актима је дефинисан начин креирања и формирања садржаја електронских инструмената (докумената, потписа, печата и др.) комуникација, који у пракси мора бити примијењен, како би им се признала правна ваљаност, а самим тим и изједначила правна снага правних радњи које се одвијају електронским путем, са оним које се спроводе у традиционалној форми. Међутим, још увијек постоје практични проблеми који онемогућавају примјену усвојених одредби у пуном капацитету. Тако, нпр., на пољу регистрације привредних субјеката још увијек није креирана платформа путем које би се одвијала електронска регистрација у пуном капацитету, затим, тек сад се региструју прва квалификована сертификациона тијела неопходна за креирање квалификованих електронских потписа, иако су законска рјешења већ годинама на снази. Ови и други недостаци неминовно утичу и на успоравање развоја електронске трговине на нашем простору.

Ипак, у перспективи, остваривање правних односа електронским путем би и код нас требало да иде узлазном путањом, заједно са модернизацијом технологије неопходне за праћење овог процеса и подизањем нивоа стручности лица која су у њега укључена. Правна подлога је, додуше минималним задирањем у домен уговорног права, сачињена. Значај таквог приступа је у онемогућавању стварања дуалног правног режима, тј. у омогућавању примјене традиционалног уговорног права, ако специјалним одредбама из области електронског пословања није другачије одређено. Свакако да и електронска трговина има повратни утицај на традиционално право, прије свега у домену његове детериторијализације, а често и деперсонализације. Оно што би у легислативи требало учинити, јесте пронаћи прецизнија рјешења за одређене правне празнине које су уочене у пракси (нпр., одређење појма електронске форме уговора) и ускладити законска рјешења како на различитим, тако и на истом нивоу власти, па чак и унутар једног истог законског текста (нпр., одређење тренутка пријема потврде о пријему поруке).

ЛИТЕРАТУРА

1. Cotoi, Emilia. "The conclusion of electronic contract." *Annals & Proceedings of DAAAm International*, vol. 22, no. 1 (2011).
2. Davidson, Alan. *The Law of Electronic Commerce*. New York: Cambridge University Press, 2009.
3. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic Commerce), *Official Journal of European Union*, L 178, 17.07.2000.
4. Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of Council of 20 June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law, *Official Journal of European Union*, L 186/80, 11.7.2019.
5. Дивљак, Драго. "Хармонизација правила о електронској трговини и право Србије." *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3 (2018).
6. Дивљак, Драго. "Правно дејство електронских потписа у међународној регулативе и праву Србије," *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2 (2019).
7. Gabriel, Henry D. "The UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records." *Uniform Law Review*, vol. 24 (2019).
8. Gallagher, Steven. "Contracting in cyberspace – a minefield for the unwary." *Computer Law & Security Report*, vol. 16, no. 2 (2000).
9. Gu, Juntao and Zhu, Xiaodong. "Designing and Implementation of an Online System for Electronic Contract Negotiation Based on Electronic Signature." *Journal of Software*, vol. 9, no. 12 (december 2014).
10. Hoeren, Thomas. "Electronic commerce and law – some fragmentary thoughts on the future of internet regulation from a German perspective." *Computer Law & Security Report*, vol. 16, no. 1 (2000).
11. Karanikolas, Nikolaos A. "*Digital Signature Legality in Different Jurisdictions: Legally Binding Issues*." Master thesis, University of Thessaloniki, 2019.
12. Kaufman Winn, Jane and Haubold, Jens. "Electronic Promises: Contract Law Reform and E-Commerce in a Comparative Perspective." *EU Law Report*, no. 25 (2002).
13. Mason, Stephen. "Documents signed or executed with electronic signatures in English law." *Computer Law & Security Review*, no. 34 (2018).

14. Радовановић, Сања М. анд Мишчевић, Николина Б. “О електронској форми уговора у домаћем праву.” *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4 (2018).
15. Regulation (EU) No 910/2014 of the European parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, *Official journal of the European Union*, L 257/101, 28.08.2014.
16. Richards, Paul. *Law of Contract*. Harlow: Pearson, 2011.
17. Трнавци, Генц. “Закључење, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа.” *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1 (2009).
18. Васиљевић, Зоран, „Реформски процеси у вези са друштвима са ограниченом одговорношћу у праву Европске уније и њених држава чланица“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр. 4 (2022).
19. Васиљевић, Зоран, „Trends and perspectives of incorporation of the limited liability companies in Bosnia and Herzegovina and neighboring countries“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, бр. 31 (2022).
20. Закон о електронском документу, *Службени гласник БиХ*, бр. 58/2014.
21. Закон о електронском документу Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015.
22. Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од повјерења у електронском пословању, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 94/2017 и 52/2021.
23. Закон о електронском пословању Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 59/2009, 33/2016.
24. Закон о електронском потпису, *Службени гласник БиХ*, бр. 91/2006.
25. Закон о електронском потпису Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 83/2019.
26. Закон о електронском правном и пословном промету, *Службени гласник БиХ*, бр. 126/2007.
27. Закон о привредним друштвима РС, *Службени гласник РС*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19 и 17/23.
28. Закон о регистрацији пословних субјеката у Републици Српској, *Службени гласник РС*, бр. 67/13, 15/16 и 84/19.

Zoran Vasiljević, PhD**LEGAL FRAMEWORK OF ELECTRONIC COMMERCE OF
BUSINESS ENTITIES IN REPUBLIC OF SRPSKA**

***Abstract:** In Republic of Srpska, as well as at the level of Bosnia and Herzegovina, it was adopted a set of laws which enables the activities of business entities to be performed in electronic form, starting from the submission of the application for company registration to the performance of unilateral and bilateral legal affairs. It is about the laws of the same title, which are adopted at the both levels of government, namely the laws on electronic signature and electronic document, as well as the Law on electronic commerce of Republic of Srpska. These legal acts regulate the way of performing legal actions in electronic form in order to achieve the same legal power which have the same legal actions expressed in the paper form. This creates conditions for significant acceleration and reduction of costs in performing the activities. However this modernization also brings challenges related to resolving a number of legal issues in the matter of rights, obligations and liability of business entities, such as, for example, determination of the moment when legal relationship has arisen, determination of the authenticity of content of the legal act, as well as of its signature, how electronic documents and signatures should be kept, etc. A particular problem that arises in practice relates to the establishment of "certification bodies" which would deal with the provision of services in this domain. It could be concluded that the gap between the real and the normative is quite visible from the analysed institutes. Nevertheless, this is a real challenge of the 21st century which is needed foremost in the business sector and which must be solved in the most adequate way.*

***Keywords:** company, individual entrepreneur, registration, contract, electronic document, electronic signature.*

** Associate Professor at the Faculty of Law University of Banja Luka

**УГОВОРИ О ПРУЖАЊУ УСЛУГА У ОБЛАСТИМА
ДИСТРИБУЦИЈЕ И СНАБДИЈЕВАЊА ЕЛЕКТРИЧНОМ
ЕНЕРГИЈОМ У ЕНЕРГЕТСКИМ ПРОПИСИМА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ**

Мр Драган Балтић*

***Апстракт:** Уговори о пружању услуга у области дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом у суштини представљају потрошачке уговоре, а из разлога што се ради о дјелатностима којима се врши пружање услуга од општег економског интереса. Да би се приступило закључењу уговора о снабдијевању електричном енергијом, а што у суштини представља продају електричне енергије потрошачима, претходно је неопходно провести одговарајући технички поступак прикључења објекта на електромержу, који се манифестује издавањем електроенергетске сагласности и закључењем уговора о прикључењу, што након прописане техничке процедуре у коначници доводи до закључења уговора о снабдијевању електричном енергијом и прикључења објекта на електродистрибутивну мрежу. Ови уговори су посебно именовани, унапријед дефинисани уговори који имају специфичне карактеристике, почевши од појма и значаја електричне енергије као специфичне ствари, односно робе, до предмета продаје, односно испоруке електричне енергије као незамјењивог чиниоца данашњег живота, друштва, привреде и човјека као појединца. Како се ради о услугама од општег економског*

* Мр Драган Балтић, Руководилац Одјељења за правне послове у предузећу Мјешовити холдинг „Електропривреда Републике Српске“ – МП а.д. Требиње, ЗП „Електрокрајина“ а.д. Бања Лука.

интереса, пружање оваквих врста услуга регулише се на посебан начин, а у складу са прописима у областима енергетике и заштите потрошача. У раду су приказани основни уговори у области дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом, елементи уговора, њихово дефинисање законом и подзаконским прописима, а посебно уговор о прикључењу и уговор о снабдијевању електричном енергијом, начин закључења, престанак уговора, права и обавезе купца-потрошача, те оператора дистрибутивног система и снабдјевача. Посебно се истиче међусобна условљеност једног уговора са другим и њихова нераскидива повезаност у систему дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом.

Кључне ријечи: *уговор, услуге, електрична енергија, дистрибуција, снабдијевање, оператер, снабдјевач, купац, потрошач.*

УВОД

Дистрибуција и снабдијевање електричном енергијом представља строго регулисану дјелатност, која је прописана Законом о енергетици¹, Законом о електричној енергији², Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом³, Тарифним системом за продају електричне енергије и коришћење дистрибутивне мреже⁴, те са дугим релевантним законским и подзаконским прописима (као што су: Правилник о снабдијевању електричном енергијом и промјени снабдјевача⁵, Правилник о методологији за утврђивање накнада за прикључење на дистрибутивну мрежу⁶, Правилник о методологији за утврђивање цијена јавног и резервног снабдијевања електричном енергијом⁷). Регулисање ових дјелатности повјерено је регулаторном тијелу, односно Регулаторној комисији за енергетику Републике Српске⁸, а која доноси

¹ Закон о енергетици (Службени гласник Републике Српске бр. 49/2009 и 16/2023).

² Закон о електричној енергији (Службени гласник Републике Српске бр. 68/2020).

³ Општи услови за испоруку и снабдијевање електричном енергијом (Службени гласник Републике Српске бр. 13/2022).

⁴ Тарифни систем за продају електричне енергије и коришћење дистрибутивне мреже (Службени гласник Републике Српске бр. 119/2022).

⁵ Правилник објављен у Службеном гласнику Републике Српске бр.74/2021.

⁶ Правилник објављен у Службеном гласнику Републике Српске бр.123/2008.

⁷ Правилник објављен у Службеном гласнику Републике Српске бр.74/2021 и 119/2022.

⁸ Регулаторна комисија за енергетику Републике Српске је регулаторно тијело

све подзаконске акте у вези са обављањем дјелатности дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом.

Односи између оператера дистрибутивног система, снабдјевача и крајњег купца на малопродајном тржишту електричне енергије уређени су одговарајућим уговорима, а то су: уговор о прикључењу који закључују оператер дистрибутивног система и потрошач, уговор о снабдијевању који закључују снабдјевач и крајњи купац и уговор о приступу дистрибутивном систему који закључују оператер дистрибутивног система и снабдјевач у име крајњег купца ради регулисања коришћења дистрибутивног система. Оператер дистрибутивног система и снабдјевач дужни су изградити типске обрасце уговора, а обрасци ових уговора морају бити доступни путем интернет странице и услужног центра.

1. ЕЛЕКТРИЧНА ЕНЕРГИЈА

1.1. Појам и значај електричне енергије

Електрична енергија, као цивилизацијска благодет, заслужује епитет епохалног открића. Више од једног вијека она грије, освјетљава и на разне друге начине уљепшава живот човјека.⁹ Од њеног самог открића, електрична енергија представља један од основних и најбитнијих услова за рад и живот човјека. Свакако да ће се електрична енергија производити на различите начине, али без ње ће живот у будућности бити немислив. За сваку државу електрична енергија представља национално богатство од великог значаја, тако да ужива и посебну правну заштиту¹⁰. Развој једне државе условљен је природним енергетским ресурсима и њиховом искоришћености у производњи електричне енергије. У савременом друштву ниједна грана привреде, директно или индиректно, не

које регулише и врши надзор над тржиштем електричне енергије на принципима непристрасности, транспарентности, правичности, недискриминације, ефикасне конкуренције, независности и заштите свих учесника на тржишту електричне енергије (чл. 26 Закона о електричној енергији).

⁹ Драгољуб, Симоновић, *Право о електричној енергији*, Београд 1998, 3.

¹⁰ Посебна кривичноправна заштита електричне енергије огледа се у члану 225 Кривичног законика Републике Српске (Службени гласник Републике Српске бр.64/2017,15/2021 и 89/2021) којим је као посебно кривично дјело прописано дјело „крађа енергије“.

може да функционише без електричне енергије, тако да је развој индустрије и привреде уско везан за производњу електричне енергије. Може се рећи да је живот човјека у данашњем савременом добу развијених технолошких достигнућа, ере рачунара, интернета, дигиталних технологија, дигитализације друштва и појавом вјештачке интелигенције, незамислив без коришћења електричне енергије.

1.2. Електрична енергија као роба у промету

Као специфична покретна ствар, електрична енергија је по техничким својствима роба „*sui generis*“, а по економском значењу појма робе она је иста као и свака друга роба. Релевантни енергетски прописи Републике Српске јасно дефинишу електричну енергију као ствар, односно робу која се производи, преноси и продаје, тако да електрична енергија представља предмет продаје из уговора о продаји робе.

Енергија представља облик енергије који је доступан као комерцијална роба, као што је електрична енергија, топлотна енергија, природни гас, нафта и деривати нафте и биогориво.¹¹ Електрична енергија је роба која има свој квалитет, намјену, услове продаје и цијену, а на чију се производњу, дистрибуцију, снабдијевање и трговину примјењују одредбе Закона о електричној енергији.¹² Електрична енергија представља робу и у значењу члана 30 Споразума о слободном кретању робе, а како је наведено у резимеу пресуде Европског суда правде у случају број: 6/64 *Costa* против *Enel-a*¹³ из 1964. године, гдје је посебно забиљежено да се електрична енергија третира као роба по тарифној номенклатури Европске уније (*Codex CN 27.16*), као и у резимеу пресуде у случају број: С-158/94, Европска комисија против Италије, гдје се наводи да „увоз и извоз енергије потпада под одредбе Уговора о слободном кретању робе“.

¹¹ Члан 3 ст. 1а Закона о енергетици.

¹² Члан 5 ст. 1 т. 1 Закона о електричној енергији.

¹³ Италијанска електроенергетска компанија.

2. ДИСТРИБУЦИЈА И СНАБДИЈЕВАЊЕ ЕЛЕКТРИЧНОМ ЕНЕРГИЈОМ КАО УСЛУГЕ ОД ОПШТЕГ ЕКОНОМСКОГ ИНТЕРЕСА

Термин „услуга од општег економског интереса“ преузет је из европског права, али не постоји једнообразна дефиниција овог појма. У Републици Српској и Босни и Херцеговини, дефиниција услуга од општег економског интереса дата је законским прописима који регулишу област заштите потрошача¹⁴, којима су, између осталог, утврђена и основна права потрошача при куповини робе и услуга од општег економског интереса. То су услуге које испуњавају основне потребе потрошача на тржишту, од којих се одређене пружају посредством дистрибутивне мреже, као што је електрична енергија, те чији квалитет, услове пружања и цијену уређују или контролишу органи управе или други носиоци јавног овлашћења, у циљу задовољења општег друштвеног интереса.¹⁵ Субјекти који пружају услуге од општег интереса подводе се дјелимично под посебан правни режим, а који је другачији од онога који се примјењује на друге привредне субјекте. Заштита општих интереса, али и интереса корисника услуга, налаже да се њихово пословање подвргне контроли надлежних органа.¹⁶ Такође, општи интерес може да буде разлог за искључење правила конкуренције на обављање одређених дјелатности.¹⁷

Имајући у виду велики значај електричне енергије, дистрибуција и снабдијевање електричном енергијом представљају једну од најбитнијих

¹⁴ Закон о заштити потрошача у Републици Српској (Службени гласник Републике Српске бр. 6/2012, 63/2014, 18/2017 и 90/2021) и Закон о заштити потрошача (Службени гласник Босне и Херцеговине бр.25/2006 и 88/2015).

¹⁵ Услуге од општег економског интереса су снабдијевање електричном енергијом, гасом, топлотном енергијом, водом, услуге одвода отпадних вода, телекомуникационе услуге, поштанске услуге, услуге јавног превоза путника у градском, приградском и међуградском саобраћају, услуге аутобуских станица, услуге јавног превоза путника у жељезничком саобраћају, услуге одржавања чистоће и остале јавне услуге (погребне услуге, димњачарске услуге и сл.). Због свога великог значаја, један број ових услуга регулисан је посебним законским прописима (електрична енергија, гас, телекомуникације, поштанске услуге), док се већина ових услуга третира као комуналне дјелатности од посебног јавног интереса (производња и испорука воде, пречишћавање и одвођење отпадних вода, производња и испорука топлотне енергије, одржавање чистоће, јавни превоз и сл.).

¹⁶ Мићовић, Миодраг, *Заштита права потрошач*, Крагујевац 2009, 99.

¹⁷ Payet, M. S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Париз 2001, 435.

услуга од општег економског интереса. Пружање економске услуге потрошачу заснива се на уговорном односу на релацији потрошач–оператер дистрибутивног система и потрошач (купац) – снабдјевач (трговац).¹⁸ За пружање ових услуга обавезно се закључује уговор у писаној форми, а истовремено потрошачу се мора омогућити и право на раскид уговора.

3. ДИСТРИБУЦИЈА ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ

Дистрибуција електричне енергије означава дјелатност преношења енергије преко дистрибутивне мреже ради испоруке енергије купцима, односно преношење електричне енергије кроз дистрибутивне системе средњег¹⁹ и ниског напона²⁰ са циљем њене испоруке потрошачима. Дистрибуцију врши оператер дистрибутивног система, а дјелатност дистрибуције електричне енергије одвојена је од дјелатности снабдијевања електричном енергијом. Оператер је енергетски субјект који обавља дјелатност дистрибуције и управљања дистрибутивним системом електричне енергије.²¹ Исти је одговоран за рад, одржавање и развој дистрибутивног система на одређеном подручју, његово повезивање са другим системима и за обезбјеђење дугорочне способности система да испуни потребе за дистрибуцијом електричне енергије на економски оправдан начин.

Као један од циљева Закона о електричној енергији²² наведено је обезбјеђење ефикасног раздвајања оператера дистрибутивног система²³

¹⁸ Члан 46 ст. 2 Закона о заштити потрошача у Републици Српској.

¹⁹ Купац на средњем напону означава крајњег купца који преузима електричну енергију на напонским нивоима од 1 kV до 35 kV, а укључујући и те напонске нивое.

²⁰ Нисконапонска мрежа означава дистрибутивну мрежу називног напона мањег од 1kV.

²¹ На основу увида у Регистар, издато је пет дозвола за обављање дјелатности дистрибуције електричне енергије у Републици Српској, и сви пословни субјекти су зависна предузећа из Мјешовитог холдинга „Електропривреда Републике Српске“ (ЗП „Електрокрајина“ а.д. Бања Лука, ЗЕДП „Електро-Бијељина“ а.д. Бијељина, ЗП „Електро-Добој“ а.д. Добој, ЗП „Електродистрибуција“ а.д. Пале и ЗП „Електро-Херцеговина“ а.д. Требиње), подаци преузети са интернет странице Регулаторне комисије за енергетику Републике Српске, www.reers.ba, 08.08.2023.године.

²² Закон који је ступио на снагу 1. јануара 2021. године.

²³ Оператер дистрибутивног система електричне енергије је енергетски субјект који обавља дјелатност дистрибуције електричне енергије и управљања дистрибутивним

и обезбјеђење његове независности од других електроенергетских дјелатности²⁴, а посебно од дјелатности снабдијевања електричном енергијом.²⁵ Док су у ранијем периоду електродистрибутивна предузећа у Републици Српској обављала дјелатности и дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом, закључно са 31.03.2021. године окончано је раздвајање дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом.

3.1. Електроенергетска сагласност²⁶

Предуслов за закључење уговора о прикључењу је издавање електроенергетске сагласности, а за исто је на основу јавног овлашћења надлежан овлашћени оператер дистрибутивног система. На одређеном дистрибутивном подручју, он путем одговарајуће електроенергетске сагласности утврђује електроенергетске и техничке услове за прикључење објеката на дистрибутивни систем, а дефинисани услови су обавезујућег карактера.

Електроенергетска сагласност обавезно се прибавља за сваки нови објекат који се први пут прикључује на дистрибутивну мрежу, а и у случајевима: промјене прикључне снаге, промјене елемената прикључка, промјене техничких карактеристика уређаја крајњег купца који имају изражен повратни утицај на дистрибутивни систем, обједињавања више мјерних мјеста у једно мјерно мјесто, подјеле мјерног мјеста на већи

системом електричне енергије, а одговоран је за рад, одржавање и развој дистрибутивног система на одређеном подручју, његово повезивање са другим системима и за обезбјеђење дугорочне способности система да испуни потребе за дистрибуцијом електричне енергије на економски оправдан начин.

²⁴ Према члану 9 ст. 2 Закона о електричној енергији, електроенергетске дјелатности су: производња електричне енергије, дистрибуција електричне енергије и управљање дистрибутивним системом и снабдијевање и трговина електричном енергијом.

²⁵ За један број купаца, раздвајање дјелатности дистрибуције и снабдијевања извршено је са 31.08.2019. године, а за други број купаца са 31.12.2019. године. То су крајњи купци из категорије „остала потрошња“ на напонским нивоима 110, 35 и 10 kV, као и купци са годишњом потрошњом већом од 35.000 kWh по мјерном мјесту из категорија 0,4 kV напонског нивоа. Ови купци спадају у тржишно снабдијевање електричном енергијом и њихово снабдијевање врши Дирекција за тржишно снабдијевање електричном енергијом Требиње. За све остале купце раздвајање је окончано са 31.03.2021. године.

²⁶ Чланови 13–24 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

број мјерних мјеста и промјене намјене потрошње електричне енергије. У случају промјене власништва над објектом остаје на снази издаћа електроенергетска сагласност за тај објекат. Нова електроенергетска сагласност издаје се и за објекат који је у периоду дужем од пет година био искључен са дистрибутивног система. Оператер дистрибутивног система може, на властиту иницијативу, донијети рјешење о измјени електроенергетске сагласности за постојећи објекат, а у случају када је због објективних околности неопходно предузети радње на прикључку ради побољшања функционалности дистрибутивног система, али такве измјене не смију бити на штету корисника система.

Поступак издавања електроенергетске сагласности формално је прописан Законом о електричној енергији и Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом, а иста се издаје на захтјев инвеститора објекта, и то прије издавања акта којим се одобрава изградња објекта²⁷.

Електроенергетска сагласност садржи електроенергетске и техничке услове које треба да испуни нови корисник система прије прикључења објекта на дистрибутивни систем, и то: податке о подносиоцу захтјева, опште податке о објекту за који се издаје електроенергетска сагласност, електроенергетске и техничке услове, начин и услове управљања објектом, период важења електроенергетске сагласности и услове под којим је корисник система дужан прибавити нову електроенергетску сагласност, информацију о потреби закључења уговора о прикључењу и вријеме када се предвиђа прикључење на систем, програм обавезних испитивања електроенергетских објеката корисника система прије прикључења, као и друге услове дефинисане стандардима, техничким и другим прописима. Сагласност се издаје на неодређено вријеме, осим за привремене објекте и градилишта. Период важења електроенергетске

²⁷ Чланом 124 ст. 3 Закона о уређењу простора и грађењу (Службени гласник Републике Српске бр. 40/2013, 2/2015, 106/2015, 3/2016, 104/2018 и 84/2019) прописано је да објекат који се гради или је изграђен без грађевинске дозволе не може бити прикључен на инсталације комуналне и друге инфраструктуре, а чланом 185 истог закона прописана је прекршајна санкција (Новчаном казном од 10.000 КМ до 30.000 КМ казниће се за прекршај правно лице као власник објекта комуналне и друге јавне инфраструктуре ако дозволи прикључење објекта који се гради или је изграђен без грађевинске дозволе, на инсталације комуналне и друге инфраструктуре, а новчаном казном од 500 КМ до 1.500 КМ казниће се за прекршај и одговорно лице у правном лицу).

сагласности може се ограничити ако за то постоје оправдани технички или други разлози, што се утврђује у издатој сагласности. То је трајни документ, а обавеза чувања је на оператеру дистрибутивног система. Електроенергетска сагласност престаје да важи уколико подносилац захтјева не закључи уговор о прикључењу у року од три године од дана издавања електроенергетске сагласности или је објекат корисника система био искључен у непрекидном периоду дужем од пет година.

3.2. Уговор о прикључењу

Уговор о прикључењу²⁸ закључује се на захтјев корисника система коме је издата електроенергетска сагласност. Оператер дистрибутивног система припрема уговор о прикључењу на основу издате електроенергетске сагласности и информише другу страну прије закључења уговора о свим битним елементима уговора, начину плаћања и слично. Уговором о прикључењу уређују се изградња прикључка, поступак и рокови прикључења, начин плаћања прописаних накнада и друге појединости у вези са прикључком и прикључењем, а истим се не могу мијењати услови прикључења који су утврђени електроенергетском сагласношћу. Дужност оператера је да изради типске обрасце уговора о прикључењу и да их објави на својој интернет страници и учини доступним у свом услужном центру.

Обавезни елементи уговора о прикључењу су: подаци о уговорним странама и датум закључења уговора, назив и локација објекта који се прикључује на дистрибутивни систем, број електроенергетске сагласности и датум издавања, услови који се односе на разграничење обавезе оператера дистрибутивног система и корисника система, износ, услови и начин плаћања накнаде за прикључење, обавеза одржавања прикључка, рок изградње прикључка и рок прикључења, међусобно информисање, начин рјешавања спорова и разлози за раскид уговора, као и остале одредбе које буду усаглашене између уговорних страна.

Након закључења уговора о прикључењу приступа се изградњи прикључка и прикључењу објекта на електродистрибутивни систем. Електроенергетски објекат корисника система повезује се на електродистрибутивни систем путем прикључка, а прикључак је дио дистри-

²⁸ Члан 27 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

бутивног система и састоји се од прикључног вода и мјерног мјеста. Прикључни вод се изводи непрекидним проводником од мјеста прикључења до примопредајног мјерног мјеста. Постоје различите врсте и типови изведбе прикључака, а основна подјела је на стандардне прикључке (прикључци који су стандардизовани и прилагођени већем броју корисника система) и нестандардни прикључци (специфични прикључци који зависе од појединачних потреба сваког корисника система). Један објекат по правилу има један прикључак, а објекат са већим бројем мјерних мјеста може се прикључити са више појединачних прикључака или путем групног прикључка са једним прикључним водом. Објекат који има обрачунско мјерно мјесто за регистрацију заједничке потрошње електричне енергије на уређајима као што су лифт, стубишна расвјета, антенски прикључак, хидрофор и слично томе, прикључује се путем посебног прикључка или групног прикључка са посебним мјерним мјестом. Као завршни документ, оператер израђује декларацију о прикључку²⁹ која садржи податке о карактеристикама изведеног прикључка (тип прикључка, прикључну снагу, мјесто прикључења, тачку напајања, идентификацију мјерног мјеста, главне осигураче или ограничиваче снаге и струје, категорију потрошње и тарифну групу купаца, оспособљеност за даљинску комуникацију и управљање, као и друге податке значајне за идентификацију прикључка, укључујући све измјене на прикључку). Декларација о прикључењу доставља се кориснику система за свако мјерно мјесто.

На крају се врши прикључење објекта које представља скуп радњи којима се прикључак повезује са дистрибутивним системом и електроенергетски објекат корисника система ставља под напон. Оператер изводи прикључење објекта, на захтјев корисника система, а након што су испуњени сљедећи услови: завршена изградња прикључка, електричне инсталације објекта изведене и спремне за коришћење у складу са техничким прописима и стандардима (што се доказује одговарајућом потврдом издатом од стране овлашћеног субјекта), спроведена функционална испитивања производних објеката, прибављена употребна дозвола за објекте за које је законом прописана обавеза издавања употребне дозволе и закључен уговор о снабдијевању електричном енергијом и приступу систему.

²⁹ Члан 35 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

4. УГОВОР О ПРИСТУПУ ДИСТРИБУТИВНОМ СИСТЕМУ

4.1. Уговор о приступу дистрибутивном систему³⁰

Уговор о приступу дистрибутивном систему закључује се између оператера дистрибутивног система и снабдјевача, а њиме се регулишу услови коришћења дистрибутивног система и плаћање накнаде за коришћење дистрибутивног система за све крајње купце са којима је снабдјевач закључио уговор о снабдијевању. Овај уговор закључује се на захтјев снабдјевача и садржи: податке о уговорним странама, предмет уговора, начин обрачуна и плаћања накнаде за коришћење система, податке о категоријама потрошње и тарифним групама корисника дистрибутивног система, обрачунски период и одредбе о каматама, инструменте обезбјеђења плаћања, податке о мјерењу електричне енергије, укључујући и списак примопредајних мјерних мјеста са идентификацијом сваког мјерног мјеста, начин прикупљања, провјере и доставе мјерних и обрачунских података и период ажурирања података о корисницима система, услове коришћења дистрибутивног система, услове у вези са квалитетом снабдијевања електричном енергијом, податке о уређењу балансне одговорности, ниво допуштеног повратног утицаја објеката на дистрибутивни систем, разлоге због којих оператер може ограничити приступ дистрибутивном систему и ограничити и обуставити испоруку електричне енергије, обавезну примјену правила за електронску размјену података, начин извјештавања, повјерљивост одређених података добијених непосредно или посредно током реализације уговора, упутства о подношењу приговора и рјешавању спорова, одговорност за причињену штету, период важења уговора, престанак уговора и отказни рок, те друге елементе које уговорне стране одреде. Путем овог уговора крајњи купац, односно потрошач електричне енергије остварује приступ електромрежи и испоруку електричне енергије, а на основу закљученог уговора о снабдијевању.

4.2. Престанак важења уговора о приступу.³¹

Уговор о приступу дистрибутивном систему престаје у случају: престанка правног субјективитета снабдјевача, споразума између уго-

³⁰ Члан 41 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

³¹ Члан 43 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

ворних страна, отказа уговора, раскида уговора, истека рока на који је уговор закључен, наступања околности за престанак уговора прописаних законом.

5. СНАБДИЈЕВАЊЕ ЕЛЕКТРИЧНОМ ЕНЕРГИЈОМ

Снабдијевање крајњих купаца³² електричном енергијом у Републици Српској може да обавља електроенергетски субјект који има дозволу за обављање дјелатности снабдијевања и трговине електричном енергијом издату од стране Регулаторне комисије за енергетику Републике Српске или одговарајућу дозволу за снабдијевање електричном енергијом издату од других надлежних регулаторних тијела у Босни и Херцеговини.³³ Крајњи купци електричне енергије имају право да слободно изаберу свог снабдјевача на тржишту електричне енергије.³⁴

С циљем пружања универзалне услуге снабдијевања електричном енергијом, Влада Републике Српске одредила је Мјешовити холдинг „Електропривреда Републике Српске“, матично предузеће, акционарско друштво Требиње, за јавног снабдјевача на период до пет година.³⁵

Домаћинства и мали индустријски купци на напонском нивоу од 0,4 kV, са годишњом потрошњом по мјерном мјесту мањом од 35.000 kWh, имају право да се снабдијевају у систему јавне услуге електричном енергијом стандардног квалитета по економски оправданим, те лако и јасно упоредивим транспарентним цијенама. Уговор о снабдијевању између јавног снабдјевача и крајњег купца представља уговор о потпуном снабдијевању.

³² Крајњи купац означава корисника система који купује електричну енергију за сопствену употребу.

³³ На основу увида у Регистар, у Републици Српској је издато девет дозвола за обављање дјелатности снабдијевања и трговине електричном енергијом, а на основу Регистра снабдјевача и трговаца електричном енергијом на дан 03.04.2023. године регистровано је 29 пословних субјеката, подаци преузети са интернет странице Регулаторне комисије за енергетику Републике Српске, www.reers.ba, 08.08.2023. године.

³⁴ Од 01.01.2015. године сви купци електричне енергије у Босни и Херцеговини су квалификовани купци и имају право да слободно бирају свог снабдјевача на тржишту.

³⁵ Од 01.04.2021. године јавно снабдијевање електричном енергијом преузела је Дирекција за јавно снабдијевање електричном енергијом купаца у Републици Српској.

5.1. Јавно и резервно снабдијевање електричном енергијом.

Јавно снабдијевање је снабдијевање које обавља снабдјевач који је посебном одлуком Владе Републике Српске изабран да обавља услугу снабдијевања. Ова услуга има статус универзалне услуге и обавља се као јавна услуга снабдијевања према регулисаним условима оним купцима који имају право на јавно снабдијевање и који слободно изаберу или по аутоматизму користе такав начин снабдијевања. Крајњи купац из категорије потрошње домаћинства³⁶ или мали купац³⁷, ако не изабере другог снабдјевача или остане без снабдјевача, имају право на јавно снабдијевање, о чему закључује уговор са јавним снабдјевачем.³⁸

Уговор о снабдијевању између јавног снабдјевача и крајњег купца јесте уговор о потпуном снабдијевању. Крајњи купац који остане без снабдјевача због раскида уговора ради неизвршавања обавезе плаћања испоручене електричне енергије стиче право на јавно снабдијевање након измирења обавеза или уговарања начина измирења обавеза са претходним снабдјевачем на неки други начин (споразум о измирењу дуга, репрограм уз одређене гаранције и слично), о чему је претходни снабдјевач дужан обавијестити оператера или до доношења коначне одлуке надлежног органа у случају да је покренут спор због оспоравања оправданости дуга.

Крајњи купац из Републике Српске, осим малих купаца и купаца из категорије домаћинства, који се снабдијева на отвореном тржишту, има право на резервно снабдијевање електричном енергијом код резервног снабдјевача, а у случају стечаја или ликвидације снабдјевача или прес-

³⁶ Купци који купују електричну енергију за сопствене потребе, као што је потрошња електричне енергије у становима, кућама за становање и одмор, потрошња за освјетљење припадајућих споредних и помоћних просторија за потребе домаћинства и друге уређаје неопходне за функционисање домаћинства, при чему се електрична енергија не може користити за обављање комерцијалне дјелатности.

³⁷ Мали купац означава малог индустријског или комерцијалног купца електричне енергије чији су објекти прикључени на дистрибутивни систем електричне енергије напона нижег од 1 kV и који испуњава најмање два од следећа три услова: да има мање од 50 запослених, да му укупан годишњи приход није већи од 2.000.000 КМ и да му вриједност пословне имовине не прелази 1.000.000 КМ или да има годишњу потрошњу у претходној години која не прелази 35.000 kWh.

³⁸ На основу одлуке Владе Републике Српске, јавно снабдијевање у Републици Српској обавља Мјешовити холдинг „Електропривреда Републике Српске“ – МП а.д. Требиње, Дирекција за јавно снабдијевање електричном енергијом.

танка важења дозволе снабдјевачу који их је до тада снабдијевао. Резервно снабдијевање обавља снабдјевач који је посебном одлуком Владе Републике Српске изабран да обавља услугу резервног снабдијевања. Резервно снабдијевање остварује се по аутоматизму, без подношења посебног захтјева, и може трајати најдуже до шездесет дана, а резервни снабдјевач снабдијева крајњег купца по уговору о потпуном снабдијевању и дужан је да уговор достави, у писаној форми, крајњем купцу у року од осам дана од дана почетка резервног снабдијевања.

5.2. Закључивање уговора о снабдијевању

Крајњи купац и снабдјевач закључују уговор о снабдијевању електричном енергијом, а уговором о снабдијевању уређују се права и обавезе између снабдјевача и крајњег купца електричне енергије. Крајњи купац који има више примопредајних мјерних мјеста може за свако мјерно мјесто закључити посебан уговор о снабдијевању или само један уговор са идентификацијом сваког примопредајног мјерног мјеста. У име заједнице етажних власника или сувласника, на једном мјерном мјесту заједничке потрошње, уговор закључује лице овлашћено од заједнице или осталих сувласника. У случају закључења уговора о снабдијевању електричном енергијом са купцем–произвођачем, поред одредаба овог члана, уговор садржи и одредбе које се односе на преузимање више произведене електричне енергије у складу са прописима. Снабдјевач је обавезан да крајње купце благовремено обавијести о промјени цијена и других услова снабдијевања, а најкасније петнаест дана прије промјене.

5.3. Садржај уговора о снабдијевању

Уговор о снабдијевању између снабдјевача и крајњег купца обавезно садржи: податке о уговорним странама, предмет уговора, податак о прикључној снази, податке о примопредајном мјерном мјесту, количину електричне енергије и снагу, адресу доставе рачуна, услове у вези са квалитетом снабдијевања електричном енергијом, тарифне ставове за коришћење дистрибутивног система за одговарајућу категорију потрошње и тарифну групу којој корисник дистрибутивног система припада, јединичне цијене електричне енергије, начин обрачуна и услове плаћања, одредбе у вези са начином обрачуна у случају купца–произвођача или активног купца, одредбе о каматама, период важења уговора, права и обавезе уго-

ворних страна, нарочито у вези са промјеном адресе, односно пријавом и одјавом мјерног мјеста, разлогом и роком обуставе испоруке електричне енергије, приговором на рачун за електричну енергију и корекцијом обрачуна, одговорност за неизвршавање, односно неуредно извршавање обавеза из уговора, информисање које се односи на права купаца, начин рјешавања приговора крајњих купаца поднесених снабдјевачу и оператеру, упутство о рјешавању спорова пред надлежним институцијама, бесплатан број телефона и контакт адресу снабдјевача и оператера, начин промјене цијена електричне енергије, те начин на који је снабдјевач дужан информисати крајњег купца у случају промјене цијена, одредбу којом се прописује да се за питања која нису регулисана уговором примјењују одредбе Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом, које ће снабдјевач учинити доступним крајњем купцу прије закључења уговора, разлоге за престанак уговора и отказни рок, као и друге елементе у зависности од специфичности и врсте услуга које пружа снабдјевач.

5.4. Престанак важења уговора о снабдијевању

Уговор о снабдијевању престаје у случају: промјене власништва над објектом крајњег купца, смрти крајњег купца, односно престанка правног лица у својству крајњег купца, споразумом између уговорних страна, отказом уговора, истеком рока на који је уговор закључен и наступањем околности за престанак уговора прописаних законом.

5.5. Уступање уговора о снабдијевању

Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом предвиђена је могућност уступања уговора о снабдијевању другом лицу на одређено вријеме. Снабдјевач може на такав уговор дати престанак и спровести га под условима да уступилац уговора подмири све новчане обавезе настале до дана уступања уговора и да крајњи купац који уступа уговор и прималац уговора доставе овјерену изјаву о солидарном подмирењу будућих новчаних обавеза. Промјена одредаба из уговора о снабдијевању у смислу уступања уговора другом лицу могућа је искључиво уз одобрење снабдјевача и сагласност воља уступилоца и примаоца уговора. Уступилац и прималац уговора дужни су обавијестити снабдјевача о раскиду уговора о уступању у року од три дана од дана раскида, те подмирити настале новчане обавезе.

5.6. Снабдијевање електричном енергијом јавних мјеста за пуњење електричних возила

Имајући у виду савремене тенденције и експанзију електричних возила, те да се тренутно будућност ауто-индустрије огледа у производњи аутомобила на електрични погон, неопходно је упознати се и са начином снабдијевања јавних мјеста за пуњење електричних возила. Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом³⁹ прописано је да услуге пуњења електричних возила могу пружати снабдјевачи крајњих купаца или власници јавних мјеста или лица која управљају јавним мјестима. Власници јавних мјеста или лица која управљају јавним мјестима нису у обавези да прибаве дозволу за обављање дјелатности снабдијевања и трговине електричном енергијом, али закључују уговор о снабдијевању/набавци електричне енергије за потребе пуњења електричних возила и регулишу коришћење дистрибутивног система. Пружачи услуга пуњења електричних возила дужни су да поднесу захтјев за евидентирање Регулаторној комисији за енергетику Републике Српске и достављају одговарајуће податке (подаци о регистрацији пословног субјекта и подаци о мјестима за пуњење електричних возила) и информације који су регулатору потребни за обављање послова из његове надлежности.

6. СПЕЦИФИЧНОСТИ УГОВОРА У ОБЛАСТИ ДИСТРИБУЦИЈЕ И СНАБДИЈЕВАЊА ЕЛЕКТРИЧНОМ ЕНЕРГИЈОМ

6.1. Основне специфичности уговора

Уговори у области дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом строго су формални, именовани уговори који су прописани и дефинисани Законом о електричној енергији и Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом, а како је једна од уговорних страна потрошач, на исти се примјењују и одговарајуће одредбе Закона о заштити потрошача у Републици Српској. То су уговори по приступању, гдје су елементи уговора унапријед одређени, тако да

³⁹ Члан 51 Општих услова за испоруку и снабдијевање електричном енергијом.

садржај истог није могуће мијењати. Уговор о прикључењу представља једну врсту уговора о пружању услуга.

Уговор о снабдијевању је посебан облик уговора о продаји робе који има све специфичности уговора о испоруци. Уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цијену у новцу и преузме ствар.⁴⁰ Специфичности уговора о испоруци као врсте продајног уговора су: да се као предмет уговора увијек појављују генеричне ствари, односно ствари које су одређене по роду, да до испоруке робе и плаћања цијене не долази одједном, већ се ове обавезе извршавају у оброцима, односно у ратама, да предмет уговора (роба) још не постоји у тренутку кад је уговор закључен, тако да продавац преузима обавезу да ту робу тек произведе (или да је набави код трећег лица) да би је испоручио купцу, правило је да продавац не извршава испоруку одмах по закључењу уговора, него тек по протеклу одређеног рока и да се уговор најчешће закључује тако да уговорни односи међу странама трају дуже вријеме⁴¹. Овај уговор према својој садржини представља уговор о испоруци као посебан уговор продаје. Предмет уговора је електрична енергија, а електрична енергија је генерична ствар која је одређена по роду. Код овог уговора до испоруке робе и плаћања цијене не долази одједном, него се ове обавезе извршавају у оброцима (ратама). Испорука електричне енергије врши се континуирано, а плаћање по испостављеним рачунима. Електрична енергија није роба која може да се ускладишти и она не постоји у тренутку закључења уговора. Продавац електричне енергије исту набавља од произвођача, а на основу уговора о приступу мрежи и путем оператера испоручује је крајњем кориснику, односно купцу. По правилу, овај уговор се закључује на дужи временски период тако да уговорни односи међу уговорним странама трају дуже вријеме. Цијена електричне енергије зависи од категорије потрошње електричне енергије и тарифне групе, а она је битан састојак уговора и због тога важи правило да она мора бити одређена или одредива. Одређена је или одредива цијена која је предвиђена императивним прописима, те није потребно да је стране уговарају.⁴²

⁴⁰ Члан 454 Закона о облигационим односима (Службени лист СФРЈ бр. 29/1978, 39/1985 и 57/1989 и Службени гласник Републике Српске бр. 17/1993, 3/1996, 39/2003 и 74/2004).

⁴¹ Марко Рајчевић, *Пословно право*, Бања Лука, 2007. год., стр. 225.

⁴² Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд 2001. год., стр. 37.

6.2. Уговорне стране

Као уговорне стране појављују се оператер дистрибутивног система, снабдјевач и купац. Оператер и снабдјевач су правна лица и привредни субјекти који обављају дјелатности дистрибуције и снабдијевања електричном енергијом. Купац може бити физичко или правно лице, а исти се разврставају у одређене категорије потрошње у складу са Тарифним системом за продају електричне енергије и коришћење дистрибутивне мреже⁴³, у зависности од напонског нивоа испоруке електричне енергије. Основна подјела купаца електричне енергије је подјела на: осталу потрошњу на ниском напону⁴⁴, потрошњу у домаћинствима⁴⁵ и потрошњу јавне расвјете⁴⁶, а надаље се разврставају у одређене тарифне групе.

Потрошачи који електричну енергију купују за своје личне потребе, односно за потребе свога домаћинства, у области пружања услуга од општег економског интереса, електричну енергију преузимају на ниском напону⁴⁷.

⁴³ Службени гласник Републике Српске бр. 119/2022.

⁴⁴ Остала потрошња на ниском напону – купци који преузимају електричну енергију на напонском нивоу мањем од 1 kV, осим купаца из категорија потрошње „домаћинства“ и „јавна расвјета“.

⁴⁵ Домаћинства – купци који купују електричну енергију за сопствене потребе, као што је потрошња електричне енергије у становима, кућама за становање и одмор, потрошња за освјетљење припадајућих споредних и помоћних просторија за потребе домаћинства и друге уређаје неопходне за функционисање домаћинства, при чему се електрична енергија не може користити за обављање комерцијалне дјелатности.

⁴⁶ Јавна расвјета обухвата потрошњу електричне енергије за расвјету улица, тргова, путева, мостова, тунела на путним комуникацијама, пјешачких прелаза, уређаја за сигнализацију, паркова и историјских споменика и других јавних површина.

⁴⁷ Нисконапонска мрежа је дистрибутивна мрежа називног напона 400/230 V, односно називног напона мањег од 1 kV.

ЗАКЉУЧАК

Уговор о прикључењу и уговор о снабдијевању електричном енергијом су строго формални уговори који су дефинисани законским и подзаконским прописима, и то Законом о електричној енергији и Општим условима за испоруку и снабдијевање електричном енергијом. Како је једна од уговорних страна потрошач, на исти се примјењује и прописи у области заштите потрошача. Овим прописима одређени су сви битни елементи уговора. Ови уговори су међусобно повезани, а у ранијој легислативи то је био један уговор који је носио назив уговор о испоруци електричне енергије. Међутим, раздвајањем дјелатности дистрибуције од снабдијевања електричном енергијом и отварањем тржишта електричне енергије дошло је до прописивања два различита уговора који се закључују са различитим енергетским субјектима, односно један са оператером дистрибутивног система, а други са снабдјевачем електричне енергије. Ова два уговора су међусобно уско повезана и нераздвојива, тако да нема снабдијевања електричном енергијом без прикључења на електроенергетску мрежу, а да би потрошач био прикључен на електромрежу, неопходно је да прво закључи уговор о снабдијевању електричном енергијом. Уговор о прикључењу представља једну врсту уговора о пружању услуга. Тренутно, у области дистрибуције и снабдијевања постоји пет дистрибутера за пет различитих географских подручја и више регистрованих снабдјевача, али јавно снабдијевање обавља само један снабдјевач. Оператер дистрибутивног система и снабдјевач дужни су да обезбиједи сигурност, прописане стандарде и квалитете у дистрибуцији и снабдијевању електричном енергијом, а што подразумијева набавку електричне енергије, изградњу и одржавање електродистрибутивног система, континуитет у испоруци и резервно снабдијевање, квалитет комерцијалних услуга и напона напајања, те надокнаду штете због смањеног квалитета снабдијевања.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Драгољуб Симоновић, *Право о електричној енергији*, Ауторско издање, Београд 1998.
2. Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд 2001.
3. Марко Рајчевић, *Пословно право*, Бања Лука 2007.
4. Миодраг Мићовић, *Заштита права потрошача*, Крагујевац 2009.
5. Закон о облигационим односима Републике Српске (Службени лист СФРЈ бр. 29/1978, 39/1985 и 57/1989 и Службени гласник Републике Српске бр. 17/1993, 3/1996, 39/2003 и 74/2004).
6. Закон о енергетици (Службени гласник Републике Српске бр. 49/2009 и 16/2023).
7. Закон о електричној енергији (Службени гласник Републике Српске бр. 68/2020).
8. Општи услови за испоруку и снабдијевање електричном енергијом (Службени гласник Републике Српске бр. 13/2022).
9. Тарифни систем за продају електричне енергије и коришћење дистрибутивне мреже (Службени гласник Републике Српске бр. 119/2022).
10. Закон о заштити потрошача у Републици Српској (Службени гласник Републике Српске бр. 6/2012, 63/2014, 18/2017 и 90/2021).
11. Закон о заштити потрошача (Службени гласник Босне и Херцеговине бр. 25/2006 и 88/2015).
12. Закон о уређењу простора и грађењу (Службени гласник Републике Српске бр. 40/2013, 2/2015, 106/2015, 3/2016, 104/2018 и 84/2019).

Dragan Baltić, LL.M.**

**CONTRACTS ON THE PROVISION OF SERVICES IN THE
AREAS OF ELECTRICITY DISTRIBUTION AND SUPPLY IN THE
ENERGY REGULATIONS OF THE REPUBLIC OF SRPSKA**

Summary: *The contract on connection and the electricity supply contract are strictly formal contracts that are defined by legal and by-laws, i.e. the Law on Electricity and the General Terms and Conditions for the Delivery and Supply of Electricity. As one of the parties to the contract is a consumer, the provisions of the Law on Consumer Protection in the Republic of Srpska also apply. All fundamental elements of the contract are determined by these regulations. These contracts are interconnected, and in the earlier legislation it was a single contract called the electricity supply contract. However, the separation of the distribution activity from the electricity supply and the opening of the electricity market led to the prescription of two different contracts concluded with different energy entities, i.e. one with the operator of the distribution system, and the other with the electricity supplier. These two contracts are closely related and inseparable, so that there is no electricity supply without connecting to the power grid, and in order for the consumer to be connected to the power grid, it is necessary first to conclude an electricity supply contract. The contract on connection is a type of contract on the provision of services. Currently, there are five distributors for five different geographical areas and several registered suppliers in the field of distribution and supply, but public supplying is performed only by one supplier. The operator of the distribution system and the supplier are obliged to ensure the safety, prescribed standards and quality in the distribution and supply of electricity, which includes the procurement of electricity, construction and maintenance of the electricity distribution system, continuity of delivery and backup supply, quality of commercial services and supply voltage, and compensation for damages due to reduced quality of supply.*

Key words: *contract, services, electricity, distribution, supply, operator, supplier, customer, consumer.*

** The Head of the Department for Legal Affairs in the company “Elektrokrajina”, stock company Banja Luka.

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА КАТЕДРА

ПОНИШТЕЊЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ

Академик проф. др Витомир Поповић*
Дејан Пилиповић, мср**

Анстракт: У домаћој и међународној пословној пракси већ је етаблиран арбитражни начин рјешавања спорова. Поред тога, изграђена је богата пракса. Међутим, при сваком рјешавању спорова, на тако и арбитражном, могући су одређени пропусти, који воде могућности побијања арбитражне одлуке. Тиме се прелази из сфере приватног у домен државног правосуђа. Често је то могуће путем тужбе за поништење арбитражне одлуке, која представља специфично и ограничено ванредно правно средство. У наредним редовима овог рада биће изложен однос ове тужбе и сличних правних института, потом поништење арбитражне одлуке према домаћим, али и међународним правним документима и њен однос према апелацији (уставној тужби). Кроз уједначен и прецизиран систем судске контроле арбитражних одлука у постарбитражној фази путем института поништења арбитражне одлуке постиже се правна сигурност и повјерење свих, што је код нас могуће и кроз доношење посебног закона о арбитражи заснованог на међународноправним документима и добрим упоредноправним праксама. У раду се дају приједлози за унапређење института поништења арбитражне одлуке код нас.

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци,
vitomirpopovic20@gmail.com

** Виши асистент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци,
dejan.pilipovic@pf.unibl.org

Кључне ријечи: тужба за поништење арбитражне одлуке, поништај арбитражне одлуке, арбитража, тужба.

1. Увод

Арбитражни начин рјешавања спорова је добио на значају, како на глобалном нивоу, тако и код нас. Циљ странака јесте да спор ријеше, о чему арбитража доноси одлуку (пресуду). Арбитражна одлука има према странкама снагу правоснажне пресуде, ако уговором није предвиђена могућност побијања пресуде пред арбитражом вишег степена.¹ Постоје два вида контроле арбитражне одлуке: признање и извршење арбитражне одлуке и поништење (поништај) арбитражне одлуке, са врло сличним разлозима за примјену ових правних института. Поништај арбитражне одлуке једна је од посљедица успјешно спроведене државно-судске контроле арбитражне одлуке према унапријед познатим правним правилима. Међутим, у упоредном праву постоје и друге посљедице, као што су враћање арбитражне одлуке арбитрама на дораду, дјелимична ревизија одлуке итд. (што се назива ширим концептом поништаја и карактеристично је за англосаксонски правни систем).² Поништењем у ужем смислу, арбитражна одлука губи правно дејство и могућност принудног извршења, што је карактеристично за континентални систем. За поништење арбитражне одлуке користе се различити термини. Тако се у француском праву користи термин *le recourse en annulation* који, међутим, некад има ефекат ревизије арбитражне одлуке, а не само поништења; у енглеском праву се, поред општег термина *challenge*, користе и термини *appeal* (жалба за поништење због неадекватно ријешених правних питања) и *application* (захтјев за поништење из других разлога или за враћање арбитражи на поновно суђење).³ Кроз уједначен и прецизиран систем судске контроле арбитражних одлука у постарбитражној фази путем института поништења арбитражне одлуке постиже се правна сигурност и повјерење свих, што је код нас могуће и кроз доношење посебног Закона о

¹ Чл. 449 ст. 1 Закона о парничном поступку („Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 49/2009 и 61/2013, у даљем тексту и: ЗПП).

² Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Удружење правника Југославије, Београд, 2000, 541 и 545–547.

³ Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 542.

арбитражи заснованог на међународноправним документима и добрим упоредноправним праксама. У раду се дају приједлози за унапређење института поништења арбитражне одлуке код нас (нпр. везани за другачије конципирање надлежног суда за одлучивање о тужби за поништење и разлога за поништење, прописивање правних ефеката поништења арбитражне одлуке и могућности застоја поступка поништења арбитражне одлуке, те за став о могућности уставносудске контроле арбитражне одлуке). У наредним редовима овог рада биће изложен однос ове тужбе и сличних правних института, потом поништење арбитражне одлуке према домаћим, али и међународним правним документима и њен однос према апелацији (уставној тужби).

2. Поништење арбитражне одлуке према Закону о парничном поступку, посебном Закону о арбитражи и арбитражним правилима арбитража

Одредбама Закона о парничном поступку (ЗПП) у Републици Српској⁴ прописан је поступак пред арбитражом, односно у Босни и Херцеговини су ове одредбе садржане готово на идентичан начин у законима који регулишу парнични поступак. У Републици Српској односно БиХ није усвојен посебан закон о арбитражи. Према Закону о парничном поступку, арбитражна одлука се може поништити тужбом за поништење арбитражне одлуке. Тужбу могу поднијети странке.⁵ Нека права, као што је италијанско право, познају приговор трећег лица против арбитражне одлуке. Тужба се подноси суду који би био надлежан да одлучује о спору у првом степену да није закључен уговор о арбитражи. Правила о стварној надлежности смјештена су у Закону о судовима, а правила о мјесној надлежности се налазе у одредбама Закона о парничном поступку. У тзв. привредним споровима, у Републици Српској би та надлежност припала окружним привредним судовима. Имајући у виду специфичност проблематике арбитражног рјешавања спорова и саму природу и разлоге повјеравања рјешавања спорова арбитрама, као и то да тужба предста-

⁴ Вид. чл. 450–453 ЗПП.

⁵ О могућности проширења арбитражног споразума и на страну непотписницу, што може имати утицаја на касније подношење тужбе, вид. више: Јелена Вукадиновић Марковић и Витомир Поповић, „(Не)уговорнице арбитражног споразума као странке арбитражног поступка: теорија групе компанија“, *Страни правни живот*, бр. 2 (2022), 187–204.

вља специфично ванредно правно средство, има смисла размислити да се одлучивање о тужби за поништење арбитражне одлуке повјери *de lege ferenda* вишим правосудним инстанцама (нпр. Врховном суду Републике Српске или Вишем привредном суду).⁶ Тако је за поништење арбитражне одлуке у швајцарском праву предвиђена надлежност највише судске инстанце – Савезног врховног суда.⁷ Тиме је поступак поништења једно-степен, што води бржем рјешавању спорних ситуација, док с друге стране у случају надлежности нижих инстанци постоји могућност изјављивања правних лијекова на одлуку суда о поништењу арбитражне одлуке.⁸ Такође, у Русији је надлежан Врховни суд, у САД Федерални суд, у Италији Апелациони суд итд.⁹ Тужба за поништење арбитражне одлуке, као ванредно правно средство против коначне и правоснажне арбитражне пресуде (одлуке), несуспензиван је, преклузиван и ограничен ванредни правни лијек.¹⁰ Тужба се не може поднијети против процесних налога арбитраже, док су мишљења у упоредноправној пракси подијељена у погледу подношења тужбе против међуодлука које доноси арбитража.¹¹ Ова тужба је конститутивна, преображајна, а поступак у којем се одлучује о тужби је парнични. Суд о тужби одлучује пресудом, а уколико усвоји тужбени захтјев, поништиће арбитражну одлуку са дејством *ex tunc*, али неће донијети нову одлуку која би замијенила поништену.¹² ЗПП је прописао и рок за подношење тужбе и то субјективни (30 дана од дана достављања странци односно од дана сазнања) и објективни рок (једна година). Законом је прописан узак, рестриктиван круг разлога за поништење арбитражне одлуке. Неки аутори оваква ограничења у погледу могућности поништења арбитражне одлуке тумаче као вид подршке

⁶ Тако М. Станивуковић предлаже да се за поништење арбитражне одлуке установи надлежност Врховног касационог суда Србије или Привредног апелационог суда. Маја Становуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, Београд, 2013, 269.

⁷ Гашо Кнежевић и Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 164–165.

⁸ *Ibid.*, 165.

⁹ Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 543.

¹⁰ Гордана Станковић и Ранка Рачић, *Парнично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2017, 587.

¹¹ Дејан Јанићијевић и Љубица Николић, „Поништај арбитражне одлуке према одредбама UNCITRAL модел закона – практична питања“, *Зборник радова са 33. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, том 3, Београд, 2020, 30.

¹² Станковић и Рачић, *Парнично процесно право*, 588.

арбитражном рјешавању спорова.¹³ Чл. 451 Закона о парничном поступку предвиђени су слjedeћи разлози за поништење арбитражне одлуке: 1) ако уопште није закључен уговор о арбитражи или ако тај уговор није био пуноважан; 2) ако је у погледу састава арбитраже или у погледу одлучивања повријеђена која одредба ЗПП-а или уговора о арбитражи; 3) ако пресуда није образложена у смислу члана 447 став 1 ЗПП-а, или ако изворник и преписи пресуде нису потписани на начин одређен у чл. 447 ст. 2 ЗПП-а; 4) ако је арбитража прекорачила границу свог задатка; 5) ако је изрека пресуде неразумљива или је сама себи противрјечна; 6) ако је пресуда арбитраже у супротности са Уставом Босне и Херцеговине или Уставом Републике Српске; 7) ако постоји који од разлога за понављање поступка прописани ЗПП-ом.¹⁴ У упоредноправном смислу, ради се о сличном кругу разлога (свакако постоје и разлике). Наведени разлози су шире конципирани, али нису уједначени са Европском конвенцијом о међународној трговинској арбитражи из 1961. године и Модел законом UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи из 1985. године, па има смисла размишљање о потребном уједначавању¹⁵, посебно кроз посебан Закон о арбитражи. У вези са овим у Републици Српској може да искрсне још једно питање. Како су шире конципирани разлози за поништење арбитражне одлуке у ЗПП-у у односу на Европску конвенцију о међународној трговинској арбитражи из 1961. године, може се десити да одлука не производи дејтво у земљама чланицама ове конвенције, што би се могло избјећи ако би наши судови поништавали арбитражне одлуке из разлога наведених у Конвенцији.¹⁶

Стране одлучују сагласном изјавом воља да повјере спор на рјешавање арбитражи. У вези са тим, поставља се питање могућности странака да се одрекну права на поништење арбитражне одлуке или могућности сужавања круга разлога за њено поништење вољом странака. Таква могућност предвиђена је у упоредном праву. Тако Закон о међународном приватном праву Швајцарске из 1987. године предвиђа могућност да се странке одрекну права на оспоравање арбитражне одлуке или да

¹³ Крешимир Муса, „Тужба ради поништаја пресуде избраног суда“, 7, https://sudovi.hr/sites/default/files/dokumenti/2019-10/Tuzba_radi_ponistaja_presude_izbranog_suda1.pdf, 17.8.2023.

¹⁴ Детаљније објашњење видјети код: Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 563–566.

¹⁵ Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 566.

¹⁶ *Ibid.*, 566.

сузе круг разлога из којих се поништење може тражити, под условом да ниједна од њих нема пребивалиште, редовно боравиште или пословно сједиште у Швајцарској.¹⁷ У праву Републике Српске, према одредбама чл. 453 Закона о парничном поступку, странке се не могу споразумно одрећи примјене правила о тужби за поништење арбитражне одлуке, што значи да не могу да се одрекну права на побијање арбитражне одлуке или да сузе или прошире круг прописаних разлога за поништење.

Да ли правила арбитражних институција садрже одредбе о поништењу арбитражних одлука? Арбитражне институције у Републици Српској су, на примјер, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Републике Српске (ако је једна од странака страном физичко или правно лице) и Стални избрани суд при Привредној комори Републике Српске (ако су странке домаћи привредни субјекти). Правилници ових арбитражних институција не садрже одредбе о поништењу арбитражних одлука. Али, то не значи да се не узимају у обзир разлози који могу довести до поништења арбитражне одлуке. Тако је чл. 50 Правилника Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Републике Српске из 2017. године предвиђено да Предсједништво арбитраже може скренути пажњу арбитражном вијећу, односно арбитрау појединцу, уколико сматра да постоје одређени разлози због којих би арбитражна одлука могла бити поништена. Слична правила не садржи Правилник о организацији и раду Арбитражног суда при Спољнотрговинској комори Босне и Херцеговине.

Постоје државе које су усвојиле посебне законе који регулишу арбитражни начин рјешавања спорова (Србија, Хрватска, Енглеска, Кина...). Уобичајено, ти закони садрже једнообразна и нешто детаљнија правила о поништењу арбитражне одлуке (нпр. регулишу правне посљедице поништења). Као примјер узећемо право Републике Србије.¹⁸ У српском праву предвиђена је тужба за поништај арбитражне одлуке, која се подноси суду мјеста арбитраже. У односу на изложена правила у Републици Српској, разлика постоји и у односу на рок за подношење тужбе. У српском праву предвиђен је само објективни рок, који је краћи и износи три мјесеца рачунајући од дана када је тужилац примио ар-

¹⁷ Јанићијевић и Николић, „Поништај арбитражне одлуке према одредбама UNCITRAL модел закона – практична питања“, 25.

¹⁸ Вид. чл. 57–63 Закона о арбитражи („Службени гласник Републике Србије“, бр. 46/2006).

битражну одлуку. По протеклу прописаног рока, тужбу треба одбацити. Према чл. 57 српског Закона о арбитражи, изричито је прописано да се тужба за поништај арбитражне одлуке може поднијети само против домаће арбитражне одлуке, коју дефинише као одлуку која је донијета у унутрашњој или међународној арбитражи у Републици Србији. Тиме је прихваћен територијални принцип, а стране арбитражне одлуке се контролишу у поступку признања.¹⁹ Према мишљењу М. Ласића, у Босни и Херцеговини, како домаћа тако и међународна арбитража, може бити подвргнута судском поништају арбитражне одлуке, односно мјеродавност припада само суду државе на чијој територији је побијана арбитражна одлука донесена²⁰, иако то није изричито прописано. У упоредном праву постоје изузеци од правила о надлежности домаћих судова за поништење домаће арбитражне одлуке. Могуће је да домаћи суд одлучује о поништењу стране арбитражне одлуке, ако је страна арбитражна одлука донијета по домаћем процесном праву (нпр. у њемачком и француском праву).²¹ У српском праву постоји једна додатна могућност, која може да буде практична у поступку, а коју не познаје ЗПП Републике Српске – застој поступка по тужби за поништај арбитражне одлуке. Суд пред којим је поднијета тужба за поништај може да, на захтјев странке, застане са поступком да би омогућио арбитражном суду да предузме радње које оцијени као потребне да би се отклонили разлози за поништај.²² Овим се даје шанса арбитражи да сама отклони разлоге за поништај и спријечи парнични поступак поводом поништења арбитражне одлуке. Радње које може предузети арбитража зависе од природе односне повреде у питању. Предвиђена могућност реализује се само на захтјев странке. У погледу разлога за поништај арбитражне одлуке, иако постоје сличности, могућа је детаљна анализа разлика сваког разлога понаособ, као и посебна појашњења, што прелази оквире овог рада. Теоретски се у српском праву ови разлози класификују на разлоге који се

¹⁹ Кнежевић и Павић, *Арбитража и АДП*, 164. Једино се одлуке ICSID-а не могу поништити ни пред једним државним судом. *Ibid.*, 164. За БиХ вид. контролу стране арбитражне одлуке нпр. у Рјешењу Врховног суда ФБиХ, бр. Гж-51/02 од 31.07.2002. године; http://www.uncitral.org/res/clout/clout/data/bih/clout_case_1463_8_html/VIH_310702_FT.pdf, 18.8.2023.

²⁰ Миле Ласић, *Арбитражно право*, Правни факултет Свеучилишта у Мостару, Мостар, 2013, 111.

²¹ Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 543.

²² Чл. 60 Закона о арбитражи у Републици Србији.

цијене *по захтјеву странке* (ништавост арбитражног споразума, повреда начела контрадикторности, прекорачење надлежности, састав трибунала и поступак, одлука се заснива на одређеним кривичним дјелима) и разлоге који се цијене *по службеној дужности* (арбитрабилност, јавни поредак²³).²⁴ У Републици Српској не постоји оваква класификација разлога. Разлози за поништење не задиру у материјалноправна питања нити омогућују испитивање чињеничног и правног основа одлуке, већ су углавном формалноправне природе.²⁵ Примјера ради, у швајцарској судској пракси се сматра да арбитрарност при образложењу арбитражне одлуке није довољна да се она поништи.²⁶ Закон о арбитражи изричито прописује шта се дешава са арбитражним поступком након поништења арбитражне одлуке. Таква одредба не постоји у Републици Српској. Иако неспретно формулисано, ако је суд поништио арбитражну одлуку из разлога који се не односе на постојање и пуноважност споразума о арбитражи у коме нису била наведена имена арбитрара, тај споразум и даље обавезује странке, док се оне друкчије не споразумију, у супротном нови арбитражни поступак између истих странака и у вези са истом ствари може се водити само на основу новог споразума о арбитражи (чл. 63 Закона о арбитражи). У Републици Српској ЗПП не садржи одредбе о арбитражном поступку након поништења арбитражне одлуке односно о ефектима, посљедицама поништења. Ни у СФРЈ закони који су регулисали парнични поступак из 1956. и 1976. године нису садржавали овакве одредбе. Једино је Закон о судовима удруженог рада из 1974. године прописивао да је суд удруженог рада надлежан да одлучује о релевантној одлуци домаће арбитраже и да према околностима случаја може побиијану одлуку преиначити или укинути или предмет вра-

²³ Странке се често позивају на повреду јавног поретка кад немају других ваљаних разлога. Dirk Otto and Omaia Elwan, „Article V(2)“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A Global Commentary on the New York Convention* (eds. H. Kronke et al), Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn, 2010, 365. Као примјер вид. Пресуду Врховног касационог суда Србије, Прев 161/2020 од 15.10.2020. године.

²⁴ Видјети ближе Кнежевић и Павић, *Арбитража и АДР*, 166–170. Вид. и чл. 58 Закона о арбитражи у Републици Србији. Упор. са чл. 36 Закона о арбитражи („Народне новине“, бр. 88/01) и чл. 451 ЗПП Републике Српске. Вид. Милена Ђорђевић, „Процесне неправилности као разлог за поништај арбитражне одлуке, поуке из упоредне судске праксе, други део“, *Harmonius*, 2020, 47–79.

²⁵ Становуковић, *Међународна арбитража*, 266.

²⁶ Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Court, X. S. p. A v. Club Y. and Z., n° 4A_716/2016, 26.01.2017.

тити на поновно арбитражно одлучивање арбитражи која је и донијела одлуку.²⁷ Приликом евентуалног усвајања Закона о арбитражи код нас, што би било боље рјешење него новелирање одредаба ЗПП-а, требало би ово питање регулисати, слично као у Закону о арбитражи у Републици Србији, са јаснијом правном формулацијом, како излажу Г. Кнежевић и В. Павић. Поједностављено, они сматрају да: (а) у случају да суд поништи арбитражну одлуку из разлога непостојања или непуноважности арбитражног споразума, странке спор могу да ријеше само пред судом или да закључе нови арбитражни споразум, (б) ако суд поништи споразум из других разлога, а не оних наведених под (а), онда арбитражни споразум и даље остаје на снази и странке могу поново покренути поступак пред арбитражом, при чему од овог постоји један изузетак: ако је ријеч о споразуму у којем су била наведена имена арбитрара, странке нису везане више таквим споразумом, јер су арбитраи „дисквалификовани“ поништењем арбитражне одлуке.²⁸ Упоредноправно посматрано, неке државе дозвољавају да арбитража поново одлучује у спору након поништења арбитражне одлуке (Аустрија, Аустралија, Турска...), а неке препуштају спор само државном суду (Њемачка, Италија ...).²⁹

С друге стране, постоје и одређене сличности у праву Србије и праву Републике Српске. Иако изричито није прописано као у хрватском праву, тужба за поништај (поништење) арбитражне одлуке представља једино правно средство, јер друга нису допуштена.³⁰ Поред тога, у правилу у арбитражном поступку нема двостепености. Ово правно средство представља механизам контроле арбитражне одлуке од стране државног суда. Правила о поништењу арбитражне одлуке су когентне природе.³¹ У оба случаја, ради се о парничном поступку. Такође, странке се ни у српском праву не могу унапријед одрећи права на тужбу за поништај арбитражне одлуке. У сваком случају, странка може, а и не мора да поднесе ову тужбу, али има право на њено подношење. Одрицање од права на поништење могуће је само док оно траје, тј. до истека рока за поништење, али не и унапријед.³²

²⁷ Ласић, *Арбитражно право*, 113.

²⁸ Кнежевић и Павић, *Арбитража и АДР*, 171.

²⁹ Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 545. Вид. више Катарина Јовичић, „Правне последице поништења одлуке међународне трговинске арбитраже“, *Страни правни живот*, бр. 3 (2007), 99–115.

³⁰ Кнежевић и Павић, *Арбитража и АДР*, 163.

³¹ *Ibid.*, 164.

³² Ласић, *Арбитражно право*, 113.

3. Поништење арбитражне одлуке према међународноправним документима

Постоји неколико међународних извора права који су у мањој или већој мјери повезани са питањем поништења арбитражних одлука.

Конвенцијом о признању и извршењу страних арбитражних одлука од 26.09.1927. године и *Протоколом о арбитражним клаузулама* од 24.09.1923. године, ратификованим 1958. године у СФРЈ,³³ индиректно се спомиње могућност поништења арбитражних одлука; процезније у чл. 2 (а) Женевске конвенције помиње се поништење арбитражне одлуке као разлог за одбијање извршења стране арбитражне одлуке и то одбијање извршења одлуке поништене у земљи поријекла.³⁴

Њујоршка конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука од 10.06.1958. године, ратификована у СФРЈ 1981. године³⁵ такође не разматра детаљно питања поништења арбитражне одлуке, али помиње овај институт у контексту одбијања признања и извршења арбитражне одлуке. Чл. V ст. 1 тачка (е) Њујоршке конвенције прописује да ће признање и извршење одлуке бити одбијено, на захтјев странке против које се одлука истиче, једино ако та странка поднесе доказ надлежној власти земље у којој су тражени признање и извршење ... да одлука још није постала обавезна за странке или да ју је поништила или обуставила надлежна власт у земљи у којој или на основу чијег је закона донијета одлука. Дакле, одлуку о поништењу доноси надлежни орган државе у којој је или на основу чијег закона је арбитражна одлука донијета.

Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи од 21.04.1961. године ратификована је у СФРЈ 1963. године.³⁶ Као пропуст ове конвенције наводи се да је листа разлога за поништење сиромашнија, да није ријешила питање терета доказивања нити то да ли суд пази на разлоге за поништење по службеној дужности, као ни хијерархијски

³³ Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука и Протокол о арбитражним клаузулама („Службени гласник СФРЈ“, бр. 4/59).

³⁴ Нина Јовановић, *Поништај арбитражне одлуке*, мастер-рад, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2017, 23.

³⁵ Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука („Службени лист СФРЈ“ – међународни уговори, бр. 11/81).

³⁶ Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи („Службени лист СФРЈ“ – међународни уговори и други споразуми, бр. 12/63).

однос између критеријума за надлежност за одлучивање о поништењу.³⁷ Европска конвенција није прописала ни рокове за поништење арбитражне одлуке, као ни режим за поништај.³⁸ Оно што прописује јесте слjedeће: Поништај у једној држави уговорници арбитражне одлуке обухваћене овом конвенцијом ће представљати³⁹ основ за одбијање признања и извршења у некој другој држави уговорници кад је такво одбацивање извршено у држави у којој је или по чијем је закону одлука донијета, и то из једног од слjedeћих разлога: (а) стране у арбитражном споразуму биле су по закону примјенљивом на њих под извјесном неспособношћу или поменути споразум није у важности по закону коме су га стране подвргле или у недостатку ма каквог позивања на то, по закону земље у којој је одлука донијета; (б) страна која тражи одбацивање одлуке није била уредно обавијештена о именовању арбитра или о арбитражном поступку или је на други начин била у немогућности да изложи свој став; (в) одлука се односи на спор који није предвиђен или не спада у оквиру који су предвиђени за арбитражу, или садржи одлуке о стварима изван оквира који су предвиђени за арбитражу, под условом да ако одлуке о стварима предвиђеним за арбитражу могу бити издвојене од оних које нису тако предвиђене, онај дио одлуке који садржи одлуке о стварима предвиђеним за арбитражу не треба да буде одбачен; (д) састав арбитражног органа или арбитражна процедура нису били у сагласности са споразумом страна или ако нема таквог споразума – са чланом IV ове конвенције.⁴⁰ Претходни разлози могу се сумирати као они који се односе на инвалидност арбитражног споразума, повреду начела саслушања странака, повреду правила о надлежности арбитраже и повреду правила о саставу арбитражног вијећа или правила о арбитражном поступку.⁴¹ Уочљиво је да се неки од разлога поклапају са разлозима за одбијање признања и извршења арбитражних одлука према Њујоршкој конвенцији (нпр. инвалидност арбитражног споразума, повреде правила поступка), али и да се не уочавају неки разлози који постоје у прописима разних држава

³⁷ Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 559–560.

³⁸ Душанка Ђурђев, „Разлози за поништај арбитражне одлуке“, *Право – теорија и пракса*, бр. 11-12 (1996), 127.

³⁹ Грешком у преводу стоји да „не представља“.

⁴⁰ Чл. IX *Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи* од 21.04.1961. године. Исправан превод ове (одредбе) Конвенције у духу српског језика може се прочитати код: Становуковић, *Међународна арбитража*, 345–346.

⁴¹ Трајковић, *Међународно арбитражно право*, 560.

(неарбитрабилност и повреда јавног поретка), што не значи да се они не могу разматрати у појединим државама, али што може створити дилеме које су горе наведене.

Модел закон UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи који је усвојила Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) дана 21.6.1985. године представља основ за многе законе о арбитражи различитих држава. Чланом 34 Модел закона прописана је, изричито, тужба за поништај као једино правно средство против арбитражне одлуке. За поништење арбитражне одлуке прописана је надлежност суда како то одреди држава. Неки од наведених разлога за поништење арбитражне одлуке доказују се од стране странке која подноси тужбу (неспособност једне од страна, непуноважност арбитражног споразума, необавијештеност о именовању арбитра или немогућност изношења ставова у арбитражном поступку, прекорачење надлежности, састав трибунала и поступак), а на неке разлоге пази суд по службеној дужности (неарбитрабилност и супротност са јавним поретком државе). Неки разлози се понављају из Њујоршке конвенције о признању и извршењу арбитражних одлука (нпр. недостаци у вези са арбитражним споразумом). Рок за подношење тужбе је три мјесеца. Постоји могућност дјелимичног поништаја арбитражне одлуке, као што та могућност постоји и према Европској конвенцији о међународној трговинској арбитражи. Модел закон предвиђа прекид поступка за поништај од стране суда којем је поднијета тужба за поништај, под кумулативно прописаним условима да је то цјелисходно и да затражи странка, при чему ће одредити одређени рок и дати могућност да арбитражни суд поново отвори арбитражни поступак или предузме друге радње како би се отклонили разлози за поништај. Наведена цјелосходност, прекид поступка за поништај, одређивање рока и могућност поновног отварања арбитражног поступка су разлике у односу на норму српског Закона о арбитражи.

Вашингтонска конвенција о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године⁴² прописује могућност поништења арбитражне одлуке, али у оквиру ИКСИД-а, а не од стране судова држава. Према чл. 52 Конвенције, свака странка може упутити писани захтјев генералном секретару да се одлука поништи из

⁴² Конвенција о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава („Службени лист СФРЈ – међународни уговори“, бр. 7/67). Босна и Херцеговина је ратификовала Конвенцију 14. маја 1997. године.

разлога: да Суд није био прописно установљен; да је Суд очевидно прекорачио своја овлашћења; да је један члан Суда био подмићен; да је дошло до озбиљног скретања од основних правила поступка или да у одлуци нису изнесени разлози на којима се она темељи. Захтјев се подноси у року од 120 дана од доношења одлуке, а ако се поништење тражи због подмићивања онда у року од 120 дана од открића подмићивања, а најкасније у року од три године од дана доношења одлуке. По пријему захтјева председник именује *ad hoc* одбор од три особе са листе арбитра, при чему су прописана ограничења у погледу арбитра који могу да буду у *ad hoc* одбору. Према Конвенцији, Одбор може поништити одлуку или дио одлуке, а може и обуставити извршење одлуке док не донесе рјешење, ако сматра да то захтијевају околности. Ако се одлука поништи, спор се може поново изнијети пред Суд односно арбитражно вијеће на захтјев странке.

Уочљиво је, посебно из Њујоршке конвенције, да покретање поступка за поништење арбитражне одлуке има утицај на њено признање и извршење у другим државама, у смислу препреке за њено признање и извршење, а суд који одлучује о признању има могућност да одложи доношење своје одлуке до доношења одлуке суда друге државе који одлучује о поништењу арбитражне одлуке. Међутим, постоје и одређени изузеци од овог правила у познатим случајевима Хилматрон, као и Кромалој, када је поништена одлука у држави поријекла ипак призната у другој држави (у Француској и САД).⁴³

Наведени међународни документи представљају изворе арбитражног права у Републици Српској односно БиХ. Имајући у виду и изложене одредбе ЗПП, могућа је конфузија у примјени (неки примјери су илустровани), па би доношење Закона о арбитражи био значајан искорак у којем би се регулисала сва питања, укључујући детаљније и она која се односе на поништење арбитражне одлуке, у складу са међународним изворима и добрим упоредноправним праксама.

4. Однос тужбе за поништење арбитражне одлуке и сличних правних института

Поништење арбитражне одлуке је, како смо видјели, могуће путем одговарајуће тужбе пред надлежним судом. У процесноправној литератури тужба за поништење (поништај) арбитражне одлуке (пресуде) сма-

⁴³ Становуковић, *Међународна арбитража*, 264.

тра се специфичним ванредним правним средством. Тиме је одређена и њена правна природа. Дакле, иако је насловљена као „тужба“, ради се о посебном ванредном правном средству. Сам термин „поништење“ или „поништај“ указује на сличност са грађанскоправним институтом поништења уговора. Наиме, релативно ништави или рушљиви правни послови могу се поништити из одређених разлога, од стране одређених лица у субјективном и објективном прописаном року. И арбитражна одлука се може поништити из одређених таксативно прописаних разлога, од стране странака, у прописаном року, с тим да се овдје поништава арбитражна одлука, а не уговор. Случајеви поништења арбитражне одлуке из разлога о којима суд води рачуна по службеној дужности могли би се, условно речено, сматрати апсолутном ништавошћу.

Ова тужба има нека обиљежја класичних процесних института грађанског права, као што су понављање поступка или ревизија, али је јасно да се не могу поистовјетити. Само неки од разлога за изјављивање ванредних правних лијекова су слични и код тужбе за поништење арбитражне одлуке. Раније се у правној литератури разматрао однос тужбе за поништење арбитражне одлуке и захтјева за заштиту законитости. Наводило се неколико разлога против могућности изјављивања захтјева за заштиту законитости у случају постојања арбитражне одлуке. Овакви ставови нису увијек били јединствени. Тако се биљежи да је Трива раније заступао становиште о могућности подношења захтјева за заштиту законитости против пресуде домаћег изабраног суда, који став је касније промијенио, па се сматра да није могуће подношење захтјева за заштиту законитости против арбитражне одлуке, јер је прописана тужба за поништење арбитражне одлуке као специфично правно средство, које искључује друге ванредне правне лијекове против домаће арбитражне одлуке. Поред тога, наводи се да се у правној пракси од 1956. године није користио захтјев за заштиту законитости против арбитражне одлуке, јер се сматрало да га не предвиђају одредбе прописа који регулишу арбитражно рјешавање спорова. Коначно, то би било противно и правној природи арбитражног споразума, када би неко трећи, попут правобраниоца, могао да побија арбитражну одлуку.⁴⁴ Посљедњи аргумент важи и у ситуацији када би се допустило да треће лице може побијати арбитражну одлуку и тужбом за поништење арбитражне одлуке. Захтјев за заштиту законитости данас није предвиђен у позитивном парничном процесном праву у Републици Српској. Наведени

⁴⁴ Муса, „Тужба ради поништаја пресуде изабраног суда“, 6–7.

аргументи могу се узети као ваљани и у случају разматрања односа тужбе за поништење арбитражне одлуке и других (ванредних) правних лијекова у парничном поступку. Тако основ за поништење арбитражне одлуке према ЗПП-у у Републици Српској представљају и разлози за понављање парничног поступка, па се у том погледу огледа сличност тужбе за поништење арбитражне одлуке и приједлога за понављање поступка, али с друге стране тужба за поништење се може поднијети и из других разлога прописаних ЗПП-ом. Дакле, како је изричито прописано посебно правно средство, са специфичним разлозима за његово изјављивање, јасно је да је намјера законодавца да се оно може користити и да искључује могућност подношења осталих (ванредних) правних средстава односно правних лијекова у парничној процедури против арбитражне одлуке. Као што се видјело, неки прописи држава и међународни документи предвиђају ову тужбу као једино правно средство против арбитражне одлуке. Сасвим друго питање је могућност подношења редовних и ванредних правних лијекова на судску одлуку донесену по тужби за поништење арбитражне одлуке.

5. Могућност уставносудске контроле арбитражне одлуке

Интересантно је поставити питања о могућности контроле арбитражне одлуке пред уставним судовима и о односу тужбе за поништење арбитражне одлуке и њене могуће уставносудске контроле. Хрватско право познаје уставну тужбу као посебно средство уставносудске заштите о којој одлучује Уставни суд Републике Хрватске, а која се подноси ради заштите људских права и основних слобода зајамчених Уставом Републике Хрватске. У хрватском праву се полемисало о томе да ли се може вршити уставносудска контрола арбитражних одлука. О томе су изнесени различити погледи. Х. Момчиловић је раније писао о томе да свако може поднијети уставну тужбу Уставном суду због повреде људских права и слобода против било које домаће арбитражне одлуке, при чему подношење тужбе за поништење арбитражне одлуке не представља претпоставку за обраћање Уставном суду који, уколико усвоји уставну тужбу, може да укине арбитражну одлуку, што за посљедицу има поновно суђење пред арбитражом или државним судом.⁴⁵ Објашњење за

⁴⁵ Хрвоје Момчиловић, „Одлука арбитраже и уставна тужба“, *Право у господарству*, бр. 1-2 (1995), 75–90.

ово тада се видјело у томе да се арбитража поимала у процесноправном смислу као правосудни орган, чија одлука има својство правоснажности и извршности.⁴⁶ Међутим, постоји и супротно, чини нам се, оправдано гледиште. Треба имати у виду да се уставна тужба у хрватском праву може поднијети против одлука судске, управне власти или других тијела која имају јавна овлашћења. Јасно се истиче да арбитража не представља орган са јавним овлашћењима.⁴⁷ Такође, износи се негативан став и у хипотетичкој могућности да Уставни суд одлучује о правној ствари без обзира на покренути поступак за поништење арбитражне одлуке.⁴⁸ Може се закључити да нема препреке да само одлука државног суда донесена по тужби за поништење арбитражне одлуке буде предмет оцјене пред Уставним судом, али не и сама арбитражна одлука која, у овом случају, представља само чињеницу, а не судску одлуку државног органа коју може да оцјењује Уставни суд и да је, евентуално, укине, јер би тиме ушао у мериторно одлучивање, за шта нема надлежност.⁴⁹ Такође, ни Европски суд за људска права нема надлежност у контексту чл. 6 ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода да оцјењује арбитражне одлуке, осим у случају тзв. неправих – присилних арбитража у којима није изражена приватна диспозиција странака.⁵⁰ Слични ставови заступљени су и у словеначкој и у њемачкој судској пракси. У хрватској уставносудској пракси забиљежена су два случаја одлучивања Уставног суда Републике Хрватске поводом арбитражних одлука сталног изабраног судишта при Хрватској господарској комори⁵¹, а у којима је одбацио уставну тужбу. У првом случају, Уставни суд је тужбу одбацио због тога што арбитражну одлуку није донио орган са јавним овлашћењима, а против којег се и може поднијети уставна тужба, а у другом случају је сматрао да тужба није допуштена због тога што

⁴⁶ Miljenko Arpio Giunio, „Могућности нападања арбитражне одлуке“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 2-3 (2006), 785.

⁴⁷ Giunio, „Могућности нападања арбитражне одлуке“, 786.

⁴⁸ *Ibid.*, 786.

⁴⁹ *Ibid.*, 786–787.

⁵⁰ *Ibid.*, 787. Amelia Kelly, „Human Rights and Arbitration: A discussion between the President of the European Court of Human Rights and Neil Kaplan“, блог од 30.11.2020, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/30/human-rights-and-arbitration-a-discussion-between-the-president-of-the-european-court-of-human-rights-and-neil-kaplan/>, 17.8.2023.

⁵¹ Уставни суд Републике Хрватске, предмети бр. У-III-410/1995 и бр. У-III-488/1996.

није био исцрпљен допуштени правни пут, тј. што странка није прво покушала да поништи арбитражну одлуку пред судом.⁵² У другом случају, Уставни суд је остао недоречен, јер наведено образложење може да имплицира и могућност да Уставни суд ипак врши и контролу арбитражне одлуке ако би се претходно користио допуштени правни пут, а што је изложено озбиљној научној критици из горе изнесених разлога.⁵³

Какво је стање у БиХ у погледу могуће уставносудске контроле арбитражне одлуке? Уставни суд БиХ надлежан је да одлучује о апелацијама против пресуда судова у БиХ у случају кршења људских права и основних слобода, али не и против арбитражних одлука. У БиХ нема шире формулације у контексту изјављивања апелације против, примјера ради, одлука других органа (који врше јавна овлашћења). Такође, како је више пута наглашено у пракси Уставног суда БиХ, он не може мериторно рјешавати спор странкама. Према чл. VI/3.b) Устава БиХ, Уставни суд БиХ има апелациону надлежност над питањима по Уставу, која проистичу из пресуде сваког суда у Босни и Херцеговини. Према чл. 18 Правила Уставног суда БиХ, Уставни суд може разматрати апелацију само ако су против пресуде, односно одлуке која се њоме оспорава, исцрпљени сви дјелотворни правни лијекови могући према закону и ако је поднесена у року од 60 дана од дана када је подносилац апелације примио одлуку о посљедњем дјелотворном правном лијеку који је користио. Синтагму „односно одлуке која се њоме оспорава“ из овог члана треба посматрати у контексту одлука из чл. VI/3 Устава БиХ по којима овај суд има надлежност. И чл. 21 Правила Уставног суда БиХ помиње одлуку суда у Босни и Херцеговини која се оспорава.

Иако се Уставни суд БиХ није изјашњавао о случају поништења арбитражне одлуке, индиректно се у два случаја могу извлачити закључци о могућем ставу. Уставни суд БиХ је у једном предмету одбацио апелацију апеланта јер апелација није била *ratione materiae* компатибилна са Уставом БиХ, пошто се радило о случају признавања стране арбитражне одлуке који не спада у оквир чл. II/3.e) Устава БиХ и чл. 6 Европске конвенције о заштити људских права и слобода и Протокола 1 уз ту конвенцију.⁵⁴ У другом случају, Уставни суд БиХ констатује да судови нису одлучивали о меритуму обавезе, већ о процесној допустивости стране

⁵² Giunio, „Могућности нападања арбитражне одлуке“, 789–792.

⁵³ *Ibid.*, 791.

⁵⁴ Уставни суд БиХ, предмет АП 1199/05.

арбитражне одлуке, те да Уставни суд БиХ не може цијенити наводе апеланта у вези са недостацима арбитражне одлуке, јер је тај поступак *ratione materiae* инкомпатибилан са Уставом БиХ.⁵⁵

Дакле, јасно је да Уставни суд БиХ не би могао цијенити ни арбитражну одлуку односно њене недостатке. Хипотетички се може полемирати о могућности да Уставни суд БиХ оцјењује одлуке судова донесене по тужби за поништење арбитражне одлуке (нпр. у погледу произвољне примјене права, а уз испуњење стандарда за одлучивање установљених у пракси Уставног суда БиХ), али не и саму арбитражну одлуку. Такав став подупиру и изложена нормативна рјешења, а у складу је са изложеним ставовима у упоредном праву.

6. Закључак

Поништење (поништај) арбитражне одлуке (пресуде) једна је од посљедица успјешно спроведене државно-судске контроле арбитражне одлуке, односно по тужби за њено поништење. У овом раду анализиран је однос ове тужбе и сличних правних института, потом поништење арбитражне одлуке према домаћим, али и међународним правним изворима и њен однос према апелацији (уставној тужби). У Републици Српској правила о поништењу арбитражних одлука налазимо у Закону о парничном поступку (ЗПП), а за разлику од других држава које имају посебне законе о арбитражи. Поред тога, постоје и међународни документи који регулишу ово питање. Законом је прописан рестриктиван круг разлога за поништење арбитражне одлуке, надлежни орган и рок за подношење тужбе. Наведени разлози шире су конципирани, али нису уједначени са Европском конвенцијом о међународној трговинској арбитражи из 1961. године и Модел законом UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи из 1985. године, па има смисла размишљање о потребном уједначавању, посебно кроз посебан закон о арбитражи. Уз то, имајући у виду специфичност арбитраже и њену природу, као и то да тужба за поништење арбитражне одлуке представља специфично *ванредно* правно средство, може се предложити да се одлучивање о овој тужби повјери *de lege ferenda* вишим правосудним инстанцама (нпр. Врховном суду Републике Српске или Вишем привредном суду). Корисно би било нормирање могућности застоја поступка за поништење са релевантним ефектима по арбитражу,

⁵⁵ Уставни суд БиХ, предмет АП 3724/10.

како би се дала шанса арбитражи да сама отклони разлоге за поништај. ЗПП у Републици Српској не садржи одредбе о арбитражном поступку након поништења арбитражне одлуке односно о ефектима или посљедицама поништења. Приликом евентуалног усвајања закона о арбитражи код нас, што би било боље рјешење него новелирање ЗПП-а, требало би ово питање регулисати, слично као у Закону о арбитражи у Републици Србији, али са јаснијом правном формулацијом, како је то изложено у овом раду. Као што је назначено, постоји неколико међународних правних докумената који су у мањој или већој мјери повезани са питањем поништења арбитражних одлука, од којих су најзначајнији Модел закон UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи из 1985. године и Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године. Покретање поступка за поништење арбитражне одлуке има утицај на њено признање и извршење у другим државама, у смислу препреке за њено признање и извршење, а суд који одлучује о признању има могућност да одложи доношење своје одлуке до доношења одлуке суда друге државе који одлучује о поништењу арбитражне одлуке. Тужба за поништење арбитражне одлуке има нека обиљежја класичних процесних института, као што су понављање поступка или ревизија, али они се не могу поистовјетити. Како је изричито прописана тужба за поништење арбитражне одлуке као посебно правно средство, јасно је да је намјера законодавца код нас да постојање ове тужбе искључује могућност подношења осталих (ванредних) правних средстава односно правних лијекова у парничној процедури против арбитражне одлуке. У погледу односа тужбе за поништење арбитражне одлуке према уставносудској контроли арбитражних одлука кроз призму заштите људских права и слобода, истраживање је показало да Уставни суд БиХ не би могао цијенити арбитражну одлуку односно њене недостатке. Хипотетички се може полемисати о могућности да Уставни суд БиХ оцјењује одлуке судова донесене по тужби за поништење арбитражне одлуке (нпр. у погледу произвољне примјене права, а уз испуњење стандарда за одлучивање установљених у пракси Уставног суда БиХ), али не и саму арбитражну одлуку. Коначно, кроз уједначен и прецизиран систем судске контроле арбитражних одлука у постарбитражној фази путем института поништења арбитражне одлуке постиже се правна сигурност и повјерење свих, што је код нас могуће и кроз доношење посебног закона о арбитражи заснованог на међународноправним документима и добрим упоредноправним праксама (са приједлозима које смо дали у овом раду и које би ваљало уважити приликом нормирања).

ЛИТЕРАТУРА

1. Amelia Kelly, „Human Rights and Arbitration: A discussion between the President of the European Court of Human Rights and Neil Kaplan“, блог од 30.11.2020, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/30/human-rights-and-arbitration-a-discussion-between-the-president-of-the-european-court-of-human-rights-and-neil-kaplan/>, 17.8.2023.
2. Гашо Кнежевић и Владимир Павић, *Арбитража и АДП*, Београд, 2009.
3. Гордана Станковић и Ранка Рачић, *Парнично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2017.
4. Дејан Јанићијевић и Љубица Николић, „Поништај арбитражне одлуке према одредбама UNCITRAL модел закона – практична питања“, *Зборник радова са 33. сусрета Копачичке школе природног права Слободан Перовић*, том 3, Београд, 2020.
5. Душанка Ђурђевић, „Разлози за поништај арбитражне одлуке“, *Право – теорија и пракса*, бр. 11-12 (1996).
6. Dirk Otto and Omaia Elwan, „Article V(2)“, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A Global Commentary on the New York Convention* (eds. H. Kronke et al), Kluwer Law International, AN Alphen aan den Rijn, 2010.
7. Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи („Службени лист СФРЈ“ – међународни уговори и други споразуми, бр. 12/63).
8. Закон о арбитражи („Народне новине“, бр. 88/01).
9. Закон о арбитражи („Службени гласник Републике Србије“, бр. 46/2006).
10. Закон о парничном поступку („Службени гласник Републике Српске“, бр. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 49/2009 и 61/2013)
11. Јелена Вукадиновић Марковић и Витомир Поповић, „(Не)уговорнице арбитражног споразума као странке арбитражног поступка: теорија групе компанија“, *Страни правни живот*, бр. 2 (2022).
12. Катарина Јовичић, „Правне последице поништења одлуке међународне трговинске арбитраже“, *Страни правни живот*, бр. 3 (2007).
13. Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука („Службени лист СФРЈ“ – међународни уговори, бр. 11/81).

14. Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука и Протокол о арбитражним клаузулама („Службени гласник СФРЈ“, бр 4/59).
15. Конвенција о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава („Службени лист СФРЈ – међународни уговори“, бр. 7/67).
16. Крешимир Муса, „Тужба ради поништаја пресуде избраног суда“, 7, https://sudovi.hr/sites/default/files/dokumenti/2019-10/Tuzba_radi_ponistaja_presude_izbranog_suda1.pdf, 17.8.2023.
17. Маја Становуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, Београд, 2013.
18. Миле Ласић, *Арбитражно право*, Правни факултет Свеучилишта у Мостару, Мостар, 2013.
19. Милена Ђорђевић, „Процесне неправилности као разлог за поништај арбитражне одлуке, поуке из упоредне судске праксе, други део“, *Harmonius*, 2020.
20. Милjenко Арпио Giunio, „Могућности нападања арбитражне одлуке“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 2-3 (2006).
21. Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Удружење правника Југославије, Београд, 2000.
22. Модел закон UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи.
23. Нина Јовановић, *Поништај арбитражне одлуке*, мастер-рад, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2017.
24. Правила Уставног суда БиХ.
25. Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Републике Српске из 2017. године.
26. Пресуда Врховног касационог суда Србије, Прев 161/2020 од 15.10.2020. године.
27. Рјешење Врховног суда ФБиХ, бр. Гж-51/02 од 31.07.2002. године; http://www.uncitral.org/res/clout/clout/data/bih/clout_case_1463_8.html/BIH_310702_FT.pdf, 18.8.2023.
28. Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Court, X. S. p. A v. Club Y. and Z., n° 4A_716/2016, 26.01.2017.

29. Устав Босне и Херцеговине.
30. Уставни суд БиХ, предмет АП 1199/05.
31. Уставни суд БиХ, предмет АП 3724/10.
32. Уставни суд Републике Хрватске, предмети бр. У-III-410/1995 и бр. У-III-488/1996.
33. Хрвоје Момчиловић, „Одлука арбитраже и уставна тужба“, *Право у господарству*, бр. 1-2 (1995).

Academician PhD Vitomir Popovic*
Dejan Pilipovic, LL.M.**

ANNULMENT OF ARBITRATION AWARD

***Abstract:** In domestic and international business practice, the arbitration method of dispute resolution has already been established. In addition, a rich practice has been built up. However, in any settlement of disputes, including arbitration, certain omissions are possible, which lead to the possibility of refuting the arbitration decision. It means the transition from the sphere of private to the domain of state justice. This is often possible through a claim for annulment of an arbitration award, which is a specific and limited extraordinary legal remedy. In the following lines of this work, the relationship between this lawsuit and similar legal institutes will be presented, then the annulment of the arbitration awards according to domestic and international legal documents and its relationship with the appeal (constitutional lawsuit). Through a uniform and precise system of judicial control of arbitration awards in the post-arbitration phase through the institute of annulment of arbitration awards, legal certainty and trust of all is achieved, which is also possible in our country through the adoption of a special Law on Arbitration based on international legal documents and good comparative law practices. The paper presents proposals for improving the institution of annulment of arbitration awards in our country.*

***Keywords:** lawsuit for annulment of arbitration award, annulment of arbitration award, arbitration, lawsuit.*

* Full Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, vitomirpopovic20@gmail.com

** Senior Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka, dejan.pilipovic@pf.unibl.org

КОЛИКО ЈЕ СТРОГА ДОКТРИНА СТРОГЕ САОБРАЗНОСТИ У ДОКУМЕНТАРНОМ АКРЕДИТИВУ

Проф. др Радован Д. Вукадиновић

Апстракт: Документарни акредитив је сложени правни посао у коме се сучељавају интереси најмање три стране: налогодавца, корисника и издавачке банке. Међутим, и поред сложене правне конструкције, у пракси се користи у великој мери и између бројних учесника у правном промету. Такво масовно коришћење омогућавају принципи или начела на којима се заснива функционисање акредитива, а пре свега начело аутономије и начело пословања документима а не робом, као и доктрина строге саобразности. Разумевање ове доктрине чини предмет овог рада и претпоставља кратку анализу настанка и извора права и садржину доктрине. Отуда централни део представља расправа о њеној суштинској или материјалној садржини и формалној садржини доктрине. У раду се заступа став да очување особене правне природе документарног акредитива као модификоване асигнације и апстрактног посла налажу строго поштовање материјалне и формалне садржине доктрине. Њено ублажење могло би компромитовати основну функцију акредитива да служи као поуздано, једноставно и ефикасно средство плаћања и обезбеђења извршења обавеза из основног посла.

Кључне речи: документарни акредитив, издавачка банка, доктрина строге саобразности, оцена документа, усклађена презентација.

Појам и настанак документарног акредитива

Израз “акредитив” потиче од латинске речи *accredere* (веровати), или *accreditivum* у смислу веровања или пуномоћја.¹ У правном смислу акредитив означава пуномоћје или овлашћење једног лица да изврши плаћање неком другом означеном лицу. Као апстрактни правни посао, то је “монетарно обећање које је независно од основног посла на основу кога је настало, које обавезује након што га прими корисник, без потврђивања, каузе, или свечане форме.”² Према условима под којима се ово овлашћење може користити, акредитиви се деле на безусловне или личне и условне акредитиве. Корени настанка обичног или неусловљеног акредитива могу се наћи у раном средњем веку у разним облицима кредитних писама, из којих су се у англоамеричкој пракси средином прошлог века развили условљени акредитиви.³ Касније је њихово коришћење пренето у Европу.⁴

Данас се разне врсте условљених акредитива користе у читавом свету, са различитом сврхом,⁵ а најчешће као средства плаћања и обезбеђења плаћања.

Као средство плаћања документарни акредитив омогућава једном лицу (налогодавцу), као дужнику из неког посла (основни посао), да свом повериоцу из основног посла, као кориснику акредитива, плати дуг у висини акредитивног износа, али не директно, већ преко акреди-

¹ Више у Радован Вукадиновић, *Правни односи из међународног документарног акредитива*, Београд 1989, 5–7.

² Goode, R, “Abstract Payment Undertakings” in Peter Cane and Jane Stapleton (eds), *Essays for Patrick Atiyah* (Clarendon 1991), 230. Различите дефиниције документарног акредитива вид. код Boris Kozolchuk, *Commercial Letter of Credit in Americas, A Comparative Study of Contemporary Commercial Transactions*, Matthew Bender & Company 1966; E. P. Ellinger, *Documentary Letters of Credit – A Comparative Study*, Singapore 1970; Richard King, Gutteridge and Megrah’s, *The Law of Bankers’ Commercial Credits*, London, 2001; Matti Kurkela, *Letters of Credit under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant*, New York 1985; F. De Rooy, *Documentary Credits*, The Netherlands 1984;

³ Као први водећи случај, наводи се *Pillans and Rose Van Mierop and Hopkins*; McCurdy. W, “Commercial Letters of Credit”, *Harvard Law Review*, (1922) 539.

⁴ Boris Kozolchuk, н. дело, 3 и даље.

⁵ У домаћој пракси документарни акредитиви се користе и у унутрашњем и међународном промету. Према неким подацима, око 80% укупних плаћања између домаћих и иностраних привредних субјеката у међународном промету обавља се управо коришћењем овог инструмента.

тивне банке. Продавцу одговара такав инструмент јер му, поред купца из основног посла, самостално и непосредно одговара и акредитивна банка коју је сам предложио.

Као средство обезбеђења извршења уговорних обавеза, документарни акредитив штити интересе обе уговорне стране. Продавац је сигуран да купац не може преузети робу пре него што је банка хонорисала документе, тј. исплатила акредитивни износ као цену из основног посла, тако да је обезбеђен од трошкова узалудног утовара или укрцаја робе. Са друге стране, и купац је сигуран да продавац не може наплатити цену пре него што је испоручио робу која одговара уговореним условима јер не може добити саобразне документе на основу којих ће наплатити робу од акредитивне банке. Исто тако, плаћањем путем документарног акредитива могу се елиминисати проблеми девизне контроле и промене девизног курса, ако постоје у државама продавца и купца, као и сметње у плаћању изазване политичким ризицима.

Као средство кредитирања купца или финансирања целог посла, могу се користити акредитиви са одложеним плаћањем и преносиви акредитиви који омогућавају продавцу да наплати цену одмах, без обзира на то што је уговорено плаћање на кредит, залагањем акредитива или преносом потраживања из акредитива на трећа лица.

У пракси се користе различите врсте акредитива чија се подела врши углавном према условима реализације (хонорисања). Код *безусловних акредитива* (лични акредитив, буџетски акредитив и путничко кредитно писмо) наплата акредитивне суме није везана за испуњавање посебних услова од стране подносиоца захтева, већ је довољно само легитимисање његовог корисника.

Код условних акредитива корисник је овлашћен на наплату акредитивне суме само ако испуни у акредитиву предвиђене услове. Кад су ови услови садржани у документима, или се доказују документима, такви акредитиви се означавају као *документарни акредитиви*. Ако се документи односе на робу, означавају се као документарни робни акредитиви. Документарни акредитив се као врста условног акредитива може, у ширем смислу, дефинисати као сложени правни посао у коме се нека банка – акредитивна банка, на захтев и по инструкцијама свог налогодавца обавезује према трећем лицу – кориснику акредитива, да му исплати одређени износ новца ако до одређеног времена поднесе одговарајуће саобразне документе којима доказује да је испунио услове наведене у акредитиву. У ужем смислу, под акредитивом се разуме само однос из-

међу акредитивне банке и корисника акредитива. Кад се такви акредитиви користе у међународном промету и ако су регулисани Једнообразним правилима, означавају се као међународни документарни акредитиви. Према Једнообразним правилима (UCP, ЈП) број 600, израз “акредитив” (у ужем смислу) значи сваки споразум, без обзира на назив или опис, који је неопозив и којим се конституише дефинитивна обавеза акредитивне банке да хонорише усклађену презентацију. У ранијим ревизијама ЈП захтевано је да буду поднети саобразни документи. У новој ревизији овај захтев је означен као “усклађена презентација”⁶. Усклађена презентација дефинисана је као презентација која је у складу са одредбама и условима акредитива, примењивим одредбама Једнообразних правила и међународном стандардном банкарском праксом. У суштини, усклађена презентација постоји ако су документи поднети банци у року важности акредитива који у свему одговарају условима акредитива. Овакви документи, према формулацији у ранијим ревизијама Једнообразних правила, чине “саобразну презентацију” (*complying presentation*). Оцена саобразности докумената цени се према одредбама и условима акредитива, примењивим одредбама ЈП и међународном стандардном банкарском праксом (ИСБП).⁷ Чини се да су редактори ЈП постојање “саобразне презентације” учинили нејасном додавањем услова да поднети документи морају бити у складу и са стандардом међународне праксе или међународном стандардном праксом. Реч је о пракси која је објављена у истоименој брошури МТК (*International Standard Banking Practice*), у којој су садржана ранија мишљења и одлуке Комисије за банкарску технику и праксу (КБТП), чиме се овај водич или упутство ставља у исти ранг са Једнообразним правилима.⁸ Основна сврха ИСБП била је да прегледачима поднетих документа служи као појашњење у спорним ситуацијама. Ипак, без обзира на неспорну помоћ коју пружају, примена ИСБП отвара нека теоријска питања. Она се свде на хијерархијски однос ИСБП и ЈП. У теорији је прихваћено мишљење о ЈП као “кодификованој” пословној пракси.⁹ И поред тога што је на основу решења која су била предвиђена

⁶ О неодређености овог појма и у језичком смислу вид. Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Београд 2021, 732.

⁷ Antoniou, Anna-Mari (2011) *Complying shipping documents under UCP 600. University of Southampton, School of Law, Doctoral Thesis*, <https://eprints.soton.ac.uk/210539/>

⁸ О хијерархији извора права и проблемима које могу настати у примени извора због непостојања хијерархије вид. Alavi, н. дело, 36–37.

⁹ Hugo, C. *The Legal Nature of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits:*

у ранијим ревизијама било схватања о ЈП као формираним обичајима, последња ревизија недвосмислено говори да су то само уговорена правила која су настала дугогодишњим понављањем. То практично значи да се њихова употреба мора изричито уговорити, иначе се неће примењивати. Отуда немају нормативну снагу већ уговорну¹⁰. Ово је од значаја за државе у којима је посао документарног акредитива регулисан законом, као што је Србија.¹¹ У случају колизије са националним правом, предност у примени има национално право.¹² Да су призната као добри пословни (банкарски) обичаји, ЈП би се примењивала увек када није уговорено шта друго. ИСПБ служе као техничка правила за испитивање поднетих документа, а усвојена су у МТК са садржајем који је утврдила Комисија за банкарску технику и праксу. Паралелно са наведеним “МТК изворима”, КБТП периодично издаје и публикација у којој су садржана њена “мишљења”. Може се поставити питање колико мишљења могу бити “званична” и кога обавезују. У садржинском смислу основано се полази од претпоставке да су мишљења заузета у складу са ЈП и ИСПБ.

Будући да МТК не располаже сопственим законодавним овлашћењима (ни сопственим, ни пренетим), то ЈП и ИСПБ садрже “кодификовану” или одобрену пословну праксу и као такви су уговорне природе, а не законске или нормативне природе.¹³ Стране у акредитивном послу оба извора обавезују само ако је њихова употреба изричито уговорена. У пракси проблеми могу настати због тога што КБТП не представља међународни суд ни арбитражу за решавање акредитивних спорова чије пресуде обавезују странке у спору. Ако странке у акредитивном спору потичу из малобројних држава¹⁴ у којима су документарни

Lex Mercatoria, Custom, or Contracts. *S. Afr. Mercantile LJ*, 6, (1994), 168; 9 Chhina, R. K. (2015). The Uniform Customs and Practice for Documentary Credit (the UCP): Are They Merely a Set of Contractual Terms? *Banking & Finance Law Review*, 30 (2), 245.

¹⁰ *Golodetz & Co v Czarnikow—Rionda Inc* [1979] 2 Lloyd’s Rep. 450 (QB) 455.

¹¹ Вид. чл. 1072–1082 Закона о облигационим односима.

¹² *Hamed Alavi*, What Is Compliant Presentation under the Law of Documentary Letters of Credit? A Critical Analysis of Article 14 of the UCP 600, *East-West Studies, Tallinn University School of Governance, Law and Society*, 9(2018), 37. Доступно на <http://www.tlu.ee/en/School-of-Governance-Law-and-Society>, <http://publications.tlu.ee/index.php/eastwest/article/view/766>

¹³ *Namad Alavi*, Documentary Letters of Credit, Legal Nature and Sources of Law. *Journal of legal studies*, 17 (31), (2016 d), 120.

¹⁴ Према доступним подацима, документарни акредитив је посебним прописима регулисан у правима следећих држава: Грчке, Гватемале, Италије, Колумбије,

акредитиви регулисани у грађанским законима (ка на пример у Руској Федерацији), или посебним законима као што је Закон о облигационим односима (ЗОО), као у Србији, као додатно се поставља питање међусобног односа аутономних извора. Чињеница да су у оквиру МТК установљени механизми за алтернативно решавање спорова из документарног акредитива, као што су *Doxdec*¹⁵ и *ICLOCA*, још више усложњавају ово питање. У таквим условима од овлашћених банака у акредитивном послу се очекује да у складу са доктрином строге саобразности оцене да ли поднети документи представљају усклађену презентацију.

Појам и садржина доктрине

Функционисање документарног акредитива почива на поштовању два основна начела: аутономије и пословања документима, а не робом и на доктрини строге саобразности.

Доктрина строге саобразности (енг. *doctrine of strict compliance*, нем. *Dokumentenstrenge*), означава правни принцип који овлашћује банку да одбије документе који у свему нису строго саобразни условима акредитива.¹⁶ Њена садржина и функција формулисани су у судској пракси и правној теорији. Као пример судске праксе наводи се пресуда у предмету *Equitable Trust Company of New York v Dawson Partners Ltd*, у коме је судија Lord Sumner заузео став (који је касније прихваћен као правило), да “нема места за документе који су готово исти, или који ће бити добри...” Овакав став заснива се на чињеници да “банке не знају ништа у вези са основним послом који су финансирале тако да не могу да разликују који ће документ бити добољно добар”. У пресуди се наводи и да, ако би се банака тицао основни посао, мало је вероватно да би пословна пракса била настављена. Шта значи доктрина *строге саобразности* илуструје одлука донета у предмету *Moralice (London) Ltd v E D & F Man*¹⁷ у коме је утврђено да је као основни посао у питању био уговор о продаји 5.000 врећа, али је у товарном листу који је достављен банци било назначено да је испоручено само 4.997 врећа. Суд је сматрао да банка има

Кувајта, Либана, Мексика, Сирије, Салвадора, Руске Федерације.

¹⁵ Вид. Радован Вукадиновић, Међународно решавање спорова из документарних акредитива, *Југословенско банкарство*, 29(2000) 3-4, 59.

¹⁶ Schmitthoff's Export Trade, *The Law & Practice of International Trade*, 2000, стр. 172, марг. бр. 11-007.

¹⁷ [1954] 2 Lloyd's Rep 526

право да одбије такве документе, јер се у документарном акредитиву не примењује правило *de minimis*.

У ЈП доктрина строге саобразности дефинисана је кроз позитивне и негативне обавезе¹⁸ банака које испитују поднете документе (номинована банка) да приликом прегледа и испитивања поднетих докумената примењују као опште правило или “стандард”. И према одредбама члана 14 ЈП, банка је обавезна да испита све документе који су наведени у акредитиву и који су поднети и да једино на основу докумената донесе одлуку да ли представљају усклађену презентацију. Осим према уговореним условима, банке усклађеност презентације цене и према ЈП и ИСБП. Тако се може десити да банка одбије хонорисање докумената и када су у складу са одредбама и условима отвореног акредитива, ако не одговарају стандардима међународне пословне праксе. Отуда и дилема да ли би стандардизована пракса сакупљена у ИСБР требало да постоји изван оних која су садржана у Једнообразним правилима. Сврха нове ревизије (ЈП 600) била је управо у томе да угради праксу и обичаје који се могу сматрати прихватљивим. Стога није јасно како ће то боље учинити банке у поступку оцене поднетих докумената ако своје идеје нису изнеле код усвајања Ревизије. Могуће је да Међународни стандарди банкарске праксе служе само као средство тумачења, а не као модел према коме се врши оцена усклађености. У том случају, требало је једноставније рећи да се *оцена* усклађености врши према критеријумима или у складу са међународном стандардном праксом. У претходној ревизији ЈП бр. 500, за преглед докумената важио је стандард “разумне пажње” (чл 13а). Постоје схватања да заахтев према коме презентација треба да одговара стандарду међународне банкарске праксе подразумева примену стандарда “разумне пажње”¹⁹. У сваком случају, документи морају бити у складу са одредбама и условима акредитива. У материјалном смислу (са аспекта права и обавеза), подразумева обавезу номиноване банке да испита и оцени да ли су документи поднети у року важења акредитива и да ли су *саобразни* условима акредитива, ЈП и ИСБП. У процесном смислу одређује *начин* или протокол на који банка врши оцену саобразности испитиваних докумената.

Већ по називу, доктрина се примењује само на тзв. документарне услове у акредитиву. Међутим, у пракси се дешава да у послу докумен-

¹⁸ В. Kozolchuk, *н. дело*, 258,

¹⁹ Hamad Alavi, *н. дело*, 40.

тарног акредитива и у самом акредитиву буде наведен неки услов, а да није наведен документ којим би се доказивало његово испуњење, односно оцена саобразности. У питању су тзв. недокументарни услови.²⁰ У том случају, банке ће сматрати да тај услов није ни наведен и занемариће га.²¹

Обавезе банке да оцени да ли су документи поднети у року важења акредитива

Једнообразним правилима је прописано да сваки акредитив мора да садржи рок важности на који је отворен и крајњи рок за презентацију. Као крајњи рок за презентацију сматраће се рок који је назначен за хонорисање или негоцирање. Са друге стране, прописано је и да се презентација од стране корисника или у његово име мора извршити пре или на сам дан истека рока важности акредитива. Када су рок важности акредитива и презентације одређени оквирним изразима, као што су “од”, “до”, “после” “прва половина”, почетак, средина или крај месеца, друга половина месеца и слично, у Правилима су дата одговарајућа тумачења у складу са међународном стандардном праксом. Израз “банкарски дан” значи дан на који је банка редовно отворена у месту у коме ће бити извршена радња која потпада под Једнообразна правила. Посебна правила важе за тумачење рока за презентацију транспортних докумената.

Тумачење рока за презентацију транспортних докумената. За подношење транспортних докумената, као што су: транспортни документи који се односе на два или више превоза, коносмани, непреносиви поморски товарни листови, чартер парти коносмани, ваздушни транспортни документ, транспортни документ о превозу друмом, железницом или унутрашњим путевима и признанице курира, поштанске признанице или потврде о отпреми поштом, важе посебна правила. Наведене документе корисник мора поднети не касније од 21. календарског дана после датума отпреме, а у сваком случају у оквиру важења акредитива, како би у случају хонорисања омогућио купцу да благовремено прими приспелу робу од превозиоца. У супротном, ако се поднесу након овог рока, такви документи ће се сматрати бајатим, и чије хонорисање банка мора одбити.

²⁰ Alavi, 43.

²¹ Чл. 14(х) ЈП.

Обавеза банке да испита усклађеност докумената са осталим условима

Ова обавеза се конкретизује као обавеза испитивања да ли су поднети *сви* предвиђени документи *по броју и врсти*, да ли по садржини одговарају условима акредитива и да ли су међусобно усклађени. Ако жели наплату, *корисник мора поднети све документе* који су наведени у акредитиву у оном *броју* примерака како је наведено у акредитиву. Неподношење било ког документа или неподношење означеног броја примерака даје право банци да одбије такву презентацију као несаобразну,²² јер доктрина строге саобразности не “оставља било какав простор за исте или готово исте документе”.²³ Што се тиче оригинала и копија, прописана је обавеза корисника да поднесе бар један оригинал сваког документа предвиђеног у акредитиву, али ако се захтева подношење копије, дозвољена је презентација или оригинала или копија.

У погледу *врсте*, у Једнообразним правилима су документи који се користе у акредитиву груписани на: отпремне или транспортне документе, документе о осигурању, трговачке фактуре и остале документе.

Отпремни документи. Овим документима корисник доказује да је у циљу испуњења обавезе испоруке предао робу на превоз. Врста отпремних докумената зависи од уговореног начина превоза, а Једнообразна правила их деле на поморске коносмани, поштанске рецепсе или потврде о отпреми поштом и друге документе. Под другим документима подразумевају се коносмани комбинованог превоза, FIATA комбиновани превозни коносмани, ваздушни, железнички, друмски и речни товарни листови, складишнице и сви други документи који показују да је роба предата превозиоцу на превоз. Банка ће ове документе, осим докумената о испоруци робе поштом, прихватити као одговарајуће (као усклађену презентацију), ако испуњавају одређене опште услове.

Прво, сви документи морају, осим ако у акредитиву није друкчије назначено, да:

– по свом изгледу показују да су *издати од назначеног превозиоца* или његовог агента,

²² О одређеним ублажавањима вид. Р. Вукадиновић, Правни односи из међународног документарног акредитива, н. *дело*, стр. 61. О литералном (буквалном) тумачењу акредитивне обавезе вид. В. Kozolchuk, 416. пар. 19.01 и даље.

²³ Вид. Lord Sumner у *Equitable Trust Co of New York v Dawson Partners Ltd*, (1927) 27 LIL Rep. 49.

– показују отпремену или преузимање робе за отпремену или утовар на брод, зависно од случаја,

– садрже пун сет оригинала који гласе на пошиљаоца, уколико су издати у више од једног оригинала и

– испуњавају остале услове акредитива.

Према другом услову, који се тиче плаћања возарине и осталих транспортних трошкова, банка ће прихватити транспортне документе који показују да возарину или транспортне трошкове треба наплатити, осим кад је акредитивом одређено да возарину треба платити унапред.

Према трећем општем услову, сви отпремни документи морају бити “чисти”. Под чистим документима подразумевају се они документи који не садрже сувишне клаузуле или примедбе које изричито потврђују мањкаво стање робе или паковања, или и једно и друго. Осим тога, кад је датум отпреме робе одређен у акредитиву, отпремни документи морају носити датум који није каснији од тако одређеног крајњег датума. Ако у акредитиву није предвиђен крајњи датум отпреме, онда се истек рока важења акредитива сматра крајњим датумом за отпремену. У акредитиву по коме се тражи транспортни документ потребно је, такође, означити одређени временски период после датума издавања транспортног документа унутар кога се морају поднети документи за плаћање.

Документи о осигурању. Под овим документима Једнообразна правила подразумевају полисе о осигурању, али не и потврде о покрићу које издају брокери, осим ако ове потврде нису изричито дозвољене акредитивом. Поред полисе о осигурању, као прихватљиви акредитивни документ може се користити и сертификат о осигурању, у случајевима када продавац има генералну полису са осигурачем тако да за сваку испоруку уместо полисе добија сертификат. Документи о осигурању морају бити онакви какви су прописани акредитивом и издати и потписани од стране осигуравајућих друштава или осигуратеља или њихових агената. Осим тога, у њима мора бити назначено да покриће (осигурање) ступа на снагу најкасније на дан утовара или отпреме или преузимања робе за отпремену. Што се тиче износа осигурања, Једнообразним правилима се као минимални износ одређује CIF вредност робе или CIP вредност плус 10%. Међутим, ако банке не могу да утврде CIF или CIP вредност, као минимални износ прихватиће и износ акредитива или износ трговачке фактуре, зависно од тога који износ је већи. У акредитиву треба назначити и врсту осигурања које се тражи и, ако их има, допунске ризике који треба да се покрију. Непрецизне изразе као што су “уобичајени ризици” не би требало упо-

требљавати. Ако су употребљени, банке ће прихватити документе, онакве какви су поднети, без одговорности за било који ризик који није покривен.

Комерцијална фактура или трговачки рачун представља писмени обрачун који издаје продавац за продату робу или извођач радова за извршене услуге. Према Једнообразним правилима, фактура мора гласити на налогодавца, садржати прецизан опис робе који одговара опису из акредитива и означавати износ који је мањи или једнак износу акредитива. Ако је износ на фактури већи од акредитивног износа, а у акредитиву нису коришћене клаузуле толеранције (*circa*, “око” и слично), банке су овлашћене да по својој процени прихвате или одбију такве фактуре.

Остали документи. Под осталим документима се подразумевају: стоваришни рецеписи, налози за испоруке, сертификати о пореклу, тежини, квалитету и другој анализи робе и слични документи. Њих банке примају без посебног проверавања, онакве какви су поднети, осим ако уговорне стране изричито не одреде њихову садржину, и за њихове недостатке не сnose било какву одговорност.

Поднети документи се прегледају *по спољном изгледу (on their face)* и врши оцена да ли су у складу са условима и одредбама акредитива. Банка није овлашћена нити обавезна да улази у стварну садржину поднетих докумената: на пример, да ли је роба стварно укрцана на брод, као што је наведено у коносману. Ако поднети документи на лицу немају додатних дописивања, прецртавања или фалсификата, сматра се да чине усклађену презентацију, тј. да су саобразни. Ако је, пак, било измена, све измене морају бити верификоване на начин прописан Једнообразним правилима. Наиме, документарни акредитив функционише на претпоставци да садржина докумената одговара стварном стању робе и ако су документи по спољном изгледу саобразни условима акредитива, тј. ако чине усклађену презентацију, сви учесници у акредитивном послу доказују да су испунили преузете обавезе онако као што стоји на лицу докумената. Такве документе акредитивна банка мора кориснику хонорисати, а налогодавац мора одобрити такво хонорисање и надокнадити (рамбурсирати) банци исплаћени акредитивни износ. Претпоставка да стање робе одговара садржини докумената је *обориве природе*, па је лицима у акредитивном послу дозвољено да је оспоравају, али *не у поступку реализације акредитива*, него у редовном поступку који се односи на основни посао.

Међусобна усклађеност докумената се процењује према садржини докумената, посебно о оним елементима који се као заједнички јављају у више врста.

Тако је прописано да *опис робе* у документима мора одговарати опису из акредитива. Под овим елементом саобразности подразумева се не само да је роба или друга чинидба у документима описана или наведена на начин како је то одређено у акредитиву, већ и да постоји потпуно слагање у погледу количине. Свако, макар и минимално, одступање даје право банци да такве документе одбије као несаобразне, односно међусобно неусклађене. Тако је, на пример, банка као несаобразан одбила коносман у коме је било назначено да је испоручено 4.997 врећа шећера, а не 5.000, како је захтевано у акредитиву.²⁴ Међутим, ЈП у чл. 14(д) појашњавају да подаци и документи, када се читају у контексту са акредитивом, самим документом и међународном стандардном банкарском праксом, не морају бити идентични, али не смеју бити противречни са подацима у том документу, сваком другом предвиђеном документу или акредитиву.

Ублажавања доктрине строге саобразности у пракси

У новијој судској пракси присутни су извесни елементи ублажавања овако строгог тумачења,²⁵ што је нашло одраза и у ЈП, како у погледу описа робе у осталим документима *осим у трговачкој фактури*, тако и у погледу строгости самог испитивања саобразности. Тако је одредбама члана 14 ЈП дозвољено да, изузев у трговачкој фактури, у осталим документима опис робе, услуге или чинидбе може бити општим изразима *који нису противречни* са описом у акредитиву. И “несрећне”²⁶ широко формулисане одредбе члана 14 ЈП доприносе различитом тумачењу стандарда “строге саобразности”. Отуда и у судској пракси, као и у теорији, постоје схватања о суштинском или материјалном тумачењу саобразности и формалном тумачењу. О еволуцији у тумачењу овог захтева сведочи и формулација члана 13(а) претходне ревизије ЈП 500, којима су банке биле обавезне да

²⁴ Вид. *Moralice (London) Ltd v ED FD and F Mann*, [1954] 2 Lloyd-s Rep 526, или *JH Rayner and Co Ltd v Hambros Bank Ltd*, [1943] 1 KB 37, стр. 40-41.

²⁵ Вид. Р. Вукадиновић, *Правни односи из међународном документарном акредитиву*, стр. 67–68; Р. Todd, *Discrepancies between Bills of Lading and Letters of Credit*, *Letter of Credit Update*, 1999, стр. 14–19, и у: *Cases and Materials on International Trade Law*, London, 2003, стр. 472-489; I. Carr, *н. дело*, стр. 482–485. Arban, Erika (2005). *The Doctrine of Strict Compliance in the Italian Legal System*, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol:23, No:1, 2005, pp.77-104

²⁶ Edmund Ato Kwaw, *Strict or Substantial Compliance in Letters of Credit: Crafting Guidelines for Verifying Documentary Compliance*, *E-JOURNAL OF LAW* - 2021 vol 7(1)2021, 52

поднете документе испитују “разумном пажњом”. С друге стране, о ублажавању доктрине строге саобразности говори и формулација члана 16(a) ЈП, којом је номинованој банци остављена дискреција да у случају несаобразности *може* одбити да хонорише такве документе.

У судској пракси је доктрина строге саобразности у почетку тумачена врло строго и формално.²⁷ То практично значи да су саобразни документи морали бити исти као “у огледалу (mirror-image)”.²⁸ Тако је у предмету *Bank Melli Iran v. Barclays Bank (Dominion, Colonial and Overseas)*,²⁹ у основном послу била уговорена испорука “100 нових шевролет камиона”. Испоручени камиони су у поднетим документима били описани као камиони у “новом стању”. Након што је хонорисала такве документе, конфирмирајућа банка се обратила издавачкој банци са захтевом за рамбурс. Издавачка банка је одбила рамбурс, са образложењем да поднети документи не одговарају условима акредитива, а суд је то подржао. У другом случају, суд је и тривијална одступања у поднетим документима сматрао повредом доктрине строге саобразности.³⁰

Назнаку ублажавања доктрине суд је учинио у предмету *Equitable Trust Co*, у коме се у два издвојена мишљења истиче да није реално очекивати да документи, које у свакодневним пословима издају различита лица из различитих држава, буду апсолутно усклађени. Слично томе, у извештају Радне групе Америчке адвокатске коморе се истиче да стриктна саобразност значи оно што је “разумни и пажљиви испитивач докумената” након прегледа сматрао да је у складу са условима акредитива. Није јасно да ли је разумни испитивач требало да узме у обзир трговинску праксу.³¹ Судови у пракси користе и друге методе тумачења како би ублажили строгост док-

²⁷ *English, Scottish & Australia Bank Ltd. v. Bank of South Africa* (1922), 13 Lloyd’s Law Reports 21, 24.

²⁸ Boris Kozolchik “Strict compliance and the reasonable document checker” (1990) 56 *Brooklyn Law Review*, 45 at 48; Todd Conley “Hanil Bank v. Pt Bank Negara. The problem with form over substance in documentary compliance rules.” (2001) 50 *Catholic University Law Review*, 972, at 978.

²⁹ [1951] 2 Lloyd’s Rep 367.

³⁰ У *Seaconsar Far East Ltd v. Bank Markazi Jomhourī Islami Iran*, (1993) 1 Lloyd’s Rep. 236. акредитивом је било предвиђено да на свим документима буде назначен број акредитива и купчево име. Продавац је авизирајућој банци поднео документе, али на једном од њих није било ове назнаке. Банка је одбила да хонорише такве документе, а Апелациони суд је то подржао, с. 240.

³¹ Вид. Edmund Ato Kwaw, 69.

трине.³² Тако се, на пример, према доктрини тзв. “одмицања” сугерише да се спорна фраза или реч не сматра делом описа. Строгост може бити ублажена и применом начела уговорног права, као што је *estoppel* и *equiti* (забрана злоупотребе права и правичност). У неким својим одлукама амерички судови су одбијали да примене доктрину строге саобразности, већ доктрину суштинске саобразности.³³ Стандарду суштинске саобразности се основано приговара да је неодређен и широк и да не узима у обзир да се усклађеност докумената цени по спољном изгледу, као ни да доктрина строге саобразности успоставља агенцијски однос између налогодавца и акредитивне банке, у коме је банка наогодавчев агент који не сме прећи границе добијених овлашћења. Стога се у теорији предлаже да се код израде водича за оцену усклађености води рачуна о небитности или нематеријалности одступања, форми и суштини, разумном очекивању страна у акредитивном послу и о очигледним штампарским грешкама.³⁴ Сматрамо да би замена формалне саобразности компромитовала сигурност и једноставност функционисања документарног акредитива и приближила га пословима грађанског права, уместо да изражава чврсту, дефинитивну и неопозиву апстарктну обавезу акредитивне банке.

Последице несаобразности

Ако је акредитивна или друга банка која је била овлашћена на хонорисање докумената у поступку утврђивања њихове саобразности повредила стандарде стриктне саобразности и омогућила кориснику да напла-

³² Исто.

³³ Вид. *Bank of America National Trust & Savings Association v. Liberty National Bank and Trust Co.*, 116 F. Supp., 233 (DC Okl, 1953); 218 F.2d 831 (10th Cir. 1955); *Banco Espanol del Credito v. State Street Bank & Trust Co.*, 266 F. Supp. 106 (D. Mass. 1967); *Crocker Commercial Services Inc. v. Countryside Bank*, 538 F.Supp. 1360 (1981); *Flagship Cruises Ltd. v. New England Merchants National Banks*, 569 F.2d 699 (1st Cir. 1978); *Transamerica Delaval Inc v. Citibank NA* 545 F. Supp. 200 (S.D.N.Y. 1982) Наведено према Edmund Ato Kwaw, 75,76. Karim, Ridoan & Islam, Md. Zahidul (2016), *Critical Analysis of the Principle of Strict Compliance in Letter of Credit Operation with Relation to the UCP 600*, *Journal of Asian and African Social Science and Humanities*, Vol:2, No:3, 2016, pp. 105-114 наводи да италијански судови примењују стандард суштинске а не строге саобразности. Вид. Arban, Erika (2005). *The Doctrine of Strict Compliance in the Italian Legal System*, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol:23, No:1, 2005, pp. 77-104, 85 и даље и тамо наведене одлуке.

³⁴ Edmund Ato Kwaw, 78.

ти или на други начин хонорише документе, налогодавац је овлашћен да покрене поступак против банке, али тек након реализације акредитива. Ово због тога што у акредитиву важи правило “плати па се жали”, које је у пракси широко прихваћено да би се омогућило брзо и једноставно коришћење документарног акредитива као средства плаћања. Овакав значај који је дат усклађеној презентацији намеће банци обавезу да са посебном пажњом приступи оцени усклађености поднетих докумената. У ЈП није, међутим, одређен конкретан степен пажње,³⁵ већ је дефинисан стандард за испитивање докумената.³⁶ Ако се користи стандард строге саобразности, ризик процене усклађености сноси корисник, јер строга саобразност нуди налогодавцу веће могућности да одбије такве документе. У случају тумачења у складу са стандардом суштинске саобразности, банке су изложене ризику да налогодавац одбије документе.³⁷ ЈП се у овом погледу не изјашњавају и не помињу изричито ни стандард суштинске ни строге саобразности. Ако банка утврди саобразност на један или други начин, *мора* хонорисати такву усклађену презентацију,³⁸ а документе проследити издавачкој банци. Кад номинована банка (банка код које је акредитив расположив), поступајући по својој номинацији, конфирмирајућа банка, ако постоји, или акредитивна банка, утврди да презентација није усклађена, *може* одбити да хонорише или негоцира.³⁹ Кад номинована банка, поступајући по својој номинацији, конфирмирајућа банка, ако постоји, или акредитивна банка, одлучи да одбије да хонорише или негоцира, мора подносиоцу дати једно једино упозорење у вези с тим.⁴⁰ Упозорење се мора дати најкасније на крају петог банкарског дана који следи дан презентације. Ако тако не поступи, неће моћи да стави приговор да документи не чине усклађену презентацију.

³⁵ У правној теорији на ово отворено питање указује и Р. Ellinger, *н. дело*, стр. 217–218, наводећи у овом смислу малобројну судску праксу.

³⁶ Члан 14 ЈП насловљен је као „Standard for Examination of Documents“ који би требало превести као стандард за испитивање, а не преглед докумената. Појам прегледа ни у језичком, ни у правном смислу не одговара суштини обавезе која је овим чланом наметнута банци. Појам испитивања је шири јер се, поред прегледа, односи и на утврђивање међусобне усклађености.

³⁷ Arban, Erika (2005). The Doctrine of Strict Compliance in the Italian Legal System, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol:23, No:1, 2005, pp. 77-104, 84.

³⁸ Чл. 15а ЈП.

³⁹ Чл. 16(а) ЈП.

⁴⁰ Чл. 16(ц) ЈП.

Radovan D. Vukadinović, PhD

HOW STRICT IS THE DOCTRINE OF STRICT COMPLIANCE IN A DOCUMENTARY LETTER OF CREDIT

Summary: *A documentary letter of credit is a complex legal transaction in which the interests of at least three persons collide: the principal, the beneficiary and the issuing bank. However, despite the complex legal construction, in practice it is used to a large extent between numerous participants in legal transactions. Such mass use is made possible by the principles or principles on which the functioning of letters of credit is based, primarily the principle of autonomy and the principle of dealing with documents and not goods, as well as the doctrine of strict compliance*

Understanding this doctrine forms the subject of this work and presupposes a brief analysis of the origins and sources of law and the content of the doctrine. Hence, the central part represents the discussion about its essential or material content and the formal content of the doctrine. The paper advocates the position that the preservation of the special legal nature of the documentary letter of credit as a modifying assignment and an abstract work requires strict respect for the material and formal content of the doctrine

Its mitigation could compromise the basic function of the letter of credit to serve as a reliable, simple and efficient means of payment and securing the performance of obligations from the basic business.

Keywords: *documentary letter of credit, issuing bank, doctrine of strict compliance, document assessment, compliant presentation.*

MEĐUNARODNO PRAVO U DOBA APSOLUTIZMA I VELIKIH KOLONIJALNIH OSVAJANJA (XVI–XVIII v.)

Akademik prof. dr Boris Krivokapić*

***Apstrakt:** Mnoštvo je periodizacija razvoja međunarodnog prava, ali retko koja kao posebno razdoblje izdvaja XVI–XVIII v. Ovo i pored toga što mnogi teoretičari smatraju da je na Vestfalskom kongresu 1648. rođeno međunarodno pravo ili da je makar tada nastalo moderno međunarodno pravo, a ima i onih koji misle da je njegov otac Grocijus, koji je takođe živio u to vreme. Premda se ti stavovi ne mogu prihvatiti, pomenuti period je zaista važan za razvoj međunarodnog prava. U uvodnom delu autor ukazuje na osnovne karakteristike te epohe, s tim da posebno ističe uticaj apsolutizma i kolonijalizma, daje opštu ocenu tog razdoblja i kritički se osvrće na veličanje uloge Vestfalskog mira. Zatim se rad bavi konkretnim promenama u međunarodnom pravu u vezi sa međunarodnim kongresima i konferencijama, diplomatskim pravom, konzulima, režimom kapitulacija, međunarodnopravnim položajem mora, ratnim pravom i dr. U zaključku autor konstatuje da je u periodu o kojem je reč stvorena solidna osnova za nagli razvoj koji će, paralelno sa svojevrsnom revolucijom u drugim sferama života, uslediti u XIX veku.*

***Ključne reči:** međunarodno pravo, istorija, apsolutizam, kolonijalizam, Vestfalski mir.*

* Inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka (RAEN, Odeljenje za socio-ekonomska i pravna pitanja), Moskva; redovni profesor Poslovnog i pravnog fakulteta Univerziteta “MB”, Beograd; profesor Pravnog fakulteta Samarskog nacionalnog univerziteta “Akademik S. P. Koroljov”, Samara, krivokapicboris@yahoo.com.

Uvod

Bezbroj je raznih periodizacija razvoja međunarodnog prava. Neke među njima razlikuju velike epohe, pa u okviru njih pojedine faze, druge se vezuju za određene događaje itd. Većina njih ne izdvaja XVI–XVIII v. kao poseban period. Ovo i pored činjenice da mnogi autori ističu da je međunarodno pravo ili makar moderno međunarodno pravo stvoreno na Vestfalskom kongresu 1648, što znači u godini koja, igrom slučaja, pada tačno na sredinu razdoblja o kojem je reč.

Imajući to u vidu, pozabavićemo se razdobljem XVI–XVIII v. i pokušati da identifikujemo njegove najvažnije karakteristike koje su uticale na razvoj međunarodnog prava, kao i da ukažemo na konkretna rešenja koja su karakteristična za tu epohu.

1. Osnovne karakteristike XVI–XVIII v.

Premda je obuhvatio samo tri stoleća, period od XV do XVIII v. bio je bogat događajima koji su znatno izmenili ne samo život tadašnjih ljudi, već i čitavu istoriju.

Pre svega, to je vreme kada je u punom zamahu reneseansa, koju karakteriše porast interesovanja za klasične nauke i vrednosti i oživljavanje kulture i humanizma.

Istovremeno, to je doba reformacije. Njen početak vezuje se za 1517. g., kada je Martin Luter (*Martin Luther*) objavio „Raspravu o moći indulgencije“ („Devedeset pet teza“) a kraj za 1648. g., kada je potpisan Vestfalski mir. Radilo se o verskom i društvenom pokretu koji je dobio podršku u delu Evrope, doveo do raskola u katoličkoj cкви, krvavih sukoba unutar pojedinih društava i verskih ratova između država, što je kulminiralo Tridesetogodišnjim ratom (1616–1648).

Od sredine XVII do kraja XVIII v. javlja se pokret, poznat kao prosvetiteljstvo odn. doba razuma. Ohrabreni naglim razvojem nauke, razni filozofi i intelektualci kritikovali su stanje u društvu, zagovarali napuštanje religijskih pogleda na svet i zalagali se za racionalizam, slobodoumlje i velike društvene reforme. Te ideje je prihvatio i jedan broj vladara, pa se pojavio termin „prosveteni apsolutizam“, u smislu da se neograničena vlast monarha oslanja na ideje prosvetiteljstva sa ciljem postizanja blagostanja podanika. I zaista, u to vreme mnogi vladari su se sastajali ili dopisivali sa istaknutim filozofima i drugim intelektualcima, pokušavajući da razumeju i primene njihove poglede

i predložene reforme, uključujući ukidanje kmetstva, uvođenje slobode veropovesti, slobodu izražavanja, pravo vlasništva, slobodu trgovine i dr.

Ovaj period obeležio je i početak naučne revolucije, kako se obično naziva serija događaja koji su značili pojavu moderne nauke i veliki napredak u oblasti matematike, fizike, hemije, astronomije, biologije i dr.¹

Računajući i sam kraj XV v., to je i vreme ambicioznih istraživačkih putovanja i velikih geografskih otkrića,² čemu su doprineli pojava pomorskog hronometra i izgradnja velikih i čvrstih brodova, pogodnih za duga putovanja. Zahvaljujući tome, težište svetskog pomorskog saobraćaja pomereno je iz Mediterana u Atlantski okean, što je drastično promenilo pomorstvo i vođenje pomorskih ratova.

Postepeno dolazi do naseljavanja Amerike kolonistima iz Evrope. Smatra se da je između 1492, kada je Kolumbo otkrio Novi svet, i 1640. g., američki kontinent naselilo oko 446.000 Evropljana, od čega 200.000 Portugalaca, 100.000 Španaca, 50.000 Britanaca, 4.000 Francuza, 2.000 Holanđana itd., a da je od 1640. do 1760. g. došlo novih 1.263.000 kolonista iz Evrope, od čega 592.000 Britanaca, 300.000 Portugalaca, 160.000 Španaca, 97.000 Nemaca, 96.000 Francuza, 18.000 Holanđana itd.³ Španci su se orijentisali na današnji Meksiko, Peru i Karipska ostrva, Portugal na Brazil, dok su se druge velike evropske zemlje, u prvom redu Engleska, Francuska, usmerile ka Severnoj Americi.

Jedna od posledica toga bilo je drastično smanjenje domorodačkog stanovništva, koje je stradalo u sukobima sa došljacima i od zaraznih bolesti koje su ovi doneli, a na koje oni nisu bili imuni; postepena asimilacija domorodaca kojima su Evropljani nametali svoju veru, jezik i običaje; otimanje i prevoz u Evropu kulturnih i prirodnih bogatstava itd.

Od početka XVI v. razvija se trgovina crnim robovima iz Zapadne Afrike koji su prevoženi preko Atlantika da bi tamo bili prodati i iskorišćeni za

¹ Kao prelomni događaj obično se uzima publikovanje 1543. g. studije Nikole Kopernika (lat. *Nicolaus Copernicus*) „O revolucijama nebeskih sfera“ (*De revolutionibus orbitum coelestium*).

² Kao (*Diogo Cão*) je 1482. g. otkrio reku Kongo, Dijas (*Bartolomeu Dias*) je 1488. g. oplovio oko Rta dobre nade, Kolumbo (*Cristoforo Colombo*) je 1492. g. otkrio Ameriku, Da Gama (*Vasco da Gama*) je 1498. g. stigao morem iz Evrope u Indiju, Kabral (*Pedro Álvares Cabral*) je 1500. g. otkrio Brazil, Magelanova ekspedicija je 1519–1522. g. oplovila svet itd.

³ „European immigration to the Americas“, *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/European_immigration_to_the_Americas 13. 8. 2023.

rad na plantažama šećera i duvana u Latinskoj Americi i na Karibima odn. plantažama pamuka u južnim delovima Severne Amerike.

Ovo razdoblje obeležili su i: engleska buržoaska revolucija (1642–1660), korenite reforme koje je u Rusiji uveo car Petar Veliki (1698–1725); početak industrijske revolucije (1760), Američka revolucija (1765–1783), Francuska buržoaska revolucija (1789–1799) i dr.

Sve to je ostavilo pečat ne samo na pojedina društva, već i na ono što se događalo na međunarodnoj sceni.

Dodatno, za tri veka o kojima je reč vođeno je mnoštvo oružanih sukoba, s tim da među najpoznatije spadaju: Italijanski rat (1542–1546), Osamdesetogodišnji rat (1568–1648), anglo-španski rat (1585–1604), Tridesetogodišnji rat (1618–1648), Veliki turski rat (1683–1699), rat Velike alijanse (1688–1697), Veliki severni rat (1700–1721), rat za špansko nasleđe (1701–1714), rat za poljsko nasleđe (1733–1735), rat za austrijsko nasleđe (1740–1748), Američki rat za nezavisnost (1755–1783), Sedmogodišnji rat (1756–1763), rusko-švedski rat (1788–1790), francuski revolucionarni ratovi (1792–1802) itd.

2. Apsolutizam

Jedna od karakteristika razdoblja o kojem je reč jeste da je to bilo doba apsolutističkih monarhija. U pitanju je oblik vladavine u kojem je sva vlast u potpunosti i bez ikakvih ograda koncentrisana u rukama jednog čoveka – vladara. On je ne deli ni sa kim, nije pravno ograničen ni u obimu ni u načinu njenog vršenja i ne polaže račun nijednom drugom organu, a državom upravlja preko snažnog administrativnog (činovnici, birokratija) i represivnog aparata (policija i vojska).

Apsolutna vlast jedne ličnosti bila je česta pojava u istoriji. Razni carevi, kraljevi, tirani, despoti, kanovi itd. imali su potpunu vlast i samostalno odlučivali o svemu, pa i o životima ljudi, s tim da su vladali preko svojih dvorova i uz oslanjanje na sopstvene vazale. Premda je u apsolutizmu monarh takođe imao neograničenu vlast, ostvarivao ju je preko moderne centralizovane države, sa razvijenim biroktatskim aparatom odgovornim samo njemu i neposredno njemu potčinjenom stajaćom vojskom. Zahvaljujući tome mnogo bolje je nadgledao bitne procese u svojoj državi, efikasnije upravljao njima, naplaćivao više poreza i bio sposoban da sam vodi velike ratove, bez potrebe da se oslanja na feudalne gospodare.

Sva vlast – zakonodavna, izvršna, sudska, vojna, a ponegde i duhovna, bila je koncentrisana u njegovim rukama. Sam je donosio zakone, ali nije bio

vezan njima,⁴ sam je postavljao i razrešavao najviše državne funkcionere, komandovao vojskom, uvodio poreze, samostalno raspolagao državnim finansijama itd. Sveobuhvatnu i neograničenu moć ovih vladara najbolje je opisao Luj XIV (*Louis XIV*) izjavivši: „To je zakonito zato što ja tako hoću!“ (*C'est légal parce que je veux!*) i: „Država, to sam ja!“ (*L'Etat c'est moi!*).

Kada je reč o spoljnim (međunarodnim) odnosima, u njegovoj isključivoj nadležnosti bili su objava rata, zaključenje mira, sklapanje saveza ili drugog međunarodnog sporazuma, imenovanje ambasadora i dr. Vladar je doživljavan kao nosilac državnog suvereniteta, pa je nazivan suverenom i smatran ne samo oličenjem svoje države i njenim ovlašćenim predstavnikom, već i subjektom međunarodnog prava, zbog čega je međunarodne ugovore zaključivao u svoje ime.

3. Kolonijalizam

Svi pomenuti faktori stvorili su plodno tlo za rađanje i razvoj pojave poznate kao moderni kolonijalizam.⁵ Koristeći vojnu i ekonomsku nadmoć i druge mehanizme, evropske države (metropole) osnivaju svoje kolonije (naseobine svojih podanika, vojna uporišta i trgovačke stanice) u zemljama koje su otkrili njihovi moreplovci. Ubrzo te teritorije potčinjavaju sebi u cilju pljačke i drugog iskorišćavanja tih područja i njihovih stanovnika. To je stvorilo prve globalne imperije – Portugal i Španiju, koje su obuhvatale ogromne teritorije na raznim kontinentima. Ubrzo svoja kolonijalna carstva uspostavljaju i Engleska, Francuska i Holandija, a kasnije, u manjem obimu, i neke druge zemlje.

Kolonijalizam nije značio samo ekonomsku eksploataciju drugih naroda i njihovih zemalja, već je bio skopčan sa nagrubljim oblicima poricanja elementarnih ljudskih prava lokalnog stanovništva, kao što su nekažnjena ubistva, ropski rad, silovanja, mučenja itd. U osvajanjima, gušenjima ustanaka, usled nečovečnih uslova života itd. stradale su desetine, a verovatno i stotine miliona ljudi. Premda je svoju poslednju fazu imao u drugoj polovini XIX veka kada su evropske sile između sebe podelile Afriku, najznačajniji period velikih kolonijalnih osvajanja bio je, opšte uzev, u XVI–XVIII v.

⁴ Načelo je formulisao još veliki rimski pravnik iz III v., Ulpijan, frazom *Princeps legibus solutus est*, sa značenjem da princ (vladar) nije vezan zakonima.

⁵ U antičkom svetu kolonijama su nazivana naselja (obično prekomorska) građana jedne države van njenih granica, a naročito naseobine Starih Grka, osnivane u VIII-VI v. pre n.e. na sicilijanskim, južnoitalijanskim, crnomorskim i drugim obalama.

Ovde nas prvenstveno zanima činjenica da se, kao odraz kolonijalizma, od XVI v. na međunarodnoj sceni pojavila nova realnost obeležena nizom novih odnosa, pojava i pravila. S jedne strane bile su države sa kolonijalnim posedima (metropole) a sa druge kolonije, nesamoupravne teritorije, podvrgnute neograničenoj vlasti metropole. Nastajali su i mnogi odnosi između raznih metropola, u vezi sa deobom još neosvojenih teritorija, razgraničenjem između kolonija itd., što je često izazivalo sporove koji su nekad rešavani sporazumno, nekad arbitražom, a nekad ratom.

Kao nikada ranije pojavila se mogućnost sticanja novih državnih teritorija putem tzv. mirne okupacije tj. trajnim zaposedanjem oblasti koja ne potpada pod vlast drugih država, koje je izvršeno mirnim putem, a sa namerom sticanja te oblasti i uspostavljanja na njoj sopstvenog suvereniteta. Kolonijalne sile su precizirale niz rešenja u vezi sa tim institutom. Za razliku od prethodnog perioda kada se uglavnom smatralo da je dovoljno samo otkriće, praćeno određenim svečanim činom (pobijanje zastave, isticanje grba, izdavanje proglašenja itd.) počinje da se traži da je zauzimanje stvarno tj. da odnosna država fizički kontroliše datu teritoriju i vrši na njoj svoju vlast.

S druge strane, da bi se izbegli nepotrebni sporovi i sukobi između kolonijalnih sila, pojavila su se određena pravila, kao npr. ono prema kojem državi koja je započela okupaciju morske obale pripada pravo na zaleđe te obale, državi koja je zauzela deo ostrva pripada čitavo ostrvo i slično.

Ipak, kada je reč o mirnoj okupaciji, glavnu karakteristiku tog perioda predstavljao je odnos prema najvažnijem zahtevu koji se postavlja u vezi sa njom, a to je da se radi o ničijoj zemlji (*terra nullius*), području koje nije pod vlašću ni jedne države. Proglasivši sebe članovima "civilizovane evropske porodice naroda", kolonijalne države su kao *terra nullius*, a time i podobne za sticanje okupacijom, okvalifikovale sva područja koja nisu pripadala nekom od priznatih članova te zajednice, što znači nekoj od hrišćanskih država. Pri tome nisu vodile računa o volji, interesima i potrebama domorodačkog stanovništva i njegovoj društvenoj organizaciji, već su bezobzirno pljačkale i uništavale lokalne kulture, samo da bi izvukle što veću ekonomsku i drugu korist.

4. Opšti pogled na međunarodno pravo ovog perioda

1. Osnovna ocena. – Dejstvo niza činilaca, kao što su ukрупnjavanje i centralizacija država, razvoj saobraćaja, velika geografska otkrića, uspostavljanje i održavanje novih trgovinskih i kulturnih kontakata između udaljenih zemalja itd. vodili su ka sve tešnjem povezivanju sveta. Jedna od posledica

toga bila je to da je međunarodno pravo počelo da poprima obrise relativno zaokruženog i ujednačenog sistema koji, naročito posle proklamacije nezavisnosti SAD (1776) pokazuje težnju da dobije opšti (univerzalni) značaj.⁶

U prvom delu ovog razdoblja u odnosima između apsolutističkih monarhija do izražaja dolazi načelo suverenosti i ravnopravnosti vladara, a time i suverene jednakosti njihovih država. To zatim dovodi do sazrevanja svesti o osnovnim pravima i dužnostima država.

Od sredine ovog perioda, međunarodno pravo se postepeno oslobađa uticaja katoličke crkve, premda i dalje ostaje važna uloga pape u međunarodnim odnosima. Sa druge strane, pojavljuju se novi subjekti u liku dalekostičnih kompanija, koje nisu države, ali poprimaju niz osobona svojstvenih državama.

Međunarodno pravo se sve više razvija na raznim kongresima i konferencijama, s tim da poseban razvoj dobijaju diplomatsko pravo, pitanja koja se tiču sticanja državne teritorije, ratno pravo i dr.

2. Značaj Vestfalskog mira (1648). – Kod osvrta na ovaj period, ne može se preskočiti pitanje značaja koji je za međunarodno pravo imao Vestfalski mir (1648). Radilo se zapravo o dva mirovna ugovora,⁷ zaključena između Svetog rimskog carstva, nemačkih kneževina, Francuske, Švedske, Holandije i drugih država, čime je završen Tridesetogodišnji rat (1618–1648).⁸ Na Vestfalskom kongresu nije bilo plenarnih sednica, već su razne delegacije dolazile, međusobno pregovarale i odlazile, počev od 1643, a naročito u periodu od početka 1646. do sredine 1647. g. Pitanja uređena Vestfalskim mirom ticala su se: 1) teritorijalnih promena u Evropi (izvesne nemačke teritorije pripojene su Francuskoj i Švedskoj, dok su samostalnost stekle Švajcarska i Holandija); 2) verskih odnosa – pravno su priznati postojanje protestantske

⁶ Piznajući da su u prethodnom periodu uporedo sa međunarodnim pravom Srednje i Zapadne Evrope postojali i istočnoevropsko i islamsko međunarodno pravo, neki autori ističu da su norme tih poredaka u ovom periodu ili nestale ili su uključene u “zapadnoevropsko” međunarodno pravo. Фердросс А., 1959, 24.

⁷ Prvi sporazum je potpisan u Minsteru 15. 5. 1648, a drugi u Osnabriku 24. 10. 1648.

⁸ U njemu su se nemačke protestantske države okupljene u Protestantskoj uniji i strane sile (Francuska, Švedska, Holandija, Danska–Norveška i dr.) borile protiv Svetog rimskog carstva pod Habzburzima, na čijoj strani su bili Katolička liga (savez nemačkih katoličkih kneževina), Španija i još neke države. Premda je povod bila netrpeljivost između katolika i protestanata, rat je prerastao u sukob oko dominacije u Evropi, čime se objašnjava to što su neke katoličke zemlje ratovala na strani protestantskih država. To je bio do tada najsmrtonosniji rat – odneo je između 8 i 10 miliona ljudskih života.

crkve, njena odvojenosti od pape i ravnopravnost katolika i protestanata, a problem verskih manjina rešen je na bazi principa *cujus regio, ejus religio* („Čija vlast njegova i vera“) i 3) političkog uređenja Nemačke, u čijem sastavu je priznata nezavisnost 335 država (150 laičkih i 123 crkvene države i 62 slobodna grada). U suštini, ugovor iz Vestfalije ozakonio je komadanje teritorije Svetog rimskog carstva u korist pobednika (Francuske i Švedske).

Mnogi teoretičari uzimaju Vestfalski mir kao jednu od prelomnih tačaka u evoluciji međunarodnog prava, a neki idu tako daleko da sugerišu da je tada rođeno međunarodno pravo ili makar da je nastalo moderno univerzalno međunarodno pravo.⁹ Premda ne želimo da dublje ulazimo u ta pitanja,¹⁰ moramo se na njih osvrnuti makar u najkraćim crtama.

Međunarodno pravo nije stvoreno na Vestfalskom kongresu. Ono ima vrlo dugu istoriju koja počinje pojavom prvih država i obuhvata praktično sva geografska područja na planeti. Takav zaključak, koji je logičan sam po sebi, potvrđuju čvrsti arheološki i drugi dokazi o međunarodnim ugovorima, nepovredivosti poslanika, međunarodnim arbitražama, postojanju instituta neutralnosti itd. Sa druge strane, ne samo da međunarodno pravo nije moglo biti stvoreno jednim aktom, pa ni Vestfalskim mirom, već ni samog Vestfalskog kongresa ne bi bilo bez prethodnog postojanja pravila o nepovredivosti poslanika i načela *pacta sunt servanda*.

Onima koji ne spore da su i ranije postojale norme međunarodnog prava, ali tvrde da su to bila malobrojna, parcijalna, nepovezana pravila lokalne ili regionalne važnosti, tako da je tek u Minsteru i Osnabriku rođeno moderno međunarodno pravo, mora se odgovoriti da takav stav nema uporište u odredbama Vestfalskog mira. Njihov domašaj bio je ograničen na teritorijalne promene, priznanje protestantske crkve i rešavanje drugih politički problema, bez ideje da se formuliše nekakvo novo međunarodno pravo kao takvo.

Ponekad se kao revolucionarni doprinos Vestfalskog mira ističe usvajanje načela *cujus regio ejus religio*. Ni to se ne može prihvatiti, i to iz nekoliko razloga: 1) nije se radilo ni o čemu novom, pošto je taj princip definisan još Augzburškim mirom (1555); 2) prihvatanje tog načela nije značilo priznavanje prava pojedinaca da se slobodno opredeljuju u skladu sa svojim verskim

⁹ Za razne varijante takvih prilaza vidi: Oppenheim L., 1905, 44–73; Le Fir L., 1934, 21; Фердросс А., 1959, 53; Rhyne C. S., 1971, 9–46; Malanczuk P., 1997, 10–12; Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И., 1990, 14–167; Мартенс Ф. Ф., 1996, 32–121; Shaw M. N., 2017, 10; Bring O., 2000, 58–62; Cassese A. 2001, 19; i dr.

¹⁰ Detaljan prikaz i kritičku tih pristupa vidi u: Krivokapić B., 2023, 47–70.

uverenjima; 3) pitanja verskih sloboda i zaštite verskih manjina nisu definitivno rešena Vestfalskim mirom, tako da se njima bavio niz naknadnih sporazuma, kao što su ugovori iz Olive (1660), Nimega (1678) i Rijsvika (1697), Pariza (1763), Varšave (1772) i dr.

Sa druge strane, u političkoj i pravnoj nauci koja sledi tradiciju Zapada, često se tvrdi da je najveći značaj Vestfalskog mira za međunarodno pravo u tome što je njime formulisana ideja državnog suvereniteta,¹¹ iz koje je proistekao koncept prema kojem su države ravnopravne i stoga nemaju vlast jedna nad drugom (*par in parem non habet imperium*) što su navodno bili principijelno novi momenti, koji su presudno uticali na dalji razvoj međunarodnog prava. Ne možemo se složiti sa takvim stavovima, i to iz mnogo razloga:

1) razvoj međunarodnog prava ne može se svesti na odnos prema pitanju ko su subjekti tog prava, da li su oni suvereni i šta zapravo suverenost znači;

2) suverenost je koncept, a pravne norme su obavezna pravila ponašanja. Premda među njima postoji veza, ne mogu se pravila međunarodnog prava poistovetiti sa poimanjem suverenost, koja je i inače mnogo više filozofska odn. politička, a tek posle toga i pravna kategorija;

3) nije se radilo ni o kakvom suštinski novom pristupu, pošto su već prvi nezavisni gradovi-države, a tim pre čitave imperije koje su postojale pre 4.000 i više godina (Akadsko carstvo, Asirija, Vavilon, Hetitsko carstvo, Egipat, Kartagina, Ahemenidsko carstvo, Rimski imperija itd.) bili suvereni i bili su svesni toga.¹² U međunarodnim odnosima suverenost (tzv. spoljna suverenost) obično se poistovećuje sa nezavisnošću i premda u dalekoj prošlosti nije postojao sam termin *suverenost*, suštinski gledano svi su poznavali i prihvatili sadržaj tog pojma;¹³

4) premda je zaista dugo povezivana sa ličnošću vladara, suverenost je uvek bila odlika države, a ne pojedinca.¹⁴ Promenom na prestolu vlast nije nestajala, već je prelazila na naslednike prestola, sve dok je sama država bila nezavisna. Takođe, imamo mnogo primera da su međunarodni ugovori ostajali

¹¹ Patton S., 2019, 95.

¹² Još u antiци nalazimo stavove koji govore o nezavisnosti države, što suštinski znači o njenoj suverenosti. Prema rimskom imperatoru Prokula, (III v.) „Slobodna je ona država koja nije potčinjena nikakvoj vlasti druge države“.

¹³ Korowicz M. S., 1959, 25.

¹⁴ Dovoljno je setiti da je čuveni spor između Lagaša i Ume od pre više od 4.500 g. koji je kao arbitar presudio Mesalim, kralj Kiša, bio spor između dva grada-države, a ne između dve ličnosti (vladara pomenutih gradova).

na snazi i dugo nakon smrti vladara koji su ih zaključili, što svedoči da se nije radilo o ličnim, već o međudržavnim sporazumima. Konačno, čak ni u antici nisu sve države bile monarhije – neke su, poput Atine, Rima ili Kartagine, bile republike, što znači bez vladara koji bi navodno bio nosilac suvereniteta;

5) realno gledajući, suština odluka Vestfalskog mira koje su se ticale suverenosti bila je u tome da su države suverene (nezavisne) u odnosu na papu. Međutim, to se ticalo samo tadašnjih katoličkih i protestantskih zemalja, dok je za ostale države (pravoslavne, muslimanske, mnogobožacke i dr.) u principu bilo nevažno. A u to vreme postojale su i te kako moćne i važne države i u Evropi (npr. Rusija) i, posebno, van nje. Primeri su Osmansko carstvo (1299–1923), Mogulsko carstvo (1526–1857) i dr. Znamo da moćna Kina nije marila za zapadne zemlje, tako da je tek 1793. g. kineski car pristao da primi britansku diplomatsku delegaciju, s tim da je odbio sve zahteve ambasadora, tretirao ga kao predstavnika male, varvarske države, poklone koje je dobio shvatio kao jednu vrstu danka, a britanskom kralju se u pismu koje mu je poslao obratio kao svom podaniku. Sa druge strane, Japan je 1641. g., što znači sedam godina pre Vestfalskog mira, uveo politiku samoizolacije, koje se pridržavao do 1853. g. Otuda se moramo zapitati šta je Vestfalski mir značio za pomenute i niz drugih država.

Prema izloženom, ne vidimo da je Vestfalski mir imao onaj značaj koji mu se ponekad pridaje. Učesnici Vestfalskog kongresa bili su samo sa Starog kontinenta, pa i to ne iz svih njegovih delova, već samo iz Zapadne Evrope; rešenja Kongresa imala su regionalan značaj i u principu nisu doticala ostatak sveta; principi formulisani Vestfalskim mirom bili su malobrojni i nisu značili nikakvu suštinsku reviziju tadašnjeg međunarodnog prava.

2. Najvažniji problem

Velika geografska otkrića do kojih je došlo u ovom periodu otvorila su niz novih problema odn. na novi način aktuelizovala stare.

1. Kongresi i konferencije

U XVI–XVIII v. održani su mnogi dvostrani i višestrani međunarodni sastanci, kongresi i konferencije, na kojima su rešavana važna pitanja. Obično su sazivani radi zaključenja mirovnog ugovora, s tim da su se često bavili i nizom drugih problema.

Neki od primera su susret na kome su Karlo V i Šmalkadski savez potpisali Augzburški mir (1555); sastanak na kome su predstavnici francu-

skog kralja Anrija IV i španskog kralja Filipa II, uz posredovanje legata pape Klimenta VIII potpisali Vervenski mir (1598); Vestfalski kongres (1648); kongres u Rizviku (1697); skup u Semskim Karlovcima (1699) na kojem je uz posredovanje Engleske i Holandije potpisan mir između Austrije i njenih saveznika, s jedne, i Turske, sa druge strane; skup na kome je zaključen Uhtrehtski mir (1713); Prvi raštatski kongres (1713–1714); Haški kongres (1720); konferencija u Soasonu (1728–1729); Bečki kongres (1735); Ahenski kongres (1748); skup na kojem je potpisan Pariski ugovor (1783); Drugi raštatski kongres (1797–1799) i dr.

Pored značaja samih odluka, održavanje ovih sastanaka, posebno onih sa tri i više učesnika, zahtevalo je preciziranje niza pitanja iz domena diplomatskog prava, ceremonijala i protokola. Tako je npr. na konferenciji u Sremskim Karlovcima (1699) problem ranga delegacija rešen tako što su, da se niko ne bi osetio manje važnim, na kući u kojoj su vođeni pregovori probijena četiri ulaza – po jedan za svaku delegaciju. Poljaci su ulazili na vrata okrenuta istoku, Venecijanci kroz vrata sa severne strane, Austrijanci kroz zapadna vrata, a Turci kroz ona na jugu. Iz istih razloga pregovarači su sedeli za okruglim stolom – da niko ne bi bio na čelu stola.

2. Diplomacija i diplomatsko pravo

U ovom periodu nagla praksa otvaranja stalnih diplomatskih predstavništava postepeno se širi i izvan Starog kontinenta, dok sa druge strane, države iz drugih delova sveta počinju da otvaraju svoje diplomatske misije u Evropi. Tako je 1599–1602. u Evropi boravila delegacija Persije, koja se nadala da će uspeti da izdejstvuje pomoć evropskih zemalja u borbi protiv Turske.¹⁵ Premda ih ne istiskuju sasvim, stalna diplomatska predstavništva sve više preuzimaju poslove koje su ranije obavljali poslanici koji su dolazili samo radi obavljanja određenog zadatka.

Nagli razvoj diplomatskog opštenja doveo je do razvoja profesionalne diplomatske službe. Pojavljuju se lica koja su odabrala da posao diplomate rade kao životni poziv, školovala se za to i koja su, zahvaljujući posebnim znanjima i veštinama, posebno uspešna u toj delatnosti.

¹⁵ Petočlana delegacija posetila je nekoliko evropskih dvorova, s tim da jedan izaslanik trebalo da ostane kao ambasador na ruskom dvoru. Pošto je uspeh bio polovičan, poslanstvo je 1602. g. vraćeno u Persiju. Slično se dogodilo kada je 1609–1615. g. nekoliko evropskih prestonica posetila druga persijska misija.

U tom pogledu prednjačila je Francuska za koju se kaže da je imala diplomate pre ministra spoljnih poslova i da je imala tog ministra pre ministarstva spoljnih poslova. S tim u vezi, precizira se da su kraljevi Francuske u početku sami vodili spoljnu politiku, direktno sa drugim suverenima, s tim da su imali diplomatske savetnike („kraljevske notarske sekretare“ odn. kasnije „državne sekretare“) i slali privremene i stalne diplomatske misije.¹⁶ Tokom vremena, to se pokazalo nedovoljnim, tako da je osnovano prvo moderno ministarstvo inostranih poslova.¹⁷

Nagli razvoj međunarodnih odnosa zahtevao je da se preciznije uredi pravni položaj kako diplomatskih misija, tako i diplomatskih predstavnika. To je, prirodno, doprinelo razvoju međunarodnog prava u ovoj oblasti.

Za doba apsolutizma karakteristično je shvatanje da monarh ne samo oličava svoju državu već u svojim rukama koncentriše čitavu vlast. Stoga je za njega korišćena titula *suveren*, koja je došla iz starog franc. *souverain*, a osnovu imala u lat. *superanus* u značenju, „onaj koji je iznad“, „vrhovni“. Takav pristup odrazio se na položaj diplomatskih predstavnika. Oni su doživljavani kao personifikacija vladara koga su predstavljali, što je opisano maksimom *Legatus regis vice fungitur a quo destinatur et honorandus est sicut ille cujus vicem gerit* – lat. „Poslanik deluje u ime kralja koji ga je poslao i mora mu se ukazivati isto poštovanje kao da je u pitanju sam kralj čije mesto zauzima.“

To je dovelo do određenih novina u ophođenju prema stranim ambasadorima. Premda su oni u principu uvek uživali nepovredivost i imunitete, sada im se obraćaju sa posebnim uvažavanjem i kurtoazijom. Od tada pa do naših dana ambasadori se etiketiraju kao „Njegova (njena) ekscelencija“ odn. obraća im se sa „Vaša ekscelencija“, što je oslovljavanje koje se koristi za šefa države, a potiče od lat. *excellentia* (visost, preuzvišenost). Pošto se diplomat-

¹⁶ “Our History: From the Louvre to the Quai d’Orsay”, France Diplomacy, Ministère de l’Europe et des Affaires Étrangères, www.diplomatie.gouv.fr/en/the-ministry-and-its-network/the-work-of-the-ministry-for-europe-and-foreign-affairs/discover-the-ministry-history-virtual-tour-etc/our-history/.

¹⁷ Od 1547. g. pitanja koja su se odnosila na spoljne poslove (diplomatska prepiska sa stranim zemljama i pregovori za zaključenje mira) bila su podeljena između četiri državna sekretara, od kojih je svaki bio nadležan za određeni geografski region. Ta praksa je napuštena 1589. g. kada je izvršena centralizacija tih poslova, tako što je isključiva odgovornost za njih preneti na državnog sekretara, Luja de Revola (*Louis de Revol*) koji se stoga smatra prvim ministrom u svetu kome su povereni svi spoljni odnosi. Prvo ministarstvo spoljnih poslova u savremenom smislu reči, formirao je, takođe u Francuskoj, 1626. g. čuveni državnik toga vremena, prvi ministar Luja XIII, kardinal Rišelje. Od 1791. g. za funkciju rukovodioca pomenutog ministarstva uveden je naziv “ministar inostranih poslova”.

ski predstavnik tretira kao strani šef države, ne samo da se ne dovodi u pitanje njegova neprikosnovenost, već mu se, posebno kada je u pitanju predstavnik velike sile, odaju najviše ceremonijalne i druge počasti.

U vezi sa drastičnim promenama položaja stranih diplomata i odnosa prema njima, koji se beleže od XVII v., primećeno je da, za razliku od jednog Makijavelija (*Nicolo Machiavelli*, 1469–1527), koji je kao poslanik Firence sam putovao na konju u mesto svoje misije, odsedao o svom trošku u gostionici kao svaki običan putnik i od vlade koju je predstavljao tražio tek nešto malo novca da podmiri svoje najnužnije izdatke, samo vek kasnije grof D'Estrada, ambasador Luja XIV, ulazi u Hag uz počasne salve topova i svirku truba u znak dobrodošlice, zasenjuje sve svojom raskošnom odećom i pratnjom i stanuje u posebnom hotelu u kojem je „više bio nezavisan gospodar nego da je u samoj Francuskoj“.¹⁸

Za ovaj period karakteristično je veliko rivalstvo između diplomatskih predstavnika raznih država, u prvom redu velikih sila, oko reda prvenstva, što je naročito bilo vidljivo na raznim skupovima. To je dovodilo do ozbiljnih, pa i tragičnih ishoda, uključujući tuče, dvoboje, a ponekad i oružane okršaje pratnje ambasadora.

Jedna od novina je da diplomatski predstavnici sve češće dolaze u državu prijema sa svojim porodicama. S tim u vezi, premda nije bilo jedinstvenih rešenja, uglavnom se smatralo da pošto članovi porodice ne vrše diplomatske funkcije, ne pripadaju im nepovredivost i imuniteti.

Premda je pravilo o nepovredivosti i imunitetima stranih diplomatskih predstavnika bilo široko prihvaćeno, u praksi je ponekad kršeno, a neke zemlje su ga tumačile na specifičan način. Tako je Turska ponekad zlostavljala, prebijala, bacala u tamnicu itd. strane poslanike, bez obzira na to što je ugovorima koje zaključila u XVI i XVII v. prihvatila obavezu da se poslanici ne smeju zatvarati ni za slučaj objave rata. To se objašnjavalo turskim shvatanjem da poslanik nije samo predstavnik svog vladara, već je i talac koji jamči da će njegov vladar održati reč. Sa druge strane, Turci su prema stranim poslanicima pokazivali neobičnu darežljivost – počev od 1538. g. svi poslanici dobijali su dostojno izdržavanje od turske vlade za čitavo vreme boravka u Turskoj, što je uključivalo značajne sume novca i velika redovna davanja u naturi – u ovnovima, volovima, živini, slatkišima, brašnu, ječmu, slami, uglju, drvima itd.¹⁹

¹⁸ Geršić G., 1898, 181.

¹⁹ Vesnić M. R., 1895, 498–500.

U Evropi se postepeno gubi i krajem XVII v. sasvim nestaje institut koji je postojao u srednjem veku pod nazivom „privilegija gradske četvrti“ odn. „privilegija kvarta ambasada“ (fr. *franchise de quartier* odn. *jus quarteriorum*) shodno kojem je deo grada u kojem su se nalazile ambasade bio izuzet iz nadležnosti države prijema, tako da njeni organi nisu smeli ulaziti u tu gradsku četvrt niti u njoj vršiti akte vlasti. Odricanje od tih pravila u Evropi nije značilo njihovo napuštanje u drugim delovima sveta. Naprotiv. Evropske kolonijalne sile su putem režima kapitulacija nametnule zemljama Istoka takvu nepovredivost gradskih četvrti u kojima su imale svoja diplomatska i konzularna predstavništva.

3. Konzuli

U ovom periodu, naročito od XVII v., dolazi do daljeg razvoja ustavnove konzula. Jačanje centralne vlasti i razvoj državne uprave dovode do toga da ulogu konzula koje su članovi odnosne strane kolonije birali na licu mesta između sebe (izabrani konzuli, *consules electi*) postepeno preuzimaju državni službenici koje je imenovala i na rad u inostranstvo poslala država koju predstavljaju (poslani konzuli, *consules missi*). To znači da od izbornih tela neke vrste lokalne samouprave, konzuli postaju posebna vrsta državnih organa međunarodnog predstavljanja, službena lica koja država imenovanje šalje u misiju u drugu zemlju sa zadatkom da vrše nadzor nad onim što se događa u koloniji njenih državljanima, štite tu koloniju i njene članove od nezakonitih zahvata organa države prijema, rešavaju i obavljaju i druge poslove.

Sa druge strane, uporedo sa sve većim otvaranjem stalnih diplomatskih misija, konzuli prestaju da vrše diplomatske funkcije. Stoga u odnosima između evropskih država gube diplomatski status, a time i diplomatske privilegije i imunitete, premda im se priznaju određeni (konzularni) imuniteti i povlastice koji su znatno uži od diplomatskih. Istovremeno, pod uticajem shvatanja o državnom suverenitetu, postepeno se vršenje krivične i građanske jurisdikcije stranih konzula napušta kao nespojivo sa suverenom vlašću teritorijalne države. Naprotiv, u isto vreme u odnosima sa vanevropskim zemljama uloga i pozicija konzula evropskih država ostaje ista i podrazumeva privilegije i imunitete koji ponekad čak prevazilaze ono što je uobičajeno za diplomatske predstavnike. To je bio deo tzv. režima kapitulacija.

4. Režim kapitulacija

Posebnu vrstu ugovora toga vremena predstavljale su kapitulacije. To su bili dvostrani sporazumi između evropskih i tzv. nehrišćanskih država (Turska, neke zemlje Afrike i Dalekog istoka) kojima su ove druge bile su prinuđene da se odreknu niza ovlašćenja prema stancima na svojoj teritoriji.

Smatra se da su prvi ugovori o kapitulacijama bili oni koje su sa Turskom sklopile Đenova (1453), Venecija (1454), Francuska (1535), a zatim i Engleska (1583), Holandija (1612), Austrija (1615) i niz drugih zemalja, kojima su pomenute države obezbedile svojim konzulima građansku i krivičnu jurisdikciju nad sunarodnicima u Turskoj. Jednom nametnuti režim kasnije je obnavljan novim ugovorima, pri čemu su potvrđivana, pa čak i proširivana prava zapadnih država.

Režim kapitulacija podrazumevao je izuzeće podanika hrišćanskih država od vlasti i zakona teritorijalne države i umesto toga ustanovljenje jurisdikcije konzula hrišćanskih zemalja, oslobađanje hrišćanskih podanika od poreza, njihovo pravo da stanuju u posebnoj gradskoj četvrti (koja je uživala nepovredivost i u koju organi teritorijalne države nisu smeli da uđu niti da u njoj vrše akte vlasti), slobodu kretanja, trgovine, zanatstva i slično.²⁰

Konzuli hrišćanskih zemalja imali su čitav niz posebnih prava i privilegija. To je obuhvatalo ne samo njihovu ličnu nepovredivost, diplomatske imunitete i povlastice, već i pravo da im teritorijalna država besplatno obezbedi stalne naoružane čuvarе konzulata i oružanu pratnju za njih lično. Pored toga, oni su bili snabedeveni posebnim ovlašćenjima – vršili su tzv. konzularno sudstvo (presuđivali sporove između svojih državljana, između njih i drugih stranaca, ponegde čak i između njih i podanika države prijema, a u nekim slučajevima sudili su čak i krivične stvari); raspolagali i određenom upravnom i policijskom vlašću; imali su pravo da daju tzv. konzularni azil (utočište u prostorijama konzulata); i dr.²¹

5. Međunarodna arbitraža

Opšte uzev, počev od XVI v. dolazi do pada uloge arbitraže kao sredstva mirnog rešavanja međunarodnih sporova. Međutim, ona jača krajem XVIII v. i prisutna je sve do naših dana.

²⁰ Tako je Francuska 1535. za hrišćane koji nisu turski podanici izdejstvovala pravo da pohađaju sveta mesta i da slobodno trguju u carstvu. Više o tome: Moa M. 1925, 159.

²¹ Thayer L. E., 1923, 207–233.

Kada je reč o suštini, arbitraža je zadržala svoje karakteristike. I dalje je bila posebna vrsta izabranog suda kome države dobrovoljno poveravaju svoj spor, obavezujući se da presudu arbitraže prihvate kao pravnu obavezu i izvrše je u dobroj veri.

Kao i tokom čitave istorije, spor su mogli suditi arbitar pojedinac ili nekoliko arbitara koji odlučuju zajedno (arbitražno veće). Međutim, u ovom periodu, u skladu sa promenama koje su se dogodile u odnosnim društvima, javlja se jedna novina koja se ogleda u tome da su se u nekim slučajevima u ulozi arbitra pojavljivali parlamenti određenih država.

Konkretno, parlament u Parizu bio je na tako dobrom glasu da su tuđi vladari dolazili da od njega traže pravdu. Između ostalog, presudio je u sporovima grofa od Namira sa Karlom od Valoa, Filipa od Tranta sa vojvodom od Burgonje, lorenskog vojvode sa Gijom od Šatiljona, kastiljanskog kralja sa portugalskim, itd. Sličnu praksu imao je i parlament u Grenoblu, koji je u dva navrata (1613. i 1614) izdao dve presude u sporu austrijskih i virtemberških vojvoda.²²

6. Međunarodnopravni položaj mora

1. Status otvorenog mora. – Premda je takvih tendencija bilo i ranije, u doba velikih istraživanja i geografskih otkrića, pomorske sile su pokušale da između sebe podele okeane i mora, proglašavajući ih za prostore koji pripadaju samo njima. Španija je prisvajala Tihi okean i Meksički zaliv, Portugal – Indijski okean i Atlantski okean južno od Maroka, Velika Britanija – more oko Britanskih ostrva, Severno more i deo Atlantika od Severnog rta do rta Finistere, Venecija – Jadransko more, Švedska i Danska – Baltičko more, itd.

Prisvajanje odnosnih mora bilo je praćeno zahtevom da svi brodovi poštuju zastavu odnosne države kao simbol njenog suvereniteta, da strani brodovi plaćaju određene dažbine i da se prizna pravo odnosne države da kontroliše stranu plovidbu i ribarenje. Tako Venecija, koja je Jadran smatrala svojim zalivom nad kojim ima puni suverenitet, nije dopuštala drugim državama da u njemu drže svoje ratne brodove, dok je od stranih trgovačkih brodova naplaćivala dažbine. O tome se starao poseban flotni odred. Protesti Nemačke, Austrije i drugih država dugo su bili bezuspešni.²³

²² Nis E. 1895, 60-61.

²³ Bačić V. A. 1933, 27-28.

Ove tendencije su gušile međunarodno trgovinu, koja se naročito odvijala preko mora, tako da su izazvale razumljive reakcije drugih država. U pravnoj literaturi takav pristup prvi je odbacio čuveni holandski pravnik Hugo Grocijus, koji je u delu „Slobodno more“ (*Mare liberum*, 1609) istakao princip slobode mora, dokazujući da slobodna mora ne mogu pripadati pojedinim državama, jer su po svojoj prirodi namenjena zajedničkom korišćenju svih država i nemoguće ih je stvarno podvlastiti. Njegove ideje potvrdila je praksa.

Premda su velike pomorske sile još neko vreme insistirale na tome da imaju posebna prava na odnosnim delovima otvorenog mora, nemogućnost efikasnog kontrolisanja velikih vodenih površina, a naročito zahtevi razvoja međunarodne trgovine, doveli su do postepenog napuštanja takvog pristupa, tako da je od XVIII v. počela da se priznaje sloboda plovidbe na otvorenom moru.

2. Širina teritorijalnog mora. – Imajući u vidu da njegova spoljna ivica ujedno predstavlja državnu granicu obalne države, oduvek je bilo sporno kako se određuje i koja je širina teritorijalnog mora. U prošlosti je taj pojas jedno vreme određivan do udaljenosti do koje dopire ljudski pogled sa najviše tačke na obali, a kasnije do udaljenosti koju za dva dana plovidbe pređe trgovački brod.

Pošto su ovi kriterijumi bili nepouzdana, u XVIII v., prihvaćeno je pravilo da se teritorijalno more prostire najviše tri nautičke milje (5,6 km) a da iza toga leži otvoreno more. Ovo stoga što se širina teritorijalnog mora određivala prema dometu topova sa zidina na obali,²⁴ a u to vreme najjači topovi nisu prebacivali navedenu udaljenost. Takav pristup, poznat kao „limit od tri milje“, koji je u svom delu *De Dominio Maris Dissertatio* (1702) predložio Kornelijus van Binkershuk, usvojila je i jedno vreme primenjivala većina pomorskih država.

7. Istočnoindijske kompanije

To su bila udruženja koja su osnivana u XVI–XVII v. u Engleskoj, Holandiji, Francuskoj, Španiji, Austriji i Švedskoj radi ekonomskog iskorišćavanja odn. kolonijalnog osvajanja istočne i jugoistočne Azije.

Najveća i najvažnija među njima bila je engleska Istočnoindijska kompanija kojoj je 1600. g. britanska kraljica Elizabeta I (*Elizabeth I*) dala isključivo pravo trgovine u priobalnim azijskim državama. Kompanija se fokusirala na Indiju, u kojoj je osnivala utvrđene kolonije sa sopstvenim administrativnim organima i naoružanim jedinicama (kolonijalnim trupama) koje su bile neka vrsta

²⁴ Načelo *terrae dominium finitur ubi finitur armorum vis* – lat. vlast obalne države prestaje tamo gde prestaje sila oružja.

vojske kompanije i služile za gušenje ustanaka i odbranu od pirata i konkurentskih država. Moć kompanije još više je porasla kada joj je krajem XVII v. kralj Čarls II (*Charles II*) priznao neka prava, svojstvena suverenim državama – na osvajanje teritorija, na kovanje novca, na komandovanje oružanim snagama, na objavljivanje rata i zaključenje mira, što je kompaniju pretvorilo u skoro jedinu vlast u Indiji. Tek 1773. g. britanska vlada stavila ju je pod svoju kontrolu preko posebnog organa – generalnog guvernera Indije, što je trajalo do ukidanja kompanije 1858. g. i proglašenja Indije krunskom kolonijom Velike Britanije.

Prema tome, ovi subjekti su, s jedne strane, predstavljali neku vrstu specifičnih preteča savremenih transnacionalnih kompanija, a sa druge, imali su izvesne atribute svojstvene kvazidržavama.

8. Opcija i plebiscit

Jednu od značajnih tekovinu ovog perioda predstavlja prihvatanje ideje da je prilikom teritorijalnih promena poželjno voditi računa o osećanjima i željama stanovništva. Toga ranije nije bilo, u svakom slučaju ne kao posebnog pravnog instituta.

Pravo stanovnika da se, ukoliko žele da zadrže svoje dotadašnje državljanstvo, slobodno isele, prvi put je predviđeno ugovorom o kapitulaciji grada Arasa (1640). Zatim slične odredbe nalazimo u ugovorima o miru zaključenim u Bredi (1667), Rijsviku (1697), Utrehtu (1713), Ništatu (1721), Parizu (1763), Kučuk-Kajnardžiru (1774) i dr. Počev od mirovnog ugovora između Španije i Engleske, potpisanog u Elisonu (1785), za ovo pravo iseljavanja koristi se novi izraz *opcija*.

Javlja se i pravo plebiscita, pod kojim se ovde u prvom redu ima u vidu postupak kojim se stanovništvo određene teritorije neposredno (glasanjem) izjašnjava o tome pod suverenitetom koje države želi da živi.²⁵ Prvi plebisciti održani su krajem XVIII v., kada je tim putem odlučivano o pripajanju Francuskoj Avinjona (1791) i Savoje (1792).

9. Ratno pravo

U vremenu o kojem je reč primenjivana su razna pravila koja su nastala u ranijim periodima, kao što su npr. instituti nepovredivosti pregovarača, neutralnosti, neutralizacije i dr. U potvrdu tome dovoljno je primetiti da su u cilju

²⁵ To je plebiscit u užem smislu. U širem smislu, plebiscit se može odnositi i na druga pitanja.

nesmetanog rada Vestfalskog kongresa odn. slobode kretanja pregovarača, gradovi Minster i Osnabruk i put između njih, bili neutralizovani.

Znatne promene koje su XVI–XVIII v. doživele vojske i sredstva i načini ratovanja ostavile su trag i na pravila međunarodnog prava o oružanim sukobima. Naime, pojavila su se nova ili su unapređena već poznata oružja, kao što su: mortira (korišćena od XV v. ali od XVI v. usavršena) arkebuza (korišćena u XV–XVII v.) pištolj i musketa (od XVI v.), karteč (od XVII v.), linijski brodovi (od XVII v.) itd. Važni su bili i razni drugi pronalasci kao npr. pomorski hronometar (1730) koji je omogućio određivanje pozicije broda pomoću nebeske navigacije jer je predstavljao sat na čiji rad nisu uticali gravitacija ili kretanje broda.

Uparedo sa razvojem vatrenog oružja, oklopnici koji su do XVI v. činili udarnu snagu konjice u Zapadnoj Evropi, postaju prevaziđeni i ubrzo nestaju. Umesto vojske koju je po potrebi skupljao vladar, pojačane snagama njegovih vazala odn. kasnije najamničkih družina, u Zapadnoj Evropi se pojavljuju velike, dobro naoružane klasične stajaće vojske tj. državne vojske, sastavljene od domaćih državljana. Razlog tome leži u činjenici da su monarsi osetili potrebu za moćnom oružanom silom koju bi mogli upotrebiti protiv feudalnog plemstva i koja bi i inače bila oslonac njihove neograničene vlasti. Istovremeno, jačanje centralne vlasti, karakteristično za apsolutizam, omogućilo im je da mogu platiti regrutaciju, opremanje, obuku, održavanje i upotrebu takve vojske. Za razliku od najamničkih odreda koji su angažovani i plaćani samo za vreme rata, sami sebi birali starešine i nakon isteka ugovora bili slobodni da promene stranu, stajaća vojska bila je u stalnoj službi jedne države, primala platu i za vreme mira, a država je bila ta koja je postavlja oficire. Prve stajaće vojske pojavile su se za vreme Tridesetogodišnjeg rata, oko 1630. g. u Holandiji i Švedskoj, tako što su najamnici prihvatili stalnu službu u korist odnosne države. Već početkom XVIII v. stajaće vojske bile su praktično jedini oblik vojne organizacije u Evropi.

Ove novine uticale su na međunarodno ratno pravo na razne načine, od kojih će biti pomenuti samo neki.

Nestankom vitezova, postaje prevaziđen ritterski kodeks.²⁶ Borci više nisu bili plemići koji su odmalena učeni da se prema sebi ravnima ponašaju i sa njima ratuju na određeni način. Umesto toga, pojavljuju se pravila koja važe za sve.

²⁶ Viteški kodeks koji je važio u srednjovekovnoj Evropi. Sadržao je striktna pravila za borbu odn. za časno postupanje u ratu, s tim da su ona važila samo između vitezova, ali ne i u sukobima sa “nevernicima” ili kmetovima.

Usled pronalaska vatrenog oružja jedno vreme korišćene su otrovne kuglice – one koje su prethodno umakane u otrov, leševе ili septičke jame. To je pravdano time da su prve muskete bile vrlo neprecizne, tako da je nanošenjem otrova na kuršume povećavana mogućnost da se protivnik izbací iz stroja. Ubrzo je zaključeno da je takav vid ratovanja nehuman i nečasan zato što je smrt pogođenog bila praktično neizbežna, čak i ako je bio samo okrznut. Stoga je Sporazumom iz Strazbura (1675) između Francuske i Svetog rimskog carstva zabranjena upotreba otrovne municije.

Napredak je postignut i u vezi sa nekim drugim pitanjima ratnog prava, kao npr. proglašenjem principa neprikosnovenosti privatne svojine, što je npr. precizirano Pirinejskim ugovorom (1659) i Utrehtskim mirom (1713).

Precizirana su i mnoga pravila u domenu rata na moru. Kao posebna kategorija boraca izdvajaju se gusari, lica koja su se bavila gusarenjem, što znači nasilnim akcijama na moru koje je, pod određenim uslovima, mogao da izvodi privatni naoružani brod i u miru i u ratu. U doba mira to je bilo dozvoljeno kao jedan vid privatnih represalija.²⁷ Za vreme rata, radilo se o dozvoljenom načinu borbe protiv neprijatelja kojim su države stvarale jednu vrstu pomoćne ratne mornarice tako što su domaćim i stranim vlasnicima brodova (u to doba i trgovački brodovi su bili naoružani) davale posebna ovlašćenja da vrše akte neprijateljstva protiv neprijateljskih brodova i kolonija i neutralnih brodova koji se bave krijumčarenjem. To je podrazumevalo pravo da se strani brod zaustavi, pregleda, da se određena imovina oduzme ili uništi, a posebno da se, kada tome ima mesta, strani brod napadne ili uzapti.

Premda su bili poznati i ranije, već od XIII veka, zlatno doba gusara bilo je u XVI–XVIII v., kada su gusare imale sve ozbiljnije pomorske sile – Engleska, Francuska, Španija, Turska, Holandija, Danska itd.

Tada su razvijena i posebna pravila o gusarenju. Gusari su dejstvovali na osnovu posebnog ovlašćenja koje su im izdavali vladar ili vlada u obliku pisanog dokumenta zvanog gusarsko pismo odn. gusarski nalog. Njime je bilo precizirano protiv koga (čijih brodova) i gde (u kojim vodama) i do kada smeju da se vode gusarske operacije. Pošto su kao privatna lica gusari bili izvan vojne strukture, discipline i kontrole, da bi se moguće zloupotrebe svele na najmanju meru, utvrđena su određena pravila kojima su regulisani prava i obaveze

²⁷ Pod uslovom da dobiju takvu dozvolu od svog vladara, trgovci kojima su strani pirati oteli brodove ili tovar imali su pravo da radi obeštećenja preduzimaju nasilne akcije (pretres, zadržavanje, oduzimanje, uništavanje) protiv trgovačkih brodova i imovine države iz koje su bili razbojnici koji su ih opljačkali.

gusara. Njima je precizirano da gusari ne smeju napadati domaće državljane, saveznike i neutralne brodove; da ne smeju napadati ni neprijatelje za vreme primirja niti u neutralnim lukama; da smeju pleniti neutralne brodove samo ako prevoze neprijateljsku imovine ili probijaju blokadu; da su dužni da uzapćene lađe sprovedu u svoju matičnu luku gde će sud utvrditi da li je uzapćenje bilo zakonito; da za zakonitost svojih postupaka gusar odgovara čitavom svojom imovinom; da gusarske naloge može izdavati samo suveren ili neko koga je on ovlastio; da gusari ne smeju dejstvovati u neprijateljskim rekama; da su gusari dužni da poštuju zakone i običaje rata; itd. Ako su imali gusarsko pismo i dejstvovali u granicama datih im ovlašćenja i propisanih pravila, gusari su smatrani zakonitim borcima i u slučaju zarobljavanja imali su pravo na status ratnih zarobljenika. Naprotiv, gusar koji bi prekršio utvrđena pravila, bio bi smatran piratom. Takva sudbina čekala je i gusara koji je uzeo gusarski nalog od obe zaraćene strane (kako bi napadao brodove i jednih i drugih); ili ga je dobio od nekoliko savezničkih država (da bi mogao da bira sud za zaplenu); ili je napade vršio po isteku roka na koji mu je izdat gusarski nalog; itd.²⁸

U to doba nastala su i razna druga pravila. Neka od njih postala su deo običajnog međunarodnog prava i zatim potvrđena međunarodnim ugovorima, tako da važe i danas. Tako se npr. u XVI v. pojavljuje termin “lažna zastava” i pravilo o tome da je, suprotno pravilima koja važe u ratu na kopnu, u pomorskom ratu upotreba lažne zastave dopuštena pod uslovom da se pre početka napada istakne svoja zastava. Ovo rešenje deo je opšteg običajnog međunarodnog prava, a našlo je potvrdu i u univerzalnim sporazumima kojima je kodifikovana ova materija.

10. Pravna nauka

Radova koji su se bavili međunarodnim pravom ili makar određenim njegovim problemima bilo je praktično oduvek – i u antičko doba i, posebno, u srednjem veku. Međutim, tek od XVI v. dolazi do naglog razvoja nauke međunarodnog prava i to u raznim državama – Italiji, Španiji, Holandiji, Engleskoj, Francuskoj, Švajcarskoj i dr.

Neki od teoretičara toga doba čija se dela čitaju i citiraju i danas su: Vitorija (*Francisco de Vitoria*, 1486–1546), Soto (*Domingo de Soto*, 1494–1560), Beli (*Pierino Belli*, 1502–1575), Bodin (*Jean Bodin*, 1530–1596), Ajala (*Balthasar Ayala*, 1548–1584), Suarez (*Francisco Suarez*, 1548–1617), Đentili

²⁸ Više: Krivokapić B. 2017, 641–644.

(Alberico Gentili, 1552–1608), Grocijus (*Huigh de Groot*, 1583–1645), Selden (*John Selden*, 1584–1654), Zuč (*Richard Zouche*, 1590–1661), Pufendorf (*Samuel von Pufendorf*, 1632–1694), Sen-Pjer (*Charles-Irénée Castel de Saint-Pierre*, 1658–1743), Dimon (*Jean Dumont*, 1667–1727), Van Binkershuk (*Cornelius van Bynkershoek*, 1673–1743), Vitriarius (*Johann Jacob Vitriarius*, 1679–1745), Volf (*Christian von Wolff*, 1679–1754), Vatel (*Emerich de Vattel*, 1714–1767), Martens (*Georg Friedrich von Martens*, 1756–1821) i drugi.

Posmatrano na širem planu, tada nastaju dve velike teorije o međunarodnom pravu: tzv. moderna škola prirodnog prava i tzv. rani pozitivizam.

Predstavnici moderne škole prirodnog prava (Vitorija, Grocijus, Pufendorf, Volf, Vatel i dr.) polazili su od toga da kao što u prirodi postoje određeni zakoni koje čovek pokušava da sazna i sa njima uskladi svoje ponašanje i život, tako i u pogledu društvenih odnosa takođe postoje objektivni (prirodni, Božji) zakoni. Oni, po njima, ne zavise od ljudske volje, jer su zasnovani na moralu kao objektivnoj kategoriji i božanskoj pravdi, a na ljudima i državama je da ih saznaju i prema njima se upravljaju. Taj pravac uživao je veliku popularnost od XVI do XVIII v.

Nasuprot tome, pristalice tzv. ranog pozitivizma (Đentili, Zuč, Van Binkershuk, Martens i dr.) isticali su da je međunarodno pravo važeće, pozitivno pravo (*jus positivum*). Ono, po njima, nije nikakva božanska tvorevina, već je proizvod ljudske volje (*lex humana, jus voluntatum*) a čini ga samo ono što je predviđeno njegovim pravnim izvorima, u prvom redu međunarodnim ugovorima i međunarodnopravnim običajima. Pravni pozitivizam je u XVIII–XIX v. postao dominantna teorija u nauci međunarodnog prava.

Priznati stručnjaci za međunarodno pravo igrali su povremeno važnu ulogu i u praksi. Oni nisu mogli stvarati međunarodno pravo, jer doktrina tu moć jednostavno nema. Međutim, mogli su da na osnovu svog znanja i iskustva predlažu određena rešenja onda kada ona nisu bila definisana važećim pravom. To su i činili. Dovoljni primeri su Grocijusova teorija slobode otvorenog mora i Van Binkershukov doprinos formulisanju širine teritorijalnog mora od tri nautičke milje. Razume se, ova rešenja su postala pravo tek kada su prihvaćena od strane država.

Pored toga, u osetljivim spornim situacijama vlade država su se obraćale poznatim teoretičarima tražeći od njih informacije, tumačenje i pravni savet. Ne samo da su vlade obično postupale po tako dobijenim uputstvima, već su stavovi i argumenti o kojima je reč citirani i prenošeni i izvan okvira konkretnog slučaja, postajući jedna vrsta dokaza o tome da postoje određene (običajne) norme međunarodnog prava i o tome kakva je njihova sadržina.

Tako je npr. engleska vlada 1584. g. zatražila savet Alberika Đentilija, italijanskog protestanta koji je bio profesor prava u Oksfordu. Radilo se o slučaju španskog ambasadora, optuženog za vrlo težak zločin – učešće u zaveri protiv engleske kraljice Elizabete I. Suprotno jednom presedanu, Đentili je dao mišljenje da strani poslanik ne može biti osuđen od strane engleskog suda, već može biti samo proteran, s tim da mu u datom slučaju može suditi samo suveren Španije koji ga je i imenovao. To je engleska vlada uvažila i po tome je postupila, proteravši ambasadora. Na isti način engleska vlada je 1653. g. konsultovala poznatog teoretičara Ričarda Zuča u vezi sa pitanjem da li brat portugalskog ambasadora koji je bio uhapšen zbog ubistva koje je izvršio u kafanskoj tuči, može da se kazni. Na osnovu pozitivnog odgovora Zuča, koji je objasnio da brat nije diplomatski predstavnik, ne vrši diplomatske funkcije i stoga ne uživa diplomatske imunitete, okrivljeni je osuđen i pogubljen.²⁹ Istini za volju, prema drugim izvorima Zuč je zapravo bio član specijalno imenovane devetočlane komisije koja je razmotrila slučaj i donela presudu.³⁰

3. Zaključak

U nauci postoji mnoštvo periodizacija razvoja međunarodnog prava, ali retko koja izdvaja period XVI–XVIII v. kao posebno razdoblje. Ovo i pored činjenice da mnogi teoretičari smatraju da je u tim okvirima, a tačnije na Vestfalskom kongresu 1648, rođeno međunarodno pravo ili da je makar tada nastalo moderno međunarodno pravo, a ima i onih koji smatraju da je otac međunarodnog prava Hugo Grocijus, koji je takođe živeo u to vreme. Ovi stavovi se, razume se, ne mogu prihvatiti, ali je period XVI–XVIII v. zaista po mnogo čemu specifičan i vrlo važan za razvoj međunarodnog prava.

Tada je došlo do zbilja velikih promena na svim nivoima i u raznim oblastima života, pa tako i u međunarodnoj zajednici. Jednostavno, od 1492, kada je Kolumbo stigao do bahamskog ostrva San Salvador, i 1776, kada su SAD proglasile nezavisnost odn. 1789. g., kada se dogodila Francuska buržoaska revolucija, nije bio isti. To je, prirodno, uticalo i na međunarodno pravo. Ne možemo se složiti da je ono nastalo u ovom periodu, kako tvrde neki, ali je doživelo zaista krupne promene.

Sa druge strane, u periodu o kojem je reč, a posebno pri njegovom kraju, stvorena je vrlo solidna osnova za nagli razvoj koji će, paralelno sa svojevrsnom revolucijom u drugim sferama života, uslediti već u XIX veku.

²⁹ Popović Đ. 1933, 56-57, 82.

³⁰ Holland T. E. 1990, 448.

Literatura

- Vačić V. A. (1933) *Uvod u međunarodno pomorsko javno i ratno pravo*, Beograd
- Баскин Ю. Я., Фельдман Д. И. (1990) *История международного права*, Москва
- Bring Ove (2000) The Westphalian Peace Tradition in International Law: From *Jus ad Bellum* to *Jus Contra Bellum*; *International Law Studies*, Vol. 75, 58-62
- Cassese Antonio (2001) *International Law*, Oxford University Press
- Фердросс А. (1959) *Международное право*, Москва
- Holland Thomas Erskine (1900) „Zouche, Richard“, in: *Dictionary of National Bibliography 1885-1900* Vol. 63, Smith, Elder & Co., London
- Korowicz Marek S. (1959) *Introduction to International Law*, The Hague
- Krivokapić Boris (2017) *Mir i rat u međunarodnim odnosima i pravu*, Beograd
- Krivokapić Boris (2023) „Značaj Vestfalskog kongresa (1648) za međunarodno pravo“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, 2023, No. 1, str. 47–70
- Le Fir Luj (1934) *Međunarodno javno pravo*, Beograd
- Malanczuk Peter (1997) *Akehurts's Modern Introduction to International Law*, Routledge
- Мартенс Ф. Ф. (1996) *Современное международное право цивилизованных народов*, (по изданию 1904-1905), том 1, Москва
- Nis Ernest (1895) *Poreklo međunarodnog prava*, Beograd
- Oppenheim L. (1905) *International Law, A Treatise*, vol. I, „Peace“, Longmans, Green and co., London
- Patton Steven (2019) „The Peace of Westphalia and its Affects on International Relations, Diplomacy and Foreign Policy“, *The Histories*, No. 1, 91-99
- Popović Đura (1933) *Klasici međunarodno-pravne doktrine*, Beograd
- Rhynе C. S. (1971) *International Law*, Washington
- Shaw Malcolm N. (2017) *International Law*, Cambridge University Press
- Thayer Lucius Ellsworth (1923) “The Capitulations of the Ottoman Empire and the Question of their Abrogation as it Affects the United States”, *American Journal of International Law*, No. 2, 207-233
- Vesnić M. R. (1895) “Međunarodno pravo u odnosima Južnih Slovena srednjeg veka”, u Nis Ernest: *Poreklo međunarodnog prava*, Beograd, 479-538

Academician prof. Dr. Boris Krivokapić**

**INTERNATIONAL LAW IN THE AGE OF ABSOLUTISM
AND GREAT COLONIAL CONQUESTS (XVI – XVIII c.)**

***Abstract:** Many are the periodizations of the development of International Law, but hardly any distinguish the XVI-XVIII c. as a special period. This despite the fact that many theorists believe that International Law was founded at the Congress of Westphalia in 1648 or that modern International Law was born then, and there are even those who think that his father was H. Grotius, who also lived at that time. Although all mentioned cannot be accepted, the period XVI-XVIII c. is really very important for the development of International Law. In the introductory part, the author points out the most important characteristics of that era, with a special emphasis on the emergence of the influence of absolutism and colonialism, gives a general assessment of that period and critically reviews the excessive glorification of the role of the Peace of Westphalia. Then the work deals with concrete changes in International Law in connection with international congresses and conferences, diplomatic law, consuls, the capitulation regime, the international legal status of the sea, the law of war, etc. In conclusion, the author states that in the period in question, a very solid foundation was created for the sudden development that, in parallel with a kind of revolution in other spheres of life, will follow in the 19th century.*

***Key words:** International Law, legal history, absolutism, colonialism, Peace of Westphalia*

** Foreign member of the Russian Academy of Natural Sciences (RAEN, Department of Socio-Economic and Legal Affairs), Moscow; Full professor at the Law and Business Faculty at the “MB” University, Belgrade; Professor of the Faculty of Law of the Samara National University “Akademician S. P. Korolyov”, Samara, krivokapicboris@yahoo.com.

НЕКА ПИТАЊА ПРАВНЕ РЕГУЛАЦИЈЕ ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ ЗЕМАЉА НАСТАЛИХ НА ТЛУ БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Проф. др Драго Љ. Дивљак*

Апстракт: У раду је извршена правна анализа законских правила која регулишу електронску трговину у земаљама насталих на тлу бивше Југославије. Ради се о правима Србије, Црне Горе, Хрватске, Северне Македоније и Босне и Херцеговине. Пажња је била на концептуалном приступу и битним одредницама датог законског регулисања, из одговарајућу компарацију са правом Европске уније. Битан сегмент анализе односи се на електронске уговоре. Исто тако, предмет анализе у раду је и проблем оптимизације наведених правних система, а посебно идентификовање способности законодавства ових земаља да прате стални технолошки развој у овој области.

Кључне речи: правна регулација, електронска трговина, право Европске уније, земље настале на тлу бивше Југославије, надоградња, технолошки развој, аутономни извори.

* Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Трг Доситеја Обрадовића бр. 1, 21000 Нови Сад; e-mail: D.Divljak@pf.uns.ac.rs

1. Увод

Електронске комуникације, посебно интернет технологије, отвориле су неслућене могућности за привредно пословање. Електронска трговина (electronic Commerce – e-commerce)¹ заснована на овим комуникационим технологијама пружа могућност новог начина пословања и приступ ширем спектру пословних могућности али и нових метода приступа тржишту, са далекосежним економским импликацијама.² Истовремено, она нуди значајне предности учесницима у односу на традиционалне пословне праксе. Ту се посебно истичу: повећана брзина, тачност, виши ниво стандардизације, смањени трошкови комуникације и олакшано трговање.³ Све је то омогућило њен експанзивни развој.⁴

Појава и брзи развој електронске трговине истовремено представљају значајне регулаторне изазове за постојеће структуре националног и међународног права.⁵ Њено регулисање постаје један од кључних приоритета на националном нивоу.⁶

У раду који следи извршиће се правна анализа законодавства које регулише електронску трговину у одабраним државама датог региона. Ради се о правима Србије, Црне Горе, Хрватске, Северне Македоније и Босне и Херцеговине. Овакав приступ добија на значају јер се ради о државама са различитом економском развијеношћу и позицијом у регионалним и континенталним економским интеграцијама, али са идентичном правном традицијом. Пажња ће бити на концептуалном приступу и битним одредницама датог законског регулисања, уз одговарајућу ком-

¹ Постоје многобројне дефиниције електронске трговине. Упор: Shahriari, S., Shahriari, M., & Ggheiji, S. (2015). E-commerce and it impacts on global trend and market. *International Journal of Research-Granthaalayah*, 3(4), 49-55.

² Шире: “The White Paper on Growth, Competitiveness and Employment. The Challenges and Ways Forward Into the 21st Century” in 111.

³ Ivascanu, Daniela. “Legal issues in electronic commerce in the western hemisphere.” *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 17 (2000): 226; Kwilinski, Aleksy, et al. “E-Commerce: Concept and legal regulation in modern economic conditions.” *J. Legal Ethical & Regul. Issues* 22 (2019); Ritter, Jeffrey B., and Judith Y. Gliniecki. “International Electronic Commerce and Administrative Law: The need for harmonized national reforms.” *Harv. JL & Tech.* 6 (1992): 263.

⁴ Подаци који то илуструју: Charts: Ecommerce Share of Global Retail Sales. Practical Ecommerce. URL: <http://bit.ly/42h6u1J>, преузето авбуста 2023.

⁵ Ritter, Jeffrey B., and Judith Y. Gliniecki, 263

⁶ Kwilinski, Aleksy, et al., 23.

парацију са правом Европске уније. Централни део разматрања односи се на електронске уговоре. Исто тако, предмет анализе у раду је и проблем оптимизације наведених правних система, а посебно идентификовање способности законодавства ових земаља да прате стални технолошки развој у овој области.

2. Регулаторна основа и приступ

2.1. Актуелна регулаторна основа

Закони земаља насталих на тлу бивше Југославије који постављају темеље за здраво регулаторно окружење за електронску трговину настају у околностима све интензивније примене електронске трговине. Тако је Србија свој Закон о електронској трговини донела 2009. године,⁷ а закон истог имена у Црној Гори је донет 2004. године.⁸ Истовремено, Закон о електронској трговини у Северној Македонији ступио је на снагу 2007. године. У Хрватској се одвија жива законодавна активност у овој области, јер је Закон о електроничкој трговини донет 2011. године, али касније је више пута мењан.⁹

У БиХ је ситуација специфична. Она је једина земља у региону која још нема посебан закон о електронској трговини. Стога је она само делом предмет регулације закона који се односе на трговину. Тако је у Републици Српској ова материја рудиментарно покривена са неколико чланова Закона о трговини из 2019. године.¹⁰ Она се дефинише као вид даљинске трговине која се остварује на начин да се роба, односно услуга, нуди, наручује и продаје путем интернета. Истовремено се и утврђују и облици те електронске трговине.¹¹

У свим другим наведеним правима, закони који се односе на трговину такође се јављају као општа регулаторна основа. Притом, важно је истаћи да се електронска трговина системски и кохерентно инкорпорира и у такве законе. Наравно, то није учињено свуда на исти начин.

⁷ Закон о електронској трговини, „Службени гласник РС”, бр. 41/2009, 95/2013 и 52/2019.

⁸ Zakon o elektronskoj trgovini, “Sl. list RCG”, br. 80, “Sl. list Crne Gore”, br. 41 od 23. из 2010. године.

⁹ Narodne novine, 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14 и 32/19.

¹⁰ „Сл. гласник Републике Српске“, број 105/2019.

¹¹ Чл. 61 Закона о трговини Републике Српске из 2019. године.

Закон Северне Македоније о трговини у својим одредбама је недовољно прецизан. Односно, он само „помиње” електронску трговину и интернет трговину као посебне начине обављања трговине.¹² У Србији је међусобни однос Закона о трговини и Закона о електронској трговини постављен на нешто сложенијој основи. Свакако је Закон о трговини општи закон из ове области, док је Закон о електронској трговини *lex specialis*. То би значило да је Законом о трговини дефинисано њено место у систему трговине и утврђени су облици у којима се одвија. Истовремено, Закон о трговини подробније одређује неке специфичне сегменте електронске трговине који нису предмет регулација у Закону о електронској трговини.¹³ У том се и огледа сложеност приступа који је примењен у праву Србије.

2.2. Чиниоци правне регулације

И код земаља насталих на тлу бише Југославије, регулација електронске трговине се појављује као прворазредан захтев модернизације привредног и правног система. Суочавајући се са овим императивом, законодавци из ових земаља пред собом имају општеприхваћене циљеве. Они превасходно укључују олакшано одвијање домаће и међународне електронске трговине путем елиминисања правних баријера и успостављања правне сигурности, промовисање поверења јавности у аутентичност, интегритет и поузданост електронских порука и електронских комуникација, као и валидност и спроводљивост електронских порука.¹⁴ Исто тако, регулација би требало да буде минимална, јасна и једноставна, али исто тако и предвидљива и доследна.¹⁵

¹² Камбовски, Игор, “Закон о електронској трговини – десет година касније”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 81 (2018), 260.

¹³ Чл. 17 Закона о трговини Србије („Сл. гласник РС”, бр. 52/2019).

¹⁴ United Nations (2006); ‘United Nations Conference on Trade and Development’; Information Economy Report 2006; The Development Perspective; Pp.2-3; [online] Available at: https://unctad.org/system/files/officialdocument/sdteecb20061ch8_en.pdf [Accessed 03 July. 2021].

¹⁵ Christopher William Pappas. Comparative U.S. & (and) EU Appr e U.S. & (and) EU Approaches to E-Commerce Regulation: Jurisdiction, Electronic Contracts, Electronic Signatures and Taxation, *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 31, 2002. 331

Међутим, остварење датих циљева условљено је и специфичним чиниоцима и околностима¹⁶ који се не могу свести на оне уобичајене проблеме изградње институција и недостатак обученог особља за регулаторне функције. Оне се везују за специфичности предмета регулације, али и географске и календарске чиниоце.

Прво, законодавци из ових земаља изнова се суочавају са специфичним предметом регулисања који произлази из чињенице да је реч о потпуно новом облику пословања који занемарује физичке баријере и традиционалне начине закључења уговора.¹⁷ Исто тако, електронске трансакције су „глобалне, без националних граница, виртуелне и анонимне, што има значајне правне импликације.”¹⁸ Све то захтева софистицирани и прилагођени регулаторни приступ који није неоправдано оптерећујући.¹⁹ Истовремено, треба узети у обзир и утицај дате материје на пореско, уговорно и право интелектуалне својине.

Друго, проблем регулације у тој области у наведеним земљама посебно се актуелизује у првој деценији двадесет првог века. Таква временска координата имала је значајан утицај и предодредила у бити читав ток законског регулисања. Наиме, до тада је новоустановљена међународна регулатива и већим делом уходана национална пракса регулисања дала одговоре на почетна концептуална питања и дилеме из периода настанка електронске трговине. Тако су, супротно почетним предвиђањима, интернет и електронска трговина постали уобичајени предмет ефективне државне регулативе са циљем да се побољша њихов учинак.²⁰ Посебно значајно је да су се искристалисали и начелни приступи електронским уговорима и њиховој природи.

Треће, битан чинилац правне регулације о електронској трговини ове групе земаља везује се и за њихову географску лоцираност. Она битно предодређује правац економског и политичког повезивања, а самим тим и хармонизовања односних правила из ове области.

¹⁶ Braga, Carlos A. Primo. “E-commerce regulation: New game, new rules?.” *The Quarterly Review of Economics and Finance* 45.2-3 (2005), 556.

¹⁷ Swindells, Chris, and Kay Henderson. “Legal regulation of electronic commerce.” *Journal of Information, Law and Technology* 1998.3 (1998), 16.

¹⁸ Soorya, Balendra. “Emerging Challenges in Regulating E-Commerce: The Sri Lankan Context.” *KDU LJ* 2 (2022):2.

¹⁹ Упор: Swindells, Chris, and Kay Henderson, 17

²⁰ Farrell, Henry. “Regulating information flows: States, private actors, and E-commerce.” *Annu. Rev. Polit. Sci.* 9 (2006), 11; Kesan, Jay P., and Andres A. Gallo. “Optimizing regulation of electronic commerce.” *U. Cin. L. Rev.* 72 (2003), 4.

2.3. Усклађивање са међународним стандардима

Већ смо рекли да електронска трговина не познаје физичке, нити националне баријере. Исто тако, природа коришћења технологије указује на њену транснационалност,²¹ где у многим случајевима остаје нејасно чији се закони примењују.²² Стога се електронска трговина може квалификовати као изразито међународни феномен који захтева специфичан национални регулаторни приступ, где је, не само пожељно, већ и нужно усклађивање сопственог законодавства са међународним стандардима.²³ У супротном би потпуно дезинтегрисани национални захтеви оптеретили и отежали одвијање електронске трговине. У таквом контексту се и за земље настале на тлу бивше Југославије као важан захтев поставља и усклађеност са међународним правилима и стандардима.

У моменту када ти закони настају већ постоје одговарајућа међународна правна правила која и данас служе као потенцијална основа за хармонизацију и која као таква чине међународне стандарде у датој области.²⁴ На универзалном плану ради се о UNCITRAL-овом Модел закону о електронској трговини из 1996. године,²⁵ чије коришћење су препоручене у УН,²⁶ а делом²⁷ и у Конвенцији УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима (CUECIC)²⁸ донетој 2005. године.²⁹ На регионалном плану то су свакако релевантна правила Европске уније, тј. Директива о неким правним аспектима услуга информационог

²¹ Swindells, Chris, and Kay Henderson, 3.

²² Ivascanu, Daniela. 219

²³ Шире: Ribstein, Larry E., and Bruce H. Kobayashi. "State regulation of electronic commerce." *Emory LJ* 51 (2002): 1.

²⁴ Такав календарски след је отежао процес хармонизације: Swindells, Chris, and Kay Henderson, 6.

²⁵ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce; https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-04970_ebook.pdf; преузето августа 2023. године.

²⁶ Резолуција Генералне скупштине УН А/51/628 из 1997. године.

²⁷ Ова конвенција се овде спомиње као основа за хармонизацију, иако она примарно нема тај задатак. Међутим, у пракси она је послужила неким националним системима као модел за регулисање, што показује пример Сингапура.

²⁸ О примени ове конвенције: Ishchuk, Anatolii. "Electronic International Contracts in the Law of Foreign Countries." *University Scientific Notes* 5-6 (89-90) (2022), 61.

²⁹ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005) https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications, преузето августа 2023.године.

друштва, а нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту (“Директива о електронској трговини”) из 2000. године.³⁰ Они углавном успостављају опште принципе по којима функционише и развија се електронска трговина,³¹ али са различитом усмереношћу и садржином.

Постојање више релевантних извора који могу бити основа за развој националног законодавства довело је до полицентричног развоја националних регулаторних правила, али ипак са изненађујућим сличностима у неким областима.³² Модел закон³³ који би могао бити описан као инструмент превентивног усклађивања,³⁴ као основу за регулацију прихвата велики број земаља изван европског континента.³⁵ Директива о електронској трговини више је фокусирана на развој унутрашњег тржишта, истовремено штитећи јавне интересе, али и права потрошача,³⁶ и као модел правне регулације се скоро искључиво користи у Европи.

Земље бивше Југославије, сагласно својим географским положајима и стратешком опредељењу, нису имале дилему око међународних правила која треба да им послуже као модел за сопствено регулисање. Наиме, све ове земље или су већ чланице Европске уније или су у процесу приступања, мада не и у истој фази. Стога је логичан избор био да њена правила буду основ за хармонизацију сопствених законских правила. Међутим, то не само да је био њихов избор већ је то фактички била и њихова обавеза због већ представљене позиције ових земаља. Односни закони се већином и сами позивају на правила ЕУ. У првом реду се ради о праву Хрватске, што је разумљиво, с обзиром на њено чланство у ЕУ, али и праву Северне Македоније. У српском актуелном законодавству такве директне одредбе нема, али су неке одредбе структуриране тако да на посредан начин искажу институционалну повезаност Србије са ЕУ. У том контексту, посебно треба поменути правила о прекограничном

³⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), Official Journal of the European Communities (OJ) L 178, 17. 07. 2000.

³¹ Ishchuk, Anatolii, 59; Ritter, Jeffrey B., and Judith Y. Gliniecki, 108.

³² Упор: Christopher William Pappas, 347, Swindells, Chris, and Kay Henderson, 4.

³³ Шире: Ishchuk, Anatolii, 60.

³⁴ Упор: Ritter, Jeffrey B., and Judith Y. Gliniecki, 109.

³⁵ Шире: Ishchuk, Anatolii, 50.

³⁶ Упор: Christopher William Pappas, 331.

пружању услуга.³⁷ Идентичан приступ је усвојен и у актуелном законодавству Црне Горе.³⁸

3. Електронски уговор

3.1. Битне одреднице

Од изузетне важности за функционисање електронске трговине је регулисање електронског уговора. То је можда најважнији сегмент односне регулативе.³⁹ Електронски уговори се генерално одређују по три основа: предметом, учесницима и облику у којем се јављају и то су сегменти правне регулације наведене групе земаља који ће бити предмет анализе која следи.

Што се тиче предмета, јасно је одређено да је то услуга информационог друштва чија је садржина на истоветан начин утврђена. Под њом се уобичајено подразумева услуга која се пружа на даљину, по правилу уз накнаду путем електронске опреме за обраду и складиштење података, а на лични захтев корисника услуга. Нагласак је на трговини путем интернета, нуђењу података и оглашавању путем интернета, електронским претраживачима, као и омогућавању тражења података и услуга које се преносе електронском мрежом, обезбеђивање приступа мрежи или складиштење података корисника услуга.⁴⁰

Суштинска сличност у приступу односних права постоји и у погледу структурирања учесника, односно уговорних страна код уговора у електронској форми. Тако, постоје две стране које за предмет односа имају услуге информационог друштва: пружалац услуге информационог друштва и корисник услуга. Пружалац услуга информационог друштва је правно или физичко лице које је регистровано за обављање одређене делатности у складу са законом. С друге стране, корисник услуга је свако физичко лице које је регистровано за обављање одређене делатности у складу са законом или правно лице које због професионалних или других циљева користи услуге информационог друштва.⁴¹ Ова широка фор-

³⁷ Чл. 5а Закона о електронској трговини Србије.

³⁸ Чл. 25 ст. 1 Закона о електронској трговини Црне Горе.

³⁹ Maggs, Gregory E. "Regulating electronic commerce." *Am. J. Comp. L. Supp.* 50 (2002): 672.

⁴⁰ Упор: Чл. 3 Закона о електронској трговини Србије; чл. 3 Закона о електронској трговини Црне Горе и чл. 2 Закона о електроничкој трговини Хрватске.

⁴¹ Чл. 3 ст. 2 и 3 Закона о електронској трговини Србије.

мулација из права Србије је стандард који је мање или више прихваћен и у другим релевантним правним системима, са одређеним варијацијама. Тако се нпр. у праву Северне Македоније, корисник услуга одређује као физичко или правно лице које из професионалних или неких других разлога користи услуге информационог друштва са намером да потражи информацију или је направи доступном.⁴²

Суштински идентичан приступ код наведених правних система у погледу учесника се диференцира у погледу дефинисања облика у којим се утврђује форма уговора. У датом погледу, најопштији приступ је исказан у праву Србије. У њему се уговор у електронској форми дефинише као уговор закључен електронским путем употребом електронских средстава. Овај приступ је врло неодређен и без икаквог прецизирања и као такав је далеко од одговарајућег.⁴³ У праву Црне Горе, међутим, коришћен је другачији приступ. У овом праву се уговором у електронској форми сматра онај уговор који правна и физичка лица закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују, приступају и приказују електронским путем уз коришћење електронских, оптичких или сличних средстава, укључујући пренос интернетом.⁴⁴ Овакав приступ је свакако комплекснији, па сам тим и комплетнији. То се огледа у два правца. Први правац се односи на начин дефинисања садржине појма „електронски” код ових уговора. Наиме, у овом праву, како се може видети, он обухвата и коришћење оптичких или сличних средстава, укључујући и пренос интернетом. Други правац се односи на то да електронски карактер овог уговора одређује не само начин његовог закључења, већ и одвијање свих других могућих радњи у вези са уговорима код којих се користи електронска комуникација.

Међутим, чини се да се у овом погледу наоптималнији приступ демонстрира у хрватском праву. То се види не само у погледу прецизирања, већ и у погледу ширине обухвата. Наиме, у овом праву уговори у електронском облику дефинисани су као уговори који се у целости или делимично склапају, шаљу, примају, раскидају, отказују, приступају и приказују електронским путем користећи електронска, оптичка или слична средства, укључујући, али не ограничавајући се на пренос интернетом. На први поглед, овај приступ је сличан приступу у праву Црне Горе. Но,

⁴² Камбовски, Игор, 264.

⁴³ Чл. 3 ст. 1 т. 1 Закона о електронској трговини Србије.

⁴⁴ Чл. 3 Закона о електронској трговини Црне Горе.

они се ипак разликују јер у овом случају постоји и додатна конструкција која гласи „али не ограничавајући се на пренос интернетом.” Ова правна конструкција има важне реперкусије. Прва је што се по основу ње не ограничава електронска комуникација на већ познате технологије, већ обухвата и оне технолошке методе које би се могле у будућности користити у вези са електронским уговорима. Исто тако, ова конструкција указује на функционалну блискост са Модел законом о електронској трговини, у делу који се односи на дефинисање порука са подацима,⁴⁵ што је посебна специфичност и новум за ову групу посматраних правних система.

Осим овог питања, сличне импликације има и питање на који начин третирати уговор који има комбиновану или мешовиту природу. Дилема је, наиме, како третирати уговоре код којих се истовремено користе традиционалне и електронске форме и средства комуникације. Разрешење ове дилеме може се сматрати пожељним и корисним, с обзиром на изражене правне реперкусије ове класификације. На први поглед, чини се корисним да се користи аналогно правило о одређивању карактера уговора који у себи за предмет има истовремено и робу и услуге. Међутим, у тим уговорима је олакшана могућност квантификовања вредности робе и услуга, док је то јако тешко постићи у ситуацијама када се користе традиционална и електронска средства комуникације У том контексту, наведени приступ хрватског права да се и уговор код којег се само делом користи електронска комуникација сматра електронским, може оценити позитивним. Међутим, иако се то може оценити важним искорак, он није донео дефинитивно разјашњење дате дилеме. Наиме, дати приступ је и даље релативно неодређен у погледу постојања прага који би требало да се испуни да би се један уговор сматрао електронским.

3.2. Правна природа уговора

Електронска трговина је донела нову перспективу уговорима у електронском облику, али је тиме отворила и нова питања и тешкоће у вези са њима.⁴⁶ Наиме, правни концепти засновани на постојању опипљивог медија и појмова на основу географске локације на овај начин су превазиђени.⁴⁷ Посебно је отворено питање природе ових уговора.

⁴⁵ Упор: чл. 2а Модела закона о електронској трговини.

⁴⁶ Christopher William Pappas, 337.

⁴⁷ Wijesinghe Arachchilage, Sanath Sameera Wijesinghe. “The applicability of the principles

Однос према природи ових уговора у правима земаља насталих на тлу бивше Југославије може се наслутити и по коришћеној терминологији. Наиме, можемо приметити да се у свим овим правима именовање ове врсте уговора врши на исти начин. Наиме, они се називају уговори у електронској форми или облику. Овакав приступ рационално указује на то да се на овај начин посредним путем указује на саму природу ових уговора. Ако се код једног уговора апострофира његова форма или облик, то јасно указује да се не ради о посебној врсти уговора, већ о уговору који има само другачију форму, али се по својој структури, саставу, врсти и садржају не разликује од традиционалних уговора.

Овај посредни наговештај о природи ове врсте уговора потврђен је и другим законским правилима којима се указује на примењивост класичних правила уговорног права у области електронских уговора. Наиме, сви релевантни закони у региону садрже и правила о супсидијарној примени прописа који уређују уговорне односе, па су они тако постављени као *lex generalis* и за уговоре у електронској форми. Тако је у праву Србије јасно одређено да се, ако Законом о електронској трговини није друкчије одређено, на правне односе настале из или у вези са уговорима закљученим електронским путем односно у електронском облику, примењују прописи којима се уређују облигациони односи.⁴⁸ Суштински скоро идентична формулација о супсидијарној примени прописа се користи у праву Црне Горе,⁴⁹ али и праву Хрватске.⁵⁰

Међутим, чини се да је у праву Северне Македоније та испреплетеност правила уговорног права и електронских уговора нешто комплексније постављена. Наиме, у овом праву се такође упућује и на супсидијарну примену одредаба Закона о облигационим односима из 2001. године као *lex generalis* у овој материји. Међутим, овде је специфично то што се Закон о облигационим односима у неколико својих одредана реферише и на уговоре у електронском облику, што није случај у другим правима.⁵¹

of traditional contract law in the sphere of online contracts: A Sri Lankan perspective.” *Junior Bar Law Journal* 7 (2016), 239.

⁴⁸ Чл. 4 ст. 5 Закона о електронској трговини Србије.

⁴⁹ Чл. 12 Закона о електронској трговини Црне Горе.

⁵⁰ Чл. 10 Закона о електроничкој трговини Хрватске.

⁵¹ Коевски Г., Електронското склучување на договорите и одговорност за наивно исполнување, Деловно право бр. 20, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2009, 262–263.

Генерична припадност уговора о електронској форми потврђена је и директним законским правилима којима се уређује моменат закључења таквих уговора. Наиме, у предметним земљама релевантна правна регулатива у погледу утврђивања момента закључења ових уговора прати општи приступ који је утврђен уговорним правом.⁵² Тако се сматра да се електронски уговор сматра закљученим у оном тренутку када лице које шаље понуду прими електронску поруку која садржи изјаву примаоца да прихвата понуду.⁵³ Ипак је било потребно посебно специфицирати опште одредбе уговорног права које се односе на понуду и прихват понуде. Тако се понуда и прихват понуде, као и друге изјаве воље учињене електронским путем, сматрају примљеним када им лице коме су упућене може приступити.⁵⁴

4. Прилагођеност технолошком развоју националних регулација

Важан задатак у сваком правном систему свих земаља, па и код земаља насталих на тлу Југославије, везан је за оптимизацију законодавног и регулаторног оквира да може одговорити важним изазовима сада, али и у будућности. То свакако подразумева усклађивање са прогресивним и динамичним развојем електронске трговине.

У двадесет првом веку све земље, па и земље чије право је предмет разматрања, суочене су са епохалним променама које су трансформисале друштво и тржиште. Ради се о тзв. „дигиталној револуцији”, која се оцењује као фундаментална и њени ефекти се упоређују са оном коју је изазвала индустријска револуција.⁵⁵ Истовремено, јављају се нови алати и механизми као што су блокчејн технологија и паметни уговори.⁵⁶

⁵² Упор: чл. 18 и чл. 23 ст. 1 Закона о облигационим односима Северне Македоније; Камбовски, Игор, 266.

⁵³ Чл. 15 ст. 1 Закона о електронској трговини Србије.

⁵⁴ Чл. 15 ст. 2 Закона о електронској трговини Србије.

⁵⁵ Chiarella, Maria Luisa. “Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment.” *Athens JL* 9 (2023), 1.

⁵⁶ О блокчејн технологији и паметном уговору: Temte, Morgan N. “Blockchain challenges traditional contract law: Just how smart are smart contracts.” *Wyo. L. Rev.* 19 (2019), 94 и даље Inamdjanova, Elnora Elbekovna. “Law and Blockchain: A Legal Perspective on Current Regulatory Trends Worldwide“ *Oriental renaissance: Innovative, educational, natural and social sciences* 3.6 (2023): 707-714.

Такав развој неминовно захтева одговарајући правно-регулаторни одговор. У том погледу могуће су три опције.⁵⁷ Прва се везује за измене постојећих или креирање додатних правних правила која би модификовала или надоградила постојећа правила у области електронске трговине. Друга опција је коришћење аутономних правила као алата за прилагођавање драматичним променама у овој области.

4.1. Измене и доградња регулаторног оквира

Идеално би било да развој одређене појаве увек буде праћен развојем и унапређењем законодавства које га регулише. Стога су измене постојећег законодавства у области електронске трговине једна од могућих реалних опција. Видљиво је да право Србије и Црне Горе код изнетог дефинисања електронске трговине и електронског уговора користе рестриктивну формулацију која не узима у обзир технолошки развој. У том контексту, већ приказана законска правила Хрватске највише искорачују у овом погледу. Међутим, јасно је да дата национална предметна законска правила нису у стању да се оптимално прилагоде таквим технолошким променама. Изражен брз темпо измена технологије у сфери електронског трговања има потенцијал да учини било који закон сувишним у кратком временском периоду. Стога и у овим земљама постоји потреба сталног ажурирања регулаторне политике. У будућим модификацијама закона о електронским уговорима у наведеним земљама, требало би узети озбиљно у обзир и одредбе Модел закона, који тренутно има најоптималнији приступ по овом питању. Наиме, он широком формулацијом везаном за „порука са подацима” из свог предмета регулације не искључује било какву комуникациону технологију, остављајући простор да се оне односе и на новонастале и будуће комуникационе технологије.⁵⁸

Могућа подваријанта ове опције је да систем правила о електронској трговини надогради новим, сегментираним, формално одвојеним специфичним правним правилима, која би директно била израз наглашеног технолошког развоја. Такав регулаторни одговор посебно је изражен у ЕУ, али се појављују и други национални пројекти у вези са упливом нових технологија у процесу настанка уговора. Европска унија је креи-

⁵⁷ Swindells, Chris, and Kay Henderson, 3.

⁵⁸ Упор: чл. 2а Модела закона о електронској трговини.

рала правила јединственог дигиталног тржишта, која имају за циљ да управљају актуелном дигиталном транзицијом. У том оквиру, настали су Акт о дигиталним услугама и Акт о дигиталном тржишту, који чине јединствени пакет. Њиховим поређењем са правилима Директиве о електронској трговини добија се добар увид у трансформацију регулативе електронских комуникација и дигиталног простора.⁵⁹

И у праву Србије се чине парцијални напори да нове сфере пословања везане за дигиталану имовину добију свој правни оквир. То је учињено Законом о дигиталној имовини.⁶⁰ То се свакако може позитивно оценити са аспекта оптимизације регулисања тржишта основаног на новим технологијама. Исто као што Акт о дигиталним услугама неће заменити Директиву о електронској трговини Европске уније,⁶¹ тако и у праву Србије Закон о електронској трговини остаје основни правни оквир за све дигиталне услуге али се он само надограђује новим Законом о дигиталној имовини. Међутим, законодавно регулисање сигурно се неће на овом зауставити с обзиром на драматичне технолошке промене које су у току и које се тек очекују.

4.2. Аутономно регулисање

Једна од опција избегавања ситуације да законска регулатива о електронској трговини постане брзо застарела јесте коришћење феномена саморегулације. Развој нових технологија скоро да није могућ без саморегулације или аутономног регулисања.⁶² Јасно је да само законска регулатива самостално не може да обухвати сву комплексност електронске трговине и потребно је да у корелацији и кохеренцији са аутономним изворима креира заједнички регулаторни систем.

Претходне напомене су релевантне и за земље настале на тлу бивше Југославије. Потреба аутономне регулације је у односним земљама посебно изражена и због тога што су постојећи закони релативно малог обима.⁶³ У

⁵⁹ Hunter, Hope. *Eu Digital Sovereignty: How the Commission Enhanced Its Regulatory Power in the Digital Space*. Diss. The University of North Carolina at Chapel Hill, 2023, 5.

⁶⁰ „Службени гласник РС”, бр. 153/2020.

⁶¹ Она потврђују постојећа правила која предвиђају изузимање електронских посредника од одговорности за хостовани садржај, ако се испуне претходно наведени услови.

⁶² Lopez Jimenez, David, et al. “Self-Regulation of electronic commerce: Issues in the context of Chilean Law.” *Revista Chilena de Derecho* 44 (2017), 348.

⁶³ Наиме, сва законска правила у овим земљама су обима од 24 до 26 чланова.

праву ЕУ, путем Директиве о електронској трговини налаже се чланицама да подстичу израду, слање и доступност тако насталих кодекса понашања.⁶⁴ Међутим, у правима ових земаља овом питању се не посвећује посебна пажња. Тако се у праву Црне Горе и Хрватске само утврђује да је давалац услуга информационог друштва дужан обезбедити да и одредбе општих услова пословања, које су саставни део уговора закључених у електронској форми, буду доступне корисницима услуга на начин који омогућава њихово складиштење, поновно коришћење и репродуковање.⁶⁵ Јасно је да овакве одредбе не одговарају у потпуности пуним захтевима ЕУ.

5. Закључак

Из наведене анализе је видљиво да су правне регулативе у области електронске трговине држава насталих на тлу бивше Југославије у концептуалном смислу врло сличне. То је превасходно резултат чињенице да су све државе преузеле обавезе да своје право хармонизују са односном правном регулативом Европске уније. Може се рећи да су ове земље у том погледу солидно одрадиле свој задатак и успеле да олакшају одвијање домаће и међународне електронске трговине путем елиминисања правних баријера и успостављања правне сигурности, промовисање поверења јавности у аутентичност, интегритет и поузданост порука података и електронских комуникација, као и валидност и спроводљивост електронских порука.

С друге стране, наравно да постоје разлике између датих правних система и у концептуалном смислу. Може се приметити да посебне разлике постоје у погледу опсега и комплексности правне регулације. У том погледу, видљиво је да је приступ српског права јасно заснован на најопштијој и најконцизнијој регулацији, водећи се задатаком да би регулација требало да буде минимална, јасна и једноставна али опет и предвидљива и доследна. Ипак, јасно је да овај приступ има и негативне импликације. С друге стране, право Хрватске у том погледу је најкомплексније, са сериозним приступом, при чему је видљива потреба да се дубински уђе у проблематику електронске трговине.

Исто тако, може се рећи да је наведена правна регулатива пружила солидна и задовољавајућа правна решења и у појединостима. Међутим,

⁶⁴ Чл. 16 Закона о електроничкој трговини Хрватске.

⁶⁵ Чл. 13 Закона о електроничкој трговини Хрватске и чл. 15 Закона о електронској трговини Црне Горе.

постоје и разлике које у укупности могу бити значајне. Свакако је задатак законодаваца да степен оптимизације законодавства подигну на још виши ниво. То свакако значи надоградњу постојеће регулативе са циљем да се може прилагодити технолошком напретку, да потпуније заштити потрошаче у трговинским трансакцијама путем електронских система и да специфицира систем решавања спорова, примерен датој области.

Литература:

- Balendra, Soorya “Emerging Challenges in Regulating E-Commerce: The Sri Lankan Context.” *KDU LJ 2* (2022): 55.
- Braga, Carlos A. Primo “E-commerce regulation: New game, new rules?.” *The Quarterly Review of Economics and Finance* 45.2-3 (2005)
- Chiarella, Maria Luisa “Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment.” *Athens JL* 9 (2023)
- Farrell, Henry “Regulating information flows: States, private actors, and E-commerce.” *Annu. Rev. Polit. Sci.* 9 (2006)
- Hunter, Hope Eu Digital Sovereignty: How the Commission Enhanced Its Regulatory Power in the Digital Space. Diss. The University of North Carolina at Chapel Hill, 2023, 5.
- Huang, Jie “Comparison of e-commerce regulations in Chinese and American markets: Converging approaches, diverging contents, and polycentric directions?.” *Netherlands International Law Review* 64 (2017)
- Inamdjanova, Elnora Elbekovna “Law and Blockchain: A Legal Perspective on Current Regulatory Trends Worldwide” *Oriental renaissance: Innovative, educational, natural and social sciences* 3.6 (2023)

- Ishchuk, Anatolii “Electronic International Contracts in the Law of Foreign Countries.” *University Scientific Notes* 5-6 (89-90) (2022):
- Ivascanu, Daniela “Legal issues in electronic commerce in the western hemisphere.” *Ariz. J. Int’l & Comp. L.* 17 (2000).
- Камбовски, Игор “Закон о електронској трговини – десет година касније.” *Zbornik RAdova Pravnog fakulteta u Nišu* 81 (2018).
- Kesan, Jay P., Andres A. Gallo “Optimizing regulation of electronic commerce.” *U. Cin. L. Rev.* 72 (2003)
- Коевски Г. Електронското склучување на договорите и одговорност за наивно исполнување, Деловно право бр.20, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2009.
- Kwilinski, Aleksy, et al. “E-Commerce: Concept and legal regulation in modern economic conditions.” *J. Legal Ethical & Regul. Isses* 22 (2019)
- Lopez Jimenez, David, et al. “Self-Regulation of electronic commerce: Issues in the context of Chilean Law.” *Revista Chilena de Derecho* 44 (2017)
- Maggs, Gregory E. “Regulating electronic commerce.” *Am. J. Comp. L. Supp.* 50 (2002)
- Pappas, Christopher William Comparative U.S. & (and) EU Approaches to E-Commerce Regulation: Jurisdiction, Electronic Contracts, Electronic Signatures and Taxation, *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 31, 2002.
- Ribstein, Larry E., Bruce H. Kobayashi “State regulation of electronic commerce.” *Emory LJ* 51 (2002)
- Ritter, Jeffrey B., Judith Y. Gliniecki “International Electronic Commerce and Administrative Law: The need for harmonized national reforms.” *Harv. JL & Tech.* 6 (1992) 263.

Shahriari, S., Shahriari, M., Ggheiji, S. “E-commerce and its impacts on global trend and market”, International Journal of Research-Granthaalayah, 2015

Temte, Morgan N. “Blockchain challenges traditional contract law: Just how smart are smart contracts.” *Wyo. L. Rev.* 19 (2019): 87.

Wijesinghe Arachchilage, contract law in the sphere of online contracts: Wijesinghe Sanath Sameera A Sri Lankan perspective.” *Junior Bar Law Journal* 7 (2016): 233-239.

“The White Paper on Growth, Competitiveness and Employment. The Challenges and Ways Forward Into the 21st Century” p. 111.

Закон о електронској трговини, „Службени гласник РС”, бр. 41/2009, 95/2013 и 52/2019.

Zakon o elektronskoj trgovini, “Sl. list RCG”, br. 80, “Sl. list Crne Gore”, br. 41 od 23 из 2010. године.

Закон о трговини Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске“, број 105/2019

Закон о електроничкој трговини (Хрватске), „Narodne novine“, 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14 и 32/19.

Закон о трговини Србије, „Сл. гласник РС”, бр. 52/2019

United Nations (2006); ‘United Nations Conference on Trade and Development’; Information Economy Report 2006; The Development Perspective; Pp.2-3;

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce

Резолуција Генералне скупштине УН А/51/628 из 1997. године

Конвенција УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима (CUECIC) из 2005. године / United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005)

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), Official Journal of the European Communities (OJ) L 178, 17. 07. 2000.

Модел закона о електронској трговини

Закон о облигационим односима Северне Македоније

Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor

SOME ISSUES OF LEGAL REGULATION OF ELECTRONIC COMMERCE OF COUNTRIES CREATED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA

***Summary:** The paper contains a legal analysis of the legal rules that regulate electronic commerce in the countries created in the territory of the former Yugoslavia. Attention was paid to the conceptual approach and important determinants of the given legal regulation, with the appropriate compatibility with the law of the European Union. An important segment of the analysis refers to electronic contracts. Furthermore, the subject of analysis in the paper is the problem of optimizing the above-mentioned legal systems, and in particular identifying the ability of the legislation of these countries to follow the constant technological development in this area.*

From the above-mentioned analysis, it is evident that the legal regulations of the countries that emerged in the territory of the former Yugoslavia in the field of electronic commerce are very similar in a conceptual sense. This is primarily the result of the fact that all the states have undertaken to harmonize their law with the regulations of the European Union. Likewise, it can be said that the above-mentioned legal regulations have provided solid and satisfactory legal solutions in detail. In this regard, there are differences between these legislations, which in total can be significant. On the other hand, all legal systems require further upgrading of the existing regulation with the aim of adapting it to constant technological progress.

***Key words:** legal regulation, electronic commerce, European Union law (*acquis communautaire*), countries created in the territory of the former Yugoslavia, upgrading, technological development, autonomous sources.*

ZAŠTO JE SVJETSKA TRGOVINSKA ORGANIZACIJA BITNA I ZAŠTO JE U KRIZI? ODGOVORI NA TRENUTNE IZAZOVE U MULTILATERALNOM TRGOVINSKOM SISTEMU

Prof. dr. Genc Trnavci*

Apstrakt: Multilateralni trgovinski sistem STO omogućio je višestruko povećanje svjetske trgovine, dajući podstrek otvaranju novih radnih mjesta, ekonomskom rastu i ulaganjima diljem svijeta. To je sve zahvaljujući uzastopnim smanjenjima carina dogovorenih kroz multilateralni trgovinski sistem. Najvažnije pravno načelo multilateralnog sistema STO – klauzula najpovlaštenije nacije onemogućuje diskriminaciju između robe i usluga različitih trgovinskih partnera.

STO suočava se sa krizom koju uzrokuju ključni problemi: paraliza pregovora – STO je suočena s blokadom u pregovorima u okviru razvojnog programa iz Dohe, koji je započeo 2001. godine; nedostatak fleksibilnosti – STO se spočitava odsustvo fleksibilnosti u primjeni svojih pravila i postupaka; slabost sprovođenja i primjene pravila i postupaka; rastući protekcionizam; nedovoljna uključenost malih i siromašnih zemalja; mehanizam za praćenje (monitoring) i proces odlučivanja u STO ozbiljno je ugrožen nedovoljnom transparentnošću trgovinskih zakonodavstava članica; sistem rješavanja sporova faktički je paralizovan krajem 2019. godine, zbog blokade imenovanja članova Apelacionog tijela (drugostepenog sudskog tijela u rješavanju sporova) od strane Sjedinjenih Država. Argument socijalnog dampinga je

* Redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Bihaću i
Ad hoc sudija za ljudska prava u Strazburu

kontroverzna i složena tema oko koje se lome koplja kako u teoriji, tako i u globalnim geopolitičkim odnosima.

Dakle, trgovinski rat između SAD i Kine ima dublje geopolitičke i geoekonomske implikacije. Ove dvije zemlje su globalne sile koje se takmiče za ekonomski uticaj i tehnološku dominaciju. Trgovinski rat postao je simptom dubljih napetosti i rivalstava između ove dvije super sile, koje ugrožavaju funkcionisanje multilateralnog trgovinskog sistema. Svi navedeni problemi ukazuju na potrebu reforme STO, kako bi se poboljšala njena sposobnost da djeluje kao učinkovit multilateralni trgovinski sistem.

Ključne riječi: *Svjetska trgovinska organizacija, STO, multilateralni trgovinski sistem, klauzula najpovlaštenije nacije, socijalni damping, monitoring trgovinskih politika, procedura rješavanja sporova, trgovinski ratovi, reforma STO.*

1. Uvod

1.1. Razlog nastanka i zašto je važno održati Svjetsku trgovinsku organizaciju?

Od osnivanja multilateralnog trgovinskog sistema Svjetske trgovinske organizacije (na engleskom: *the Multilateral Trading System of the World Trade Organization*; u daljem tekstu: multilateralni trgovinski sistem STO) 1947. godine,¹ svjetska trgovina povećala se 300 puta i danas čini više od 60% globalnog BDP-a, dajući podstrek otvaranju novih radnih mjesta, rastu i ulaganjima diljem svijeta. To je sve zahvaljujući uzastopnim smanjenjima carina dogovorenih kroz multilateralni trgovinski sistem. Godine 1947. carine su se kretale između 20% i 30%. Danas, carine u svijetu iznose prosječno oko 9%, što je rezultat stabilnosti koju ovaj sistem pruža. Najvažnije pravno načelo multilateralnog sistema STO – klauzula najpovlaštenije nacije (na engleskom jeziku: *the most favored nation*; u daljem tekstu: MFN) onemogućuje diskriminaciju između robe i usluga različitih trgovinskih partnera. Ona zahtijeva da zemlja, koja pruži bilo kakvu trgovinsku koncesiju jednom trgovinskom partneru, putem pravnog učinka prelijevanja (na engleskom: *the spillover effect*) mora proširiti isti tretman na sve ostale članice multilateral-

¹ Opšti sporazum o carinama i trgovini (GATT) iz 1947. godine prethodio je osnivanju STO 1995. godine.

nog trgovinskog sistema.² Primjenjuje se u trgovinskim ugovorima već stotinama godina. Klausula MFN, tj. načelo univerzalnog jednakog tretmana, jesu kamen temeljac STO. Ona pruža stabilnu osnovu ekonomske otvorenosti (slobode međunarodne trgovine), koja promovira utakmicu na globalnim tržištima, zasnovanoj na ekonomskoj efikasnosti i inovativnosti. EU, kojoj BiH i ostale zemlje u regionu streme, obavlja 60% trgovine u skladu sa klauzulom MFN, što mahom uključuje trgovinu EU sa Sjedinjenim Državama, Kinom, Rusijom i Indijom. Pravna pravila STO štite interese svih trgovačkih nacija od diskriminatornog djelovanja prema trgovini preko granica vlastite zemlje. Osiguravaju da se jednak tretman temelji na multilateralno dogovorenim propisima. Nadalje, ograničavanje carina smanjilo je rizik da zemlje povećaju carine kao odgovor na vlastite ekonomske probleme,³ a sistem rješavanja sporova osigurao je poštivanje pravila i izbjegao eskalaciju trgovinskih sukoba, koji su u prošlosti vodili prema oružanim sukobima, pa, čak i do svjetskih ratova.

Iako je potrebno postići više, STO je, isto tako, doprinijela globalnom održivom razvoju. Ekonomska otvorenost, koju jamči, pomogla je integraciji mnogih zemalja u razvoju u svjetsku ekonomiju i smanjenju nejednakosti među zemljama, izvlačeći stotine miliona ljudi iz siromaštva.⁴

1.2. Uzroci trenutne krize STO

STO se suočava s nekoliko problema koji utiču na njezinu efikasnost i sposobnost rješavanja globalnih trgovinskih pitanja. Ovo su ključni problemi:

1. paraliza pregovora: STO je suočena s blokadom u pregovorima u okviru razvojnog programa iz Dohe, koji je započeo 2001. godine. Pregovori su se usporili zbog neslaganja između članica STO o nizu pitanja kao što su poljoprivreda, usluge i zaštita prava intelektualnog vlasništva. Pregovori su zapali u potpuni ćorsokak nakon što je administracija SAD objavila „trgovinski rat”

² [³ Jakubik, A. and Piermartini, R. \(2019\). ‘How WTO commitments tame uncertainty!’, STO Staff Working Papers ERSD-2019-06, World Trade Organization, str 2.](https://www.investopedia.com/terms/m/mostfavorednation.asp#:~:text=A%20most%2Dfavored%2Dnation%20(underpin%20the%20World%20Trade%20Organization, posljednja posjeta 2. jula 2023. godine.</p></div><div data-bbox=)

⁴ The World Bank Group and World Trade Organization (2015). The Role of Trade in Ending Poverty. World Trade Organization: Geneva. Vidjeti opširno publikaciju Komisije za rast i razvoj (Commission on Growth and Development in 2018): ‘The Growth Report: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development’.

Kini i zaprijetila da će napustiti STO 2019. godine. Iako je pritisak od tada opustio, tenzije s Kinom su i dalje visoke, a rat u Ukrajini doprinosi međunarodnim tenzijama, trgovinskim sankcijama, rastućim cijenama robe i poremećajima u opskrbi. Kao rezultat paralize STO, trgovinski pregovori odvijaju se izvan njenog okvira kroz desetke bilateralnih i regionalnih sporazuma o slobodnoj trgovini, čiji broj stalno raste, što podriva multilateralni trgovinski sistem;⁵

2. nedostatak fleksibilnosti:⁶ STO se spočitava odsustvo fleksibilnosti u primjeni svojih pravila i postupaka. STO se ne prilagođava dovoljno brzo promjenama u globalnoj trgovini, jer ne uključuje nove trgovinske modele i tehnologije. Nedostatak fleksibilnosti može ograničiti sposobnost STO da se nosi s novim izazovima i promjenama u međunarodnoj trgovini;

3. slabost sprovođenja i primjene pravila i postupaka: STO ima ograničene mehanizme za sprovođenje svojih pravila rješavanja sporova.⁷ Postupak rješavanja sporova može biti dugotrajan i složen, a moćne članice STO mogu ignorisati presude ili sporo provoditi preporuke STO. To smanjuje vjerodostojnost STO i otežava održavanje pravedne i pravilne trgovine;

4. rastući protekcionizam:⁸ protekcionističke politike i trgovinski sporovi između velikih trgovinskih sila, poput SAD i Kine, predstavljaju izazov za STO. Nedavni trgovinski sukobi i uvođenje carina i bescarinskih zaštitnih mjera na veliki obim razmjene robe i usluga između tih zemalja pokazuju slabost STO u smirivanju napetosti i postizanju konsenzusa;

5. nedovoljna uključenost malih i siromašnih zemalja: kritičari tvrde da STO premalo uključuje i zastupa interese malih i siromašnih zemalja.⁹ Te zemlje često nemaju istu moć pregovaranja kao bogatije zemlje i stoga se njihovi interesi mogu zanemariti u trgovinskim sporazumima. Dakle, pregovore kočje i nesuglasice oko fleksibilnosti za zemlje u razvoju. Razvijene članice spočitavaju ovoj organizaciji sljedeće: nije održivo da dvije trećine članova –

⁵ <https://www.equaltimes.org/it-s-time-to-rebuild-the-wto-and?lang=en>, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

⁶ Patrick Low, Hamid Mamdouh, Evan Rogerson, 'Balancing Rights and Obligations in the WTO – A Shared Responsibility', produced by: ud kom, 2018, Artikel nr: 18.014., str. 16 et. sec.

⁷ https://www.mofa.go.jp/press/release/press1e_000140.html, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

⁸ <https://www.icaew.com/insights/viewpoints-on-the-news/2022/jan-2022/wto-cautions-against-protectionism>, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

⁹ <https://www.un.org/ldcportal/content/accession-least-developed-countries-wto-wto-paper-prepared-10th-china-round-table-18-20>, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

uključujući neke od najznačajnijih svjetskih ekonomija – zahtijevaju poseban i različit tretman;

6. dalje, mehanizam za praćenje (monitoring) i proces odlučivanja u STO ozbiljno je ugrožen nedovoljnom transparentnošću trgovinskih zakonodavstava¹⁰ i praksi članica, te činjenicom da razvijene zemlje insistiraju na razmatranju problema kao što su: degradacija životne sredine, klimatske promjene ili pravna zaštita radne snage; dok manje razvijene članice to nazivaju argumentom socijalnog dampa (the argument of social dumping), koji se koristi za uvođenje protekcionističkih mjera od strane razvijenih članica i, na kraju, ali svakako ne i najmanje važno

7. sistem rješavanja sporova je faktički paraliziran krajem 2019. godine, zbog blokade imenovanja članova Apelacionog tijela (drugostepenog sudskog tijela u rješavanju sporova) od strane Sjedinjenih Država.¹¹

Današnja kriza utiče na sve tri funkcije STO: pregovori nisu uspjeli modernizovati pravila; sistem rješavanja sporova se *de facto* vratio u dane GATT-a, gdje su izvještaji panela mogli biti blokirani, a praćenje trgovinskih politika je neefikasno. Osim toga, trgovinski odnosi između SAD i Kine, dvije od tri najveće članice STO, trenutno se uglavnom vode izvan pravila, procedura i mehanizama Svjetske trgovinske organizacije.

Ključni pokretač krize je u tome što pristupanje Kine STO nije dovelo do njene, od strane Zapada, očekivane transformacije u klasičnu tržišnu ekonomiju, a nisu nastupile ni isto tako očekivane reforme njenog političkog sistema. Kao izgovor za pokretanje trgovinskog rata protiv Kine navodi se da nivo na kojem je Kina otvorila svoje tržište ne odgovara njenoj težini i učešću u globalnoj ekonomiji, a država nastavlja da vrši odlučujući uticaj na kinesko ekonomsko okruženje s posljedičnim poremećajima konkurencije koji se ne mogu u dovoljnoj mjeri riješiti trenutnim pravilima STO.

Ali, STO nije bila u mogućnosti pregovarati ni o novim pravilima za rješavanje ovog ili drugih hitnih pitanja (npr. digitalna trgovina ili održivost). Postizanje konsenzusa između 164 članice, u pozadini današnjeg ponovno narastajućeg multipolarnog međunarodnog poretka, ogroman je izazov.

¹⁰ Schropp, S., 'Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO: A Law and Economics Analysis' Cambridge International Trade and Economic Law, Cambridge: Cambridge University Press., 2009, str. 213–254.

¹¹ https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/dispute-settlement/wto-dispute-settlement_en#:~:text=The%20Appellate%20Body%20crisis,efforts%20to%20resolve%20this%20situation, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.

1.3. Argument socijalnog dampa

Argument socijalnog dampa je složena tema oko koje se lome koplja kako u teoriji, tako i u globalnim geopolitičkim odnosima. Odnosi se na praksu u kojoj zemlje i kompanije iz jedne zemlje koriste prednosti nižih standarda rada i plata u drugoj zemlji kako bi stekle konkurentsku prednost i tako privukle strane investicije. Dok jedni tvrde da socijalni dumping podriva poštnu (lojalnu) konkurenciju i prava radnika, drugi dovode u pitanje valjanost ovog argumenta iz nekoliko razloga:

1. komparativna prednost i specijalizacija: koncept komparativnih preimućstava¹² sugerise da su zemlje specijalizovane za proizvodnju dobara i usluga u kojima imaju relativnu prednost, kao što su niži troškovi rada. Ova specijalizacija može dovesti do ukupnog povećanja efikasnosti i ekonomskog rasta. Niže plate u određenim zemljama mogu biti rezultat različitih nivoa razvoja, troškova života ili produktivnosti, a ne nepoštene (nelojalne) prakse;

2. ekonomski razvoj i konvergencija: povećana trgovina i ulaganja mogu doprinijeti ekonomskom razvoju u zemljama u razvoju. Kako ekonomije rastu, tako plate i standardi rada imaju tendenciju da se vremenom poboljšavaju zbog povećane produktivnosti i potražnje. U tom kontekstu, važno je razmotriti dugoročni pozitivan uticaj koji trgovina i strane investicije mogu imati na podizanje standarda rada i uslova života;

3. globalni lanci snabdijevanja i zajednička odgovornost: u današnjoj međusobno povezanoj globalnoj ekonomiji, kompanije često posluju kroz složene lance snabdijevanja koji obuhvataju više zemalja. Odgovornost za standarde rada i uslove rada ne leži samo na kompanijama u zemljama u razvoju, već i na multinacionalnim korporacijama koje potiču iz razvijenih zemalja. Saradnja između vlada, preduzeća i civilnog društva od suštinskog je značaja za promovisanje odgovorne poslovne prakse i obezbjeđivanje poštenih radnih standarda u cijelom lancu snabdijevanja;

4. dinamika tržišta rada i domaće politike: na dinamiku tržišta rada utiču različiti faktori, uključujući domaću politiku, regulativu tržišta rada i pregovaračku moć radnika. Iako razlike u platama mogu postojati između

¹² David Ricardo je prvi sjajno dokazao kako Engleska i Portugal imaju koristi od specijalizacije u trgovini, svaka u skladu sa svojim komparativnim prednostima. U ovom slučaju, Portugal je bio u mogućnosti da proizvodi vino po niskoj cijeni, dok je Engleska mogla jeftino proizvoditi tkaninu. Ricardo je predvidio da će svaka zemlja na kraju prepoznati ove činjenice i prestati proizvoditi artikal koji je skuplji za proizvodnju (Andrea Maneschi, 'Comparative Advantage in International Trade: A Historical Perspective.' Cheltenham: Elgar. 1998, str. 1).

zemalja, rješavanje socijalnog dampinga zahtijeva sveobuhvatan pristup koji uključuje reforme domaće politike i međunarodnu saradnju.

Vrijedi napomenuti da se zabrinutost u vezi sa socijalnim dampingom ne smije zanemariti. Prava radnika, fer (lojalna konkurencija i pristojni uslovi rada) su važni faktori. Međutim, ključno je pažljivo analizirati osnovne faktore i usvojiti nijansirane pristupe koji uravnotežuju ekonomsku realnost, društveni razvoj i međunarodnu saradnju u rješavanju standarda rada na globalnom nivou, tako umanjujući rizik za jednostrane protivmjere i trgovinske ratove.

1.4. Trgovinski rat između Amerike i Kine

Trgovinski rat između Sjedinjenih Američkih Država (SAD) i Kine započeo je 2018. godine i ima različite uzroke. Ključni faktori koji su doprinijeli eskalaciji trgovinskog rata između ove dvije zemlje su:

1. neravnoteža u trgovinskom deficitu: SAD je dugi niz godina trpjela značajan trgovinski deficit s Kinom, što se odnosilo na veći uvoz robe iz Kine nego što je SAD izvozila u Kinu. Ovo je izazvalo političke reperkusije i zabrinutost u SAD zbog gubitka radnih mjesta, zbog čega su SAD optužile Kinu za nelojalnu trgovinsku praksu;

2. pravo intelektualne svojine i transfer tehnologije: SAD optužuje Kinu za kršenje prava intelektualne svojine i krađu tehnologije. Američke kompanije tvrde da su njihove podružnice u Kini prisiljene ustupiti svoju tehnologiju kako bi dobile pristup kineskom tržištu. To je dovelo do optužbi za krađu predmeta prava intelektualne svojine (tehnologije) i nepravednu trgovinsku praksu;

3. nelojalna konkurencija: SAD je izrazila zabrinutost zbog prakse subvencionisanja kineskih industrija od strane kineske države, kao i ograničavanja tržišnog pristupa za strane kompanije. Američke vlasti tvrde da to daje kineskim kompanijama nepravednu prednost na globalnom tržištu¹³ i

4. sigurnosni aspekti u trgovinskom ratu između SAD i Kine: SAD su zabrinute zbog kineskog napredovanja u tehnološkim sektorima koji su ključni za nacionalnu sigurnost, poput telekomunikacija i vještačke inteligencije. Strah od kineskog nadzora i pristupa osjetljivim podacima i tehnologiji doprinio je eskalaciji trgovinskog rata.

¹³ <https://ba.voanews.com/a/bliza-komunikacija-sad-kina-kljucna/7173099.html>, objavljeno i pristupljeno 9. jula 2023. godine.

Argument Amerike da Kina krade tehnologiju nije jednostavan i ima složene aspekte koji su otvoreni za raspravu. Argumenti o kineskoj krađi tehnologije smatraju se kontroverznima iz sljedećih razloga:

1. nedostatak konkretnih dokaza: optužbe da Kina krade predmete intelektualne svojine nisu potkrijepljeni čvrstim i konkretnim dokazima koji bi potvrdili ona navodno masovno i sistematsko kršenje intelektualne svojine od strane Kine;

2. tehnološki napredak i istraživanje: Kina je posljednjih godina ostvarila značajan napredak u tehnološkom sektoru i povećala ulaganja u istraživanje i razvoj. Dio tehnološkog napretka rezultat je domaćeg istraživanja i razvoja, a ne nužno krađe predmeta prava intelektualne svojine. Kina je postala sve konkurentnija i sposobnija za stvaranje vlastitih inovacija i to bi moglo biti uzrokom započinjanja trgovinskog rata protiv nje;

3. međunarodna saradnja: mnoge američke i kineske kompanije ostvaruju saradnju i partnerstva u tehnološkom sektoru. Transfer tehnologije često je rezultat dobrovoljnih sporazuma i poslovnih dogovora između tvrtki, a ne nužno prisilnog prenosa tehnologije od strane kineske vlade;

4. propusti u zaštiti intelektualne svojine: kritičari argumenta o kineskoj krađi tehnologije ukazuju na propuste u zaštiti tehnologije kao predmeta prava intelektualne svojine samih američkih tvrtki. Nedostatak adekvatnih sigurnosnih mjera i zaštite intelektualne svojine u poslovnim praksama može doprinijeti neovlaštenom pristupu ili zloupotrebama;¹⁴

5. politizacija trgovinskog rata: tvrdnje da Kina krade tehnologiju dio je šire politizacije trgovinskog rata između SAD i Kine, čiji ekonomski i geopolitički interesi mogu uticati na međusobnu retoriku i optužbe.

Važno je napomenuti da postoji potreba za jačanjem zaštite prava intelektualne svojine i borbe protiv nepravedne trgovinske prakse. Međutim, argumenti o kineskoj krađi tehnologije nisu neosporni i moraju biti pažljivo razmotreni i podržani čvrstim dokazima prije nego što se donesu zaključci.

1.5. Uloga EU u trgovinskom ratu između SAD i Kine

Europska unija (EU), kojoj BiH i sve zemlje u našem regionu streme, igra važnu ulogu u trgovinskom ratu između Sjedinjenih Američkih Država (SAD) i Kine, iako je njihov odnos s tim sukobom složen. Ključni aspekti uloge EU u tom sukobu su:

¹⁴ <https://www.trustiics.com/intellectual-property-rights-challenges-china/>, posljednja posjeta 10. jula 2023. godine.

1. Neutralnost i zagovaranje multilateralizma: EU se uopšteno zalaže za multilateralni pristup trgovini i podržava STO kao ključni okvir za rješavanje trgovinskih sporova. U tom smislu, EU nastoji održati neutralnost u trgovinskom ratu između SAD i Kine, promovirajući dijalog i pregovore umjesto eskalacije protekcionističkih mjera;

2. Saradnja s obje strane: EU nastoji održavati dobre trgovinske odnose s obje strane sukoba. EU je veliki trgovinski partner SAD i Kine, te nastoji održavati saradnju i otvorenu trgovinu s obje strane. Ipak, EU, kao ugrožena strana, također izražava zabrinutost zbog protekcionističkih mjera u trgovinskom ratu između SAD i Kine i njihove nespojivosti s pravilima STO;

3. Zajednički interesi i izazovi: EU dijeli neke pozicije koje se tiču zabrinutosti SAD u pogledu navodno nepoštenih trgovinskih praksi od strane Kine, uključujući zaštitu prava intelektualne svojine i pristup kineskom tržištu. Stoga, EU i SAD ponekad rade zajedno kako bi se suočili s ovim pitanjima, na primjer, putem dijaloga o trgovinskim pitanjima i koordiniranih akcija;

4. Rezervisanost prema jednostranim mjerama: EU je pokazala rezervisanost prema upotrebi jednostranih mjera i carina u trgovinskom ratu između SAD i Kine. EU zagovara pravnu sigurnost, pravila utemeljena na dokazima i rješavanje trgovinskih sporova putem mehanizama STO, umjesto jednostranih akcija koje mogu dovesti do eskalacije napetosti;¹⁵

5. Isto tako, postoji mogućnost da EU profitira od sukoba: trgovinski rat između SAD i Kine također stvara prilike za EU, kao i za BiH. Budući da se uvođenjem carina i drugih vancarinskih mjera intenzivira protekcionizam između SAD i Kine, EU, kao i BiH, može iskoristiti priliku za povećanje svojih trgovinskih udjela i produblivanje odnosa s obje strane.

Važno je napomenuti da se uloga EU mijenja zavisno o situaciji i specifičnim trgovinskim pitanjima između SAD i Kine. EU se obično zalaže za dijalog, multilateralizam i pravila utemeljena na međunarodnim trgovinskim normama kako bi se olakšalo rješavanje trgovinskih sporova i promovirala otvorena trgovina.

Dakle, trgovinski rat između SAD i Kine ima dublje geopolitičke i geoekonomske implikacije. Ove dvije zemlje su globalne sile koje se takmiče za ekonomski uticaj i tehnološku dominaciju. Trgovinski rat postao je simptom dubljih napetosti i rivalstava između ove dvije supersile.

¹⁵ Iryna Bogdanova, 'The Legality of Unilateral Economic Sanctions Imposed to Redress Human Rights Violations,' *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights, The Impact of the Principle of Common Concern of Humankind Series: World Trade Institute Advanced Studies, Volume: 9, Chapter 4, Nijhoff, 2022, str. 223–270.*

1.6. Reforma STO

Svi navedeni problemi ukazuju na potrebu reforme u okviru STO, kako bi se poboljšala njena sposobnost da djeluje kao učinkovit multilateralni trgovinski sistem. Treba postići sljedeće:

1. Jačanje efikasnosti pravno obavezujućeg rješavanja sporova u okviru formalne procedure ključno je za zaštitu interesa članica STO od mjera koje ograničavaju prava pristupa tržištima. Ono pruža stabilnost (pravnu sigurnost, predvidljivost) kompanijama da mogu investirati i izvoziti, sigurni da će se pravila poštovati, kao i da je dostupna pravna zaštita sa adekvatnim pravnim lijekovima u slučaju kršenja prava pristupa tržištima. Multilateralni trgovinski sistem STO podjednako štiti velike i male članice STO od jednostranih akcija i sprečava da trgovinski sporovi eskaliraju u političke sukobe. Iako bi određeni aspekti rada i jurisprudencije Apelacionog tijela za rješavanje sporova mogli biti predmetom kritike, važno priznati da je ovo tijelo umnogome poboljšalo legitimitet i predvidljivost sistema rješavanja sporova, zaštitilo prava članica STO, posebno onih najnerazvijenijih, uzimajući u obzir i zdravstvene, ekološke ili druge legitime aspekte trgovinskih politika STO;

2. Najhitnije treba iznaći osnovu za obnavljanje funkcionalnog sistema rješavanja sporova i pristup imenovanju članova Apelacionog tijela. Ovaj zadatak treba prioritetno rješavati, a ne povezivati sa drugim aspektima sukoba između najmoćnijih članica STO. U nedostatku funkcionalnog sistema za rješavanje sporova, teško je vidjeti napredak u promovisanju slobode međunarodne trgovine u okviru STO;

3. Treba jačati nezavisnost Apelacionog tijela i poštivati rokove za primjenu konačnih odluka. Nezavisnost Apelacionog tijela igra centralnu ulogu u proceduri rješavanja sporova i obezbjeđivanju sigurnosti i predvidljivosti multilateralnog trgovinskog sistema.

Zaključak

Rješavanje problema sa Svjetskom trgovinskom organizacijom (STO) zahtijeva sveobuhvatne reforme i djelovanje svih članica STO. Svi navedeni problemi mogli bi se riješiti na sljedeći način:

1. Obnova pregovora: članice STO treba da obnove pregovore u okviru razvojnog programa iz Dohe, kako bi se postigao sporazum o trgovini koji će biti prihvatljiv za sve članice. Potrebno je veće angažiranje svih članica i fleksibilnost u pregovaračkim pozicijama kako bi se prevladao sadašnji zastoj;

2. Povećanje fleksibilnosti: STO treba da poboljša svoja pravila, postupke i mehanizme kako bi bili fleksibilniji u odgovoru na promjene u globalnoj trgovini. To uključuje praćenje tehnološkog napretka, novih trgovinskih modela i izazova te prilagođavanje pravila u skladu s tim. Povećanje fleksibilnosti će omogućiti STO da bude agilnija u suočavanju s novim trgovinskim pitanjima;

3. Jačanje implementacije pravila, procedura i mehanizma STO: Potrebno je ojačati mehanizme za provedbu pravila STO. To uključuje skraćivanje trajanja i složenosti postupka rješavanja sporova kako bi se poboljšala njegova efikasnost. Također je važno da članice STO jačaju političku volju za poštivanjem odluka i preporuka STO, kao i da pravovremeno sprovedu potrebne promjene u svojim zakonodavstvima kako bi se osigurala dosljedna primjena pravila;

4. Suočavanje s protekcionizmom: Članice STO treba da se aktivno angažiraju u rješavanju protekcionizma i trgovinskih sporova. To uključuje jačanje dijaloga i pregovora među članicama kako bi se postigao konsenzus i izbjegla eskalacija trgovinskih sporova. Također, moglo bi se razmotriti unapređenje mehanizama kontrole trgovinskih politika, kako bi se unaprijed otkrivali (prevenirali) i rješavali potencijalni protekcionistički postupci i mjere članica i

5. Jačanje uključenosti malih i siromašnih zemalja u proces odlučivanja u okviru STO: važno je osigurati da interesi malih i siromašnih zemalja budu zastupljeni i uvaženi u trgovinskim pregovorima. To se može postići putem jačanja tehničke pomoći i kapaciteta za te zemlje kako bi bolje sudjelovale u pregovorima. Također, treba unapređivati inkluzivne procese odlučivanja u STO kako bi se osigurala njihova veća zastupljenost i sudjelovanje u donošenju odluka.

Ukoliko bi postojala politička volja u međunarodnim geopolitičkim odnosima, suprotno onome što se dešava u kontekstu aktualnih zaoštavanja i konflikata, ovi prijedlozi predstavljaju samo neke mogućnosti za rješavanje problema sa STO. Važno je da se članice STO angažiraju u konstruktivnom dijalogu i saradnji kako bi se postigao napredak u reformama i osiguralo efikasno funkcionisanje organizacije.

Spisak literature:

1. [https://www.investopedia.com/terms/m/mostfavorednation.asp#:~:text=A%20most%2Dfavored%2Dnation%20\(,underpin%20the%20World%20Trade%20Organization](https://www.investopedia.com/terms/m/mostfavorednation.asp#:~:text=A%20most%2Dfavored%2Dnation%20(,underpin%20the%20World%20Trade%20Organization), posljednja posjeta 2. jula 2023. godine.
2. Jakubik, A. and Piermartini, R. (2019). 'How WTO commitments tame uncertainty!', STO Staff Working Papers ERSD-2019-06, World Trade Organization, str. 2.
3. The Commission on Growth and Development in 2018): 'The Growth Report: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development'.
4. Patrick Low, Hamid Mamdouh, Evan Rogerson, 'Balancing Rights and Obligations in the WTO – A Shared Responsibility', produced by: ud kom, 2018, Artikel nr: 18.014., str. 16 et. sec.
5. https://www.mofa.go.jp/press/release/press1e_000140.html, posljednja posjeta 5. jula 2023.
6. <https://www.icaew.com/insights/viewpoints-on-the-news/2022/jan-2022/wto-cautions-against-protectionism>, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.
7. Schropp, S., 'Trade Policy Flexibility and Enforcement in the WTO: A Law and Economics Analysis' Cambridge International Trade and Economic Law, Cambridge: Cambridge University Press., 2009, str. 213–254.
8. https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/dispute-settlement/wto-dispute-settlement_en#:~:text=The%20Appellate%20Body%20crisis,efforts%20to%20resolve%20this%20situation, posljednja posjeta 5. jula 2023. godine.
9. Andrea Maneschi, 'Comparative Advantage in International Trade: A Historical Perspective.' Cheltenham: Elgar. 1998, str. 1.
10. <https://ba.voanews.com/a/bliza-komunikacija-sad-kina-kljucna/7173099.html>, objavljeno i pristupljeno 9. jula 2023. godine.
11. <https://www.trustiics.com/intellectual-property-rights-challenges-china/>, posljednja posjeta 10. jula 2023. godine.
12. Iryna Bogdanova, 'The Legality of Unilateral Economic Sanctions Imposed to Redress Human Rights Violations,' Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights, The Impact of the Principle of Common Concern of Humankind Series: World Trade Institute Advanced Studies, Volume: 9, Chapter 4, Nijhoff, 2022, str. 223–270.

Prof. Ph.D. Genc Trnavci

WHY IS THE WORLD TRADE ORGANIZATION IMPORTANT AND WHY IS IT IN CRISIS? ANSWERS TO CURRENT CHALLENGES IN THE MULTILATERAL TRADE SYSTEM

Abstract: *The multilateral trading system of the WTO has enabled a great increase in world trade, spurring job creation, economic growth and investment around the world. This is accomplished as a result of incremental and successive reductions in tariffs negotiated through the multilateral trading system. The most important legal principle of the WTO--the most favored nation clause (hereinafter: MFN)--prevents discrimination between goods and services among different trading partners.*

The WTO is facing a crisis that is precipitated by the following key problems: paralysis of negotiations: the WTO is facing a deadlock in negotiations under the Doha Development Agenda, which began in 2001; lack of flexibility: the WTO is characterized by a lack of flexibility in the application of its rules and procedures. The WTO does not adapt sufficiently to rapid changes in global trade, as it does not include new trade models and technologies. Lack of flexibility may limit the WTO's ability to deal with new challenges and changes in international trade; weak enforcement and application of rules and procedures: the WTO has limited mechanisms to enforce its dispute settlement rules, which reduces the credibility of the WTO and makes it difficult to maintain fair and regular trade; rising protectionism: protectionist policies and trade disputes between major trading powers, such as the US and China; insufficient involvement of small and poor countries: critics claim that the WTO too little includes and represents the interests of small and poor nations; the monitoring mechanism and decision-making process in the WTO is seriously threatened by the insufficient transparency of trade legislation of the members; the dispute resolution system was virtually paralyzed at the end of 2019, due to the blocking of the appointment of members of the Appellate Body (second-level judicial body in dispute resolution) by the United States. The argument of social dumping is a controversial and complex topic causing both politicians and theoreticians to joust about debating on global geopolitical relations.

The trade war between the US and China has deeper geopolitical and geoeconomic implications. These two countries are global powers competing

over economic influence and technological dominance. The trade war has become a symptom of deeper tensions and rivalries between these two super-powers, which threaten the functioning of the multilateral trading system. All of the above problems require a comprehensive reform within the WTO, in order to improve its ability to act as an efficient multilateral trading system.

Key words: *World Trade Organization, WTO, multilateral trade system, most-favored-nation clause (MFN), social dumping, trade policy monitoring, dispute settlement procedure, trade wars, WTO reform.*

ARBITRAŽA I ALTERNATIVNO RJEŠAVANJE SPOROVA IZ PRAVA INDUSTRIJSKOGOG VLASNIŠTVA, POSEBICE PRAVA ŽIGA

Dr. sc. Mile Lasić*
Gabrijela Zrno, mag. iur.**

***Sažetak:** Arbitraža i alternativno rješavanje sporova (ADR) predstavljaju suvremenu, naprednu i učinkovitu alternativu konvencionalnom sudskom rješavanju sporova. Razlog tomu je preopterećenost i neefikasnost sudova, dugotrajni sudski postupci, njihova neekonomičnost, veliki troškovi i sl. Prednosti arbitraže i alternativnog rješavanja sporova su efikasnije, fleksibilnije i povoljnije rješavanje sporova između stranaka. Arbitraža i ADR odvijaju se izvan sudova te stoga spadaju u izvansudske načine rješavanje sporova.*

Dolaskom globalizacije, prava industrijskog vlasništva, posebice prava žiga, dobili su sve veći značaj na međunarodnoj razini, a stranke zbog različitih nacionalnih propisa svoje sporove u pogledu prava industrijskog vlasništva sve češće rješavaju arbitražom odnosno alternativnim rješavanjem sporova. To znači da su sporovi iz prava industrijskog vlasništva arbitrabilni tj. mogu se rješavati arbitražom i/ili nekom od ADR metoda.

U radu se obrađuju: arbitraža, alternativno rješavanje sporova, međunarodna trgovačka arbitraža i rješavanje sporova iz prava industrijskog vlasništva, arbitrabilnost sporova prava industrijskog vlasništva posebice prava žiga, učinak arbitražnih odluka, Centar za arbitražu i mirenje WIPO, pravila o mirenju WIPO.

* Redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, mile.lasic@pf.sum.ba

** Doktorandica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, gabrijela.bagaric90@gmail.com

Ključne riječi: *arbitraža, alternativno rješavanje sporova, međunarodna trgovačka arbitraža, pravo industrijskog vlasništva, pravo žiga, arbitrabilnost.*

Uvod

Pravo industrijskog vlasništva je uži pojam i grana prava intelektualnog vlasništva¹. Pojam industrijsko vlasništvo prvi put se pominje u francuskom Zakonu o patentima iz 1791. Stupanjem na snagu Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva 1884², industrijsko vlasništvo je dobilo zaštitu na međunarodnoj razini. Prema čl. 1 st. 2 Pariške konvencije, pojam industrijskog vlasništva uključuje patente, modele za iskorištavanje, industrijske uzorke ili modele, tvorničke ili trgovačke žigove, uslužne žigove, trgovačko ime i oznake ili imena porijekla, kao i suzbijanje nelojalne konkurencije. Pravo žiga je skup pravnih pravila kojima se uređuje pravna zaštita znaka.³

Kako je industrijsko vlasništvo dobilo sve veći značaj kako u svijetu tako i u Bosni i Hercegovini (dalje: BiH), važno je osigurati učinkoviti sustav zaštite prava industrijskog vlasništva na međunarodnoj, europskoj i nacionalnoj razini. Samo onaj tko može ponuditi učinkoviti sustav zaštite može privući investitore da u njegovoj zemlji razviju određenu proizvodnju i time

¹ Intelektualno vlasništvo je opći pojam za tvorevine ljudskog uma (intelekt) i znakove koji čine sustav nematerijalnog dobra, koja su neopipljiva i nemaju materijalnu supstancu, ali imaju svoju vrijednost na tržištu. Intelektualno vlasništvo, iako nematerijalno dobro, ima sve karakteristike imovinskog prava i može se kao takvo kupovati, prodavati, zamijeniti, licencirati, pokloniti, koristiti kao sva ostala materijalna vlasništva. Ono kao takvo nije materijalno vlasništvo nad određenim predmetom, nego skup ovlaštenja koje pravni poredak određene zemlje priznaje nositelju prava intelektualnog vlasništva. Pod pravom intelektualnog vlasništva podrazumijeva se skupni naziv za sve grane prava stvaratelja intelektualnih tvorevina i prava koja su u uskoj vezi s tim tvorevinama, odnosno kao zajednički naziv za dvije povezane grane prava – pravo industrijskog vlasništva i autorsko pravo. V. Čizmić, J., Boban, M., Zlatović, D., *Nove tehnologije, intelektualno vlasništvo i informacijska sigurnost*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2016, str. 42. Tako i Čizmić, J., *Intelektualno i industrijsko vlasništvo*, Pravo i porezi, br. 8, 2002, str. 26.

² Institut za intelektualno vlasništvo BiH, Zbirka međunarodnih ugovora iz područja intelektualnog vlasništva, Pariška konvencija o zaštiti industrijskog vlasništva od 20. marta 1883. (revidirana 1900, 1911, 1925, 1934, 1958, 1967), str. 86–106.

³ Usp. Marković, S. *Pravo intelektualne svojine*, Magistrat, Sarajevo, 2007, str. 143. Prema čl. 1 st. 2 Zakona o žigu (Sl. gl. BiH, br. 53/10) žig je pravo kojim se štiti znak koji u gospodarskom prometu služi za razlikovanje robe, odnosno usluga jedne fizičke ili pravne osobe od iste ili slične robe, odnosno usluga druge fizičke ili pravne osobe.

pridonesu blagostanju i priznanju u svijetu.⁴ Jedna od značajnih uloga žiga je zaštita i očuvanje ugleda robe ili usluga odnosno proizvođača ili pružatelja usluga na tržištu. Zaštićeni i dobro korišteni žig pruža poduzeću prepoznatljivost i konkurentnost na tržištu, čime povećava njegovu vrijednost.

Nadalje, žig pruža jamstvo kvalitete proizvoda odnosno usluga na tržištu, čime osigurava lojalnost potrošača. Žig ujedno može služiti kako sredstvo tržišnog natjecanja odnosno utakmice određenih poduzeća. Tržišna utakmica služi istodobno interesima društvene zajednice u cilju potpunijeg i povoljnijeg zadovoljavanja tržišta u cjelini i interesima subjekata koji korištenjem sredstava, odnosno oblika i metoda poslovanja u slobodnoj tržišnoj utakmici, osiguravaju položaj i druge pogodnosti koje odgovaraju stečenoj reputaciji, odnosno stalnim konstantama (tvrtka, brand, žig ili drugi zaštićeni znak, kvaliteta, dizajn, boja, miris i sl.) uključujući i uvjete pod kojima se obavlja promet robe ili vrše usluge, koje čine atribute određenih subjekata.⁵ Ako dođe do kršenja poštenog tržišnog natjecanja odnosno neloyalne konkurencije, povrede prava žiga neovlaštenim korištenjem i kopiranjem, te narušavanja njegova ugleda, nositelj žiga može tražiti odgovarajuću pravnu zaštitu prava žiga. Osim sudske zaštite prava industrijskog vlasništva, odnosno prava žiga, nositelju prava stoji na raspolaganju izvansudsko rješavanje sporova: arbitraža i alternativno rješavanje sporova.

1. Arbitraža

Arbitraža postoji od pamtivijeka, po nekim autorima još od starih Sumerana, iako to nije pojam arbitraže kakvu danas poznamo.⁶ Nastanak arbitraže veže se za nastanak međunarodnog trgovačkog prava (*lex mercatoria*), tj. za drugu polovinu XIX i prva desetljeća XX stoljeća.⁷ U BiH, počeci arbitraže vežu se za donošenje Zakona o osnivanju trgovačko-obrtničkih komora Austrougarske, kojim je osnovana Trgovačko-obrtnička komora u Sarajevu

⁴ Haugg, N., *Zaštita industrijskog vlasništva danas, Značaj zaštite industrijskog vlasništva u Njemačkoj*, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva, 4, 1997, br. 6, str. 2082.

⁵ Zlatović, D., *Nepošteno tržišno natjecanje i modaliteti građanskopravne zaštite u hrvatskom i komparativnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 27, br. 1, 2006, str. 499.

⁶ Usp. Račić, O., *Arbitraža u međunarodnom javnom pravu*, Jugoslavenska revija za međunarodno pravo, vol. 45, br. 1-2, 1998, str. 38.

⁷ Goldštajn, A., Triva, S., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Informator, Zagreb, 1987, str. 44.

1909. godine.⁸ Na razini BiH, od 1998. postoji i djeluje Arbitražni sud pri Vanjskotrgovinskoj komori BiH kao stalna i institucionalna arbitraža, koja ima svoju stalnu organizacijsku strukturu i pravila postupka.⁹ Tako u BiH djeluju arbitraža pri Vanjskotrgovinskoj komori BiH – Sarajevska arbitraža, Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori RS – Banjalučka arbitraža i Jadransko-jonska arbitraža.¹⁰ Od navedenih domaćih arbitraža najvažnija je Arbitraža pri Vanjskotrgovinskoj komori BiH – Sarajevska arbitraža (dalje: VTK BiH) koja može rješavati sporove bez međunarodnoga elementa, kao i sporove s međunarodnim elementom i koja može provoditi postupak vanjskotrgovačke arbitraže i postupak unutarnje arbitraže.¹¹ Odredbe o arbitraži, kao pravnu osnovu za organiziranje arbitraže, u BiH nalazimo u Zakonu o parničnom postupku, Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ), Zakonu o ovršnom postupku te drugim propisima. Ako stranke ugovore nadležnost Arbitražnog suda pri VTK BiH, prihvaćaju primjenu Pravilnika o organizaciji i radu Arbitražnog suda pri VTK BiH¹², a ukoliko nešto njime nije uređeno primijeniti će se odredbe Zakona o parničnom postupku. Također, stranke mogu ugovoriti primjenu Pravila o arbitraži komisije UN za međunarodno trgovačko pravo (dalje: UNCITRAL).¹³

⁸ Nakon Drugog svjetskog rata u BiH gasi se rad arbitraže, arbitraža između domaćih pravnih subjekata nije bila dozvoljena dok je 1946. donijet Pravilnik o vanjsko-trgovačkoj arbitraži pri Trgovačkoj komori FNRJ, čija je pravna slijednica, Vanjskotrgovačka arbitraža pri Privrednoj komori Jugoslavije, zadržala monopol na arbitražne sporove s elementom inozemnosti tijekom cijelog razdoblja postojanja Jugoslavije kao države. U ratnom razdoblju 1991–1995. dolazi do prekida arbitražnog rješavanja sporova pri Privrednoj komori SR BiH. Dejtonski preustroj pravnog sustava u BiH otvorio je i intenzivne reformske aktivnosti na području novog postupovnog zakonodavstva 1998. U svezi s navedenim, Upravni odbor Gospodarske komore BiH 31. svibnja 1998. donosi Pravilnik o organizaciji i postupku pred stalnim izbranim sudom Privredne komore BiH, koji je bio kratkog vijeka, nakon kojeg je donesen Pravilnik o organizaciji i radu arbitražnog suda. Usp. Lasić, M., *Arbitražno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2013, str. 25–27.

⁹ Organizacija (ustrojstvo), način rada i sl. uređeni su Pravilnikom o organizaciji i radu Arbitražnog suda pri Vanjskotrgovinskoj komori BiH (Sl. gl. BiH, br. 39/03 i 24/23).

¹⁰ Gospodarska komora Federacije BiH s gospodarskim komorama Jadransko-jonske inicijative, 2002. utemeljila je regionalnu Jadransko-jonsku arbitražu sa sjedištem u Anconi, čije su članice Italija, Slovenija, Hrvatska, BiH Crna Gora, Albanija i Grčka, <https://www.forumaic.org/corte-internazionale-delladriatico-e-dello-onio/?lang=hr>

¹¹ Lasić, M., *Arbitražno pravo*, op. cit., str. 44.

¹² Sl. gl. BiH, br. 39/03 i 24/23.

¹³ Pravila o arbitraži UNCITRAL-a, usvojila je Opća skupština UN-a Rezolucijom 31/98

Arbitraža označuje način rješavanja sporova u kojemu treća, nepristrana osoba od povjerenja strankama, arbitar, ima ovlast odlučiti o sporu svojom odlukom.¹⁴ Kada nastane spor među strankama iz ugovornog ili nekog izvanugovornog odnosa, on se može povjeriti arbitraži ili izabranom sudu na rješavanje.¹⁵ Dvije bitne značajke arbitraže su: presuda je primjena pozitivnog prava na konkretni spor i presuda je obvezna za stranke i mora se izvršiti.¹⁶ Temelj arbitraže je sporazum koji mora bit sastavljen u pisanoj formi.

Arbitraže ili izabrano suđenje prema načinu organiziranja dijele se na *ad hoc* i institucionalne arbitraže. Naprijed navedene arbitraže su institucionalne arbitraže, koje provodi arbitražni sud pri arbitražnim ustanovama, dok *ad hoc* arbitražu provodi arbitražni sud koji se konstituira za jedan konkretan slučaj, neovisno o arbitražnoj ustanovi. Prema vrsti spora arbitraže dijelimo na opće arbitraže koje rješavaju sve vrste sporova i specijalizirane arbitraže koje rješavaju određene vrste sporova. Nadalje, arbitraža može bit unutarnja (domaća, nacionalna) i međunarodna arbitraža. Unutarnja arbitraža, gledano s motrišta bosanskohercegovačkog prava, jest ona međunarodna arbitraža u kojoj bi meritorna odluka bila donesena na njezinu teritoriju.¹⁷ Dok međunarodna arbitraža djeluje kao suprancionalna arbitraža, neovisno o nacionalnom pravu.

Kako bi jedan spor bio predmet arbitražne odluke, stranke se svojom slobodnom voljom, odnosno sporazumom, moraju odlučiti povjeriti ga na odlučivanje određenoj arbitraži. Spor je arbitrabilan ukoliko se može riješiti arbitražom. Granice dopustivosti arbitraže (arbitrabilnosti) određuju se s obzirom na stranke, vrstu sporova te vrstu sudske ovlasti koja je za njih

od 15. prosinca 1976. godine, koja je ujedno preporučila uporabu Arbitražnih pravila UNCITRAL-a. UNCITRAL se sastoji od komisija iz 60 zemalja koje bira Opća skupština Ujedinjenih naroda vodeći računa o raznolikosti regija, ekonomskih i pravnih sustava. Povjerenstvo ima mandat od šest godina. Jedan od najistaknutijih doprinosa UNCITRAL-a je Model zakona UNCITRAL-a o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži koji se može primijeniti za rješavanje međunarodnih sporova, v. <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

¹⁴ Lasić, M., *Arbitražno pravo*, op. cit., str. 19.

¹⁵ Vuković, Đ. i Kunštek, E., *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2005, str. 275. Naziv izabrano suđenje proizlazi iz činjenice što su rješavanje spora stranke svojim ugovorom povjerile arbitražnom, izbranom sudu koji je sastavljen od jedne – arbitar pojedinac, ili više osoba – arbitražno vijeće, arbitražni sud te ga na taj način izuzimaju iz nadležnosti državnog suda.

¹⁶ Andrassy J. Et al., *Međunarodno pravo 3*, Školska knjiga, Zagreb, 2007, str. 26.

¹⁷ *Ibid*, str. 41.

predviđena, ali i s obzirom na vrstu arbitražnih sudova čija se ovlast može ugovoriti.¹⁸ Stranke mogu sklopiti ugovor o arbitraži kao poseban ugovor za sve ili određene sporove koji su među njima nastali ili bi mogli nastati ili mogu sklopiti ugovor u kojem ugovaraju nadležnost arbitraže odnosno arbitražnu klauzulu. Broj arbitara arbitraže mora biti neparan, u pravilu jedan ili tri. Odredbom čl. 437 st. 2 Zakona o parničnom postupku FBiH¹⁹ propisano je da, ako ugovorom stranaka nije određen broj arbitara, svaka stranka postavlja po jednog arbitra, a oni biraju predsjednika. Arbitraža kao samostalan sud ima predsjednika, zamjenika predsjednika, arbitražno vijeće i arbitre pojedince, koje bira nadležno tijelo VTK BiH na mandatno razdoblje od četiri godine, nakon kojeg mogu biti ponovno birani. Arbitražno vijeće ili arbitar pojedinac, ako se stranke nisi sporazumjele, određuju jezik ili jezike na kojima će se voditi arbitražni postupak.

Pravila postupka arbitraže ovise od toga obraćaju li se stranke *ad hoc* arbitraži ili stalnom arbitražnom sudu. Ako su stranke ugovorile *ad hoc* arbitražu, same određuju postupak, u suprotnom arbitri određuju postupak. Ako su ugovorile institucionalnu arbitražu u BiH, postupak se provodi prema pravilima tog arbitražnog suda.

Arbitražni sud pri VTK BiH je nadležan za sporove ako su se stranke sporazumjele o njenoj nadležnosti, ako se radi o trgovačkom sporu u kojem stranke mogu slobodno raspolagati predmetom spora i ako nije predviđena isključiva nadležnost redovnog suda.²⁰ Ugovor o nadležnosti arbitraže može se zaključiti kako u pogledu određenog spora tako i u pogledu budućih sporova koji mogu nastati iz određenog pravnog odnosa. Arbitražni postupak pokreće se pismenom tužbom.²¹ Rok za dostavljanje odgovora na tužbu u pravilu je 30 dana od dana prijema tužbe, a predsjednik arbitraže može utvrditi i kraći rok. Tužena strana može sve do zaključenja glavne rasprave podnijeti protutužbu ako zahtjev protutužbe proističe iz istog pravnog odnosa. Arbitri se biraju sa

¹⁸ Arbitraža, dostupno na: <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?ID=3579>, posjećeno 15.2.2023.

¹⁹ SL. n. FBiH, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006 i 98/2015.

²⁰ Čl. 1 Pravilnika o organizaciji i radu Arbitražnog suda VTK BiH.

²¹ Tužba se dostavlja Arbitraži u pet primjeraka, a mora sadržavati: a) ime, zanimanje i stalno prebivalište, odnosno naziv, predmet poslovanja i sjedište obiju stranaka; b) dokaz o postojanju arbitražnog ugovora na kojem se zasniva nadležnost arbitraže, ako postoji; c) predmet i vrijednost spora, činjenično stanje, tužbene zahtjeve, dokaze i sve dokumente koji se odnose na predmet spora, u originalu ili u prijepisu ovjerenom od strane stranke; d) prijedlog za imenovanje arbitra.

dvije odvojene liste arbitara koju utvrđuje predsjednik i potpredsjednici Komore BiH, a to su: lista arbitara za sporove u kojima obje strane imaju sjedište, odnosno prebivalište na teritoriji BiH, i lista arbitara za sporove u kojima barem jedna od stranaka ima sjedište, odnosno prebivalište na teritoriji druge države.²²

Nakon primitka tužbe i odgovora na tužbu, predsjednik arbitražnog vijeća, odnosno arbitar pojedinac pristupa ispitivanju prikupljenih dokaza i poduzima sve potrebne mjere za dopunu dokaznog postupka.²³ Ako arbitri utvrde da su pismeni podnesci i dokazi dovoljni za donošenje presude i bez usmene rasprave i ako niti jedna od stranaka nije zahtijevala održavanje usmene rasprave, obavijestit će stranke da presuda može biti donesena na temelju podnesenih pismenih dokaza. Arbitri donose presudu bez rasprave, na temelju podnesenih dokaza, ako stranke u roku od petnaest dana ne zahtijevaju usmenu raspravu. Također, stranke mogu sporazumno podnijeti prijedlog za donošenje presude bez održavanja usmene rasprave. Usmena rasprava održava se u sjedištu arbitraže ili na nekom drugom mjestu na prijedlog stranaka ili arbitražnog vijeća odnosno arbitra pojedinca, a ista nije javna. Nakon izvođena dokaza po prijedlogu stranke ili naredbi arbitra, arbitražno vijeće ili arbitar pojedinac zaključuje arbitražni postupak te donosi presudu. Prilikom donošenja presude primijenit će se materijalno pravo koje su stranke izabrale, u suprotnom primijenit će se pravo na koje upućuju kolizijske norme čiju primjenu arbitražno vijeće odnosno arbitar pojedinac smatraju najprikladnijim. Presuda se donosi u roku od 15 dana od završetka posljednje rasprave ili sjednice arbitraže, većinom glasova, ako ugovorom o arbitraži nije drukčije određeno.²⁴ Presuda se ne objavljuje, a strankama se dostavljaju prijepisi presude preko nadležnog suda. Arbitražna presuda (pravorijek) ima snagu pravosnažne i izvršne presude redovnog suda, osim ako ugovorom o arbitraži nije predviđena žalba pred izbranim sudom višeg stupnja. Stranke za sve vrijeme postupka imaju pravo riješiti spor nagodbom (poravnanjem).

²² Čl. 23 Pravilnika o organizaciji i radu Arbitražnog suda VTK BiH.

²³ Prema čl. 32 Pravilniku o organizaciji i radu Arbitražnog suda VTK BiH, stranke mogu naknadnim podnescima dopunjavati svoje navode iz tužbe i odgovora na tužbu, kao i dokazni materijal. Nakon što su prikupljeni dokazi proučeni i po potrebi upotpunjeni, predsjednik arbitražnog vijeća, odnosno arbitar pojedinac zakazuje usmenu raspravu.

²⁴ Ako se ne može postići potrebna većina glasova (kvalificiranom većina), arbitražni sud obavještava stranke, koje mogu zatražiti da nadležni redovni sud izrekne prestanak važenja ugovora o arbitraži. Usp. ZPP FBiH čl. 446.

U BiH ni jedan zakon kojim su uređena prava intelektualnog vlasništva ne regulira rješavanje sporova arbitražom, ali i ne isključuje mogućnost arbitraže. Žigovi su privatna prava kojima stranke mogu slobodno raspolagati, pa prema bosanskohercegovačkom pravu arbitralnost sporova povodom povreda žigova ne bi trebalo da bude upitna.²⁵ Treba naglasiti kako prava industrijskog vlasništva pa tako i prava žiga nastaju odlukom Instituta, pa se o njihovom nastanku, trajanju i prestanku te vrijednosti žiga, ne može tražiti postupak pred arbitražom. Ako bi se pitanje vrijednosti žiga pojavilo pred arbitražnim tijelom, tada bi se moglo o vrijednosti žiga odlučiti *inter partes* u arbitražnom postupku, odnosno uputiti stranke na rješavanje ovog pitanja pred Institutom, ili konačno oglasiti se nenadležnim glede pitanja vrijednosti žiga.²⁶ Ipak se prema slobodnom raspolaganju stranaka prava industrijskog vlasništva može zaključiti da sporovi u pogledu prava industrijskog vlasništva mogu biti predmetom arbitraže, ako se radi o prijenosu, ugovoru o licenci, zalogu ili nekom drugom načinu raspolaganja. Ako dođe do povrede ugovorne obaveze, arbitraža će moći odlučiti u ovom sporu, odnosno donijeti odluku o tome je li došlo do povrede ugovorne obaveze. Arbitražna odluka biti će jednaka sudskoj odluci.

2. Alternativno rješavanje sporova – mirenje

Alternativno rješavanje sporova (dalje: ADR) obuhvaća sve metode sprečavanja i rješavanja sporova uz pomoć treće stranke, osim parnice (pred državnim sudovima) i arbitraže.²⁷ U metode ADR-a s međunarodnim elementom ubrajamo mirenje, ugovorno vještačenje, arbitriranje, arbitriranje, hibrid: *med-arb*, mini parnica (*mini-trial*), evaluacija i odbor za razmatranje.²⁸ Iako u načelu predstavljaju slične postupke mirnog rješavanja sporova, ipak doktrina radi razliku između posredovanja (medijacije) i mirenja (koncilijacije).²⁹ Unatoč navedenom, nije postignuto suglasje oko postojanja razlike između posredovanja i mirenja, a ova dva izraza sve su više u uporabi kao sinonimi.

²⁵ Zlatović, D., *Nelojalna konkurencija i pravo intelektualnog vlasništva u Bosni i Hercegovini – pravni izvori, oblici pravne zaštite i sudska praksa*, Privredna štampa, Sarajevo, 2014, str. 452.

²⁶ Zlatović, D., *Sudska zaštita žiga u europskom i bosanskohercegovačkom pravu*, magistarski rad, Pravni fakultet u Mostaru, Mostar, 2011, str. 263.

²⁷ Lasić, M., *Arbitražno pravo*, op. cit., str. 215.

²⁸ O metodama ADR-a, v. *ibid*, str. 217. – 229. Knežević, Gašo, Pavić, Vladimir, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 3. Izdanje, Beograd, 2013., str. 19. i dalje.

²⁹ Vukmir, B. *Ugovori o zajedničkim ulaganjima – Joint Venture Agreements*, Informator, Zagreb, 1994., str. 284.

Za razliku od arbitraže u kojoj se donosi dosuđujuća odluka, u metodama ADR-a donose se nepravomoćne odluke. Najčešći oblik ADR-a je mirenje u kojemu stranke suglasnošću volja pokreću postupak te tijekom cijelog postupka imaju mogućnost raspolaganja obostranim zahtjevima i prijedlozima, bez utjecaja vanjskog autoriteta.³⁰ Mirenje (posredovanje, medijacija, koncilijacija) je svaki postupak, bez obzira na njegov naziv, kojim stranke nastoje sporazumno riješiti vlastiti spor pod vodstvom i uz pomoć treće neovisne strane odnosno jednog ili više izmiritelja, koji strankama pomaže postići nagodbu, bez ovlasti nametanja obvezujućeg rješenja.³¹ Cilj mirenja je pronaći najprihvatljivije rješenje za sve ugovorne stranke, uz podršku treće objektivne strane. Postupak mirenja ne završava se presudom, sporazumom u obliku nagodbe, a u slučaju neuspjeha stranke ništa ne gube.

U BiH mirenje je uređeno Zakonom o postupku medijacije (Sl. gl. BiH, br. 37/04 – dalje: ZPM) koji je *lex generalis* za sve postupke mirenja. Postupak medijacije u entitetima uređen je Zakonom o postupku medijacije Federacije BiH (Sl. n. FBiH, br. 47/07) i Zakonom o postupku medijacije RS (Sl. gl. RS, br. 57/07).

Prema ZPM-a, kao općem zakonu o mirenju u BiH, mirenje je postupak u kojem treća neutralna osoba (izmiritelj) pomaže strankama u nastojanju da postignu obostrano prihvatljivo rješenje spora, pri čemu medijator ne može nametnuti strankama rješenje spora.³² Postupak medijacije vodi izmiritelj po jedinac sukladno načelima mirenja, osim ako se stranke dogovore da postupak obavlja više izmiritelja.³³

Prema čl. 4 ZPM-a stranke u sporu mogu se sporazumjeti, prije i nakon pokretanja sudskog postupka do zaključenja glavne rasprave, da spor riješe u postupku medijacije. Ako stranke prije pokretanja sudskog postupka nisu pokušale riješiti spor u postupku medijacije, sudac koji vodi sudski postupak može, ako ocijeni da je to svrhovito, na pripremnom ročištu predložiti strankama da spor pokušaju riješiti u postupku medijacije. U ZPM-u ne navodi se na koje se sporove odnosi njegovo polje primjene, ali tu se svakako misli na sporove u kojima stranke mogu slobodno raspolagati, a jedni od njih su i sporovi u pogledu povrede prava industrijskog vlasništva.

³⁰ Hadžić, A., Medvidović, L., Rechtspfleger, P., *Dragovoljno sudovanje, medijacija*, Europski pokret Split – Grafika, Osijek, 2005, str. 88.

³¹ Usp. Šimac, S., *Mirenje – alternativni način rješavanja sporova*, Zbornik PF Sveučilišta u Rijeci, v 27, br. 1, 2006, str. 612. i Lasić, M., *Arbitražno pravo*, op. cit., str. 192.

³² Čl. 2. ZPM.

³³ *Ibid*, čl. 3.

Osnovna načela alternativnog rješavanja sporova pa tako i mirenja su:³⁴

- a) autonomija stranaka u pokretanju postupka, određivanju pravila postupka, te izboru izmiritelja i donošenju odluka,
- b) neutralnost u odnosu izmiritelja prema sadržaju i rješenju spora,
- c) povjerljivost između stranaka, te stranaka i izmiritelja, koja se ističe u tajnosti podataka u sporu,
- d) jednakost u odnosu medijatora prema strankama.

Stranke zajednički biraju izmiritelja s liste izmiritelja, a ako se ne mogu dogovoriti oko izbora, izmiritelja imenuje Udruženje medijatora BiH.³⁵ Postupak mirenja pokreće se pismenim ugovorom o mirenju koji potpisuju stranke i izmiritelj.³⁶ U slučaju dogovora između stranaka o rješavanju spora u postupku mirenja, ukoliko je u tijeku parnični postupak, stranke su dužne obavijestiti suca o pokretanju postupka mirenja, dostavljanjem kopije ugovora o mirenju. Nadalje, u slučaju dogovora stranaka u tijeku parničnog postupka, na prijedlog suca ili stranaka o rješavanju spora u postupku medijacije, sud odgađa ročište najduže trideset dana.

Stranke su dužne blagovremeno dostaviti svu relevantnu dokumentaciju u vezi s predmetom spora, a izmiritelj je dužan provesti postupak bez odugovlačenja. Izmiritelj, na zahtjev stranke, može dati prijedlog mogućnosti rješavanja spora, ali ne i rješenje. U slučaju iznalaženja zajedničkog rješenja, stranke će sačiniti pismeni sporazum o nagodbi uz pomoć izmiritelja, koji ima snagu izvršne isprave.

Bitne pozitivne karakteristike mirenja su:³⁷

- rasterećenje redovnih sudova koji vode formalne i nefleksibilne postupke za razliku od postupka mirenja koji je neformalan i fleksibilan,

³⁴ Zlatović, D. *Sudska zaštita žiga u europskom i bosanskohercegovačkom pravu*, op.cit., str. 274 i ZPM čl. 6–9.

³⁵ Poslovi mirenja prenose se na Udruženje izmiritelja BiH Zakonom o prenošenju poslova medijacije na udruženje medijatora iz 2005. (Sl. gl. BiH, br. 52/05). Centar za medijaciju u Banjoj Luci otvoren je 2004, a u Sarajevu 2005. u okviru partnerskog sporazuma o provedbi projekta ADR Međunarodne financijske korporacije i Udruge medijatora BiH, a centri su 2007. postali novi uredi Udruge medijatora BiH.

³⁶ Čl. 10 ZPM-a, a prema čl. 11 ZPM-a ugovor o medijaciji mora sadržavati: podatke o ugovornim stranama, zakonskim zastupnicima ili punomoćnicima, predmet mirenja (opis spora), izjavu o prihvaćanju načela mirenja, mjesto održavanja mirenja, odredbe o troškovima postupka i naknadu izmiritelju.

³⁷ Lasić, M., *Arbitražno pravo*, op. cit., str. 193.

- dobrovoljnost i konsenzualnost stranaka u postupku mirenja, kada jedna stranka prihvati prijedlog od druge,
- brži, jeftiniji, učinkovitiji i povoljniji način rješavanja sporova,
- stvaranje tolerantnog okruženja pogodnog za gospodarski i socijalni razvitak.

Najpogodniji sporovi za mirenje su trgovački sporovi, a među njima posebno građevinski sporovi, sporovi vezani za intelektualno vlasništvo, menadžment, naknadu štete i dr., a upravo se u tim sporovima postiže najveći postotak uspjeha u mirenju i ujedno se najbrže dolazi do rješenja.³⁸

Četiri najpoznatija akta o mirenju između međunarodnih trgovačkih subjekata su Pravila UNCITRAL-a, Pravila ICC-a, Pravila ZHK-a, te Pravila o koncilijaciji, arbitraži i ekspertizi Europsko-arapske trgovačke komore od 10. siječnja 1983.³⁹

3. Međunarodna trgovačka arbitraža i rješavanje sporova u vezi sa zaštitom prava industrijskog vlasništva

Za razliku od domaće arbitraže u kojoj je arbitražni postupak vođen na području BiH, gdje je ujedno donesena arbitražna odluka, međunarodna trgovačka arbitraža, kao nadnacionalna arbitraža, postoji ako je spor s međunarodnim obilježjem, u kojem je barem jedna od stranaka fizička osoba s prebivalištem ili boravištem u inozemstvu ili pravna osoba osnovana po stranom pravu. Međunarodna trgovačka arbitraža većinom se koristi u međunarodnim trgovačkim sporovima, no sve je popularnija za rješavanje sporova prava intelektualnog odnosno industrijskog vlasništva. Stoga je WIPO 1994. godine u Švicarskoj osnovao Centar za arbitražu i mirenje (eng. WIPO Arbitration and Mediation Center, dalje: Centar WIPO) s ciljem promoviranja arbitraže i mirenja za rješavanje trgovačkih sporova. Osim rješavanja sporova prava industrijskog vlasništva pred Centrom WIPO, moguće ih je rješavati pred drugim arbitražnim institucijama kao što su Arbitraža Međunarodne gospodarske komore u Parizu (ICC)⁴⁰, Londonsko sudište za međunarodnu

³⁸ Usp. Šimac, S., *Mirenje – alternativni način rješavanja sporova*, Zbornik PF Sveučilišta u Rijeci, v. 27, br. 1, 2006, str. 622.

³⁹ Ude, L., *Arbitražno pravo*, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 39–42.

⁴⁰ Međunarodna trgovačka komora (eng. *International Chamber of Commerce*, dalje: ICC) institucionalna je međunarodna ustanova, osnovana 1919. u Parizu od strane trgovaca koji su se nazivali „trgovci mira“ (*the merchants of peace*). Osnovna zadaća ICC-a je postavljanje pravila, rješavanje sporova i zagovaranje politike. Arbitražni sud ICC-a

arbitražu (LCIA), Američko udruženje za arbitražu (AAA), Arbitražni institut Stockholmske trgovačke komore (SCC Arbitražni institut)⁴¹ i dr.

Izvori prava industrijskog vlasništva u BiH posebni su zakonski propisi (*lex specialis*) kojima se uređuje materija prava intelektualnog vlasništva, i to: Zakon o patentu, Zakon o žigu, Zakon o industrijskom dizajnu, Zakon o zaštiti oznaka geografskog porijekla i Zakon o zaštiti topografije integriranog kruga, svi objavljeni u Sl. gl. BiH, br. 53/10. Navedene zakone slijede brojni podzakonski akti, pravilnici i odluke, kojima se pobliže uređuju pojedina pitanja sadržana u navedenim zakonima.⁴² Osnovni cilj cjelokupne revizije zakonodavstva prava industrijskog vlasništva iz 2010. bio je uskladiti propise BiH s propisima i pravnom stečevinom EU (*acquis communautaire*), kao i s međunarodnim konvencijama i ugovorima koje je BiH ratificirala, te ispunjavanje obveza iz Privremenog sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju BiH i EU (2008), čime su se stvorile pretpostavke za pristupanje BiH Svjetskoj trgovinskoj organizaciji, kao i put ka punopravnom članstvu u EU. Iako je reforma prava intelektualnog (industrijskog) vlasništva u BiH 2010. bila uspješna i usklađena sa pravnom stečevinom EU, zbog brojnih izmjena koje su nastupile na europskoj razini, potrebno je zakonodavstvo iz prava industrijskog vlasništva BiH uskladiti s novom europskom regulativom (uredbe i direktive).

Većina prava industrijskog vlasništva uređena je nacionalnim zakonima, na temelju kojih su nacionalni sudovi dužni postupiti u slučaju njihove povrede. Za razliku od redovnih sudova, međunarodna trgovačka arbitraža je bolje rješenje u slučaju postojanja međunarodnih i prekograničnih sporova u pogledu prava industrijskog vlasništva, odnosno prava žiga. Prednosti međunarodne

osnovan je 1923. sa sjedištem u Parizu, koji ima svoje urede u cijelom svijetu, a ujedno je vodeća svjetska arbitražna institucija, koja je pružala usluge u preko 25.000 arbitražnih predmeta. Arbitraža ICC odnosi se na rješavanje sporova prema Arbitražnim pravilima ICC-a. Standardna arbitražna klauzula koju preporučuje ICC za rješavanje sporova prema Arbitražnim pravilima ICC-a glasi: „Svi sporovi koji proizlaze iz ovog ugovora ili u vezi s ovim ugovorom, konačno će se riješiti u skladu s Arbitražnim pravilima Međunarodne trgovačke komore, od jednog ili više arbitara imenovanih u skladu s tim pravilima“. Od osnivanja ICC-a, postojalo je trinaest verzija Arbitražnih pravila ICC-a, a trenutno su na snazi Arbitražna pravila ICC-a od 1. siječnja 2021. O Arbitraži ICC-a, dostupno na: <https://www.international-arbitration-attorney.com/hr/icc-arbitration/>, posjećeno 20.2.2023.

⁴¹ Međunarodna arbitraža u Švedskoj, dostupno na: <https://www.international-arbitration-attorney.com/hr/international-arbitration-in-sweden/>, posjećeno 20.2.2023.

⁴² V., <https://www.ipr.gov.ba/bs/stranica/zakoni-i-drugi-propisi-bih-iz-oblasti-intelektualnog-vlasnitva-bs>, posjećeno 22.1.2023.

trgovačke arbitraže za rješavanje sporova iz prava industrijskog vlasništva su:⁴³

- postojanje međunarodnog elementa u sporovima industrijskog vlasništva, kada su stranke u sporu iz različitih država gdje se upotrebljava više materijalnih zakona. Npr. za određeni spor može biti nadležno više sudova različitih država, što bi moglo dovesti do proturječja u ishodu spora i nedosljednosti odluka, a upravo se navedeni problem može efikasnije riješiti pred međunarodnom trgovačkom arbitražom,
- stručnost i tehnička znanja arbitara jer su sporovi u pogledu prava industrijskog vlasništva po svojoj prirodi tehnički sporovi. Stranke u međunarodnom trgovačkom arbitražnom postupku imaju mogućnost slobodnog izbora arbitara, a na temelju svog slobodnog izbora mogu odabrati upravo one arbitre koji su specijalizirani za sporove u svezi s industrijskim vlasništvom,
- objedinjavanje više postupaka u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži u pogledu sporova industrijskog vlasništva, čime se smanjuje rizik od nedosljednih i proturječnih odluka kao i smanjenje troškova rješavanja spora,
- efikasniji i učinkovitiji arbitražni postupak za razliku od redovnih sudskih postupaka,
- hitnost i privremene mjere koje su predviđene u većini arbitražnih pravila, a nisu dostupne pred redovnim sudovima pojedinih zakonodavstava,
- proceduralna fleksibilnost međunarodne trgovačke arbitraže prema kojoj stranke mogu prilagoditi spor vlastitim potrebama kao što su proceduralni rokovi, redosljed postupka, izrada dokumenata i sl.,
- konačnost arbitražne odluke (pravorijeka) što je ujedno jedna od prednosti u odnosu na sporove redovnih sudova. Stranke imaju ograničene mogućnosti žalbe u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži,
- povjerljivost arbitražnog postupka i odluke, što je posebno važno za rješavanje sporova industrijskog vlasništva koji su uglavnom osjetljivije prirode,
- izvršenje i priznanje stranih arbitražnih presuda prema Konvenciji za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka (Newyorška konvencija). Ovo je ujedno jedna od glavnih prednosti međunarodne trgovačke arbitraže.

⁴³ Usp. Međunarodna arbitraža i intelektualno vlasništvo, dostupno na: <https://www.international-arbitration-attorney.com/hr/international-arbitration-and-intellectual-property-ip-disputes/>, posjećeno 20.2.2023.

4. Arbitrabilnost sporova prava industrijskog vlasništva, posebice prava žiga

Kako bi se određeni spor uopće mogao podvrgnuti arbitraži, nužna je njegova arbitrabilnost, odnosno svojstvo određenog spora da može biti riješen arbitražom. U apstraktnom smislu potrebno je zakonom ili međunarodnim ugovorom utvrditi mogućnost da spor bude podvrgnut arbitraži.

Pod pojmom arbitrabilnosti obuhvaćena su različita pitanja: pitanje arbitrabilnosti *ratione materiae* odnosno objektivne arbitrabilnosti (koji sporovi se mogu podvrgnuti arbitraži), pitanje arbitrabilnosti *ratione personae* odnosno subjektivne arbitrabilnosti (koje stranke mogu svoje sporove podvrgnuti arbitraži), pitanje arbitrabilnosti *ratione territorii* odnosno teritorijalnih granica arbitrabilnosti (može li se određeni spor rješavati pred stranim arbitražnim sudom) te pitanje arbitrabilnosti *ratione institutionis* odnosno institucionalnih granica arbitrabilnosti (mogu li se određeni sporovi iznositi samo pred arbitražne institucije ili je dopuštena i tzv. *ad hoc* arbitraža).⁴⁴

Nearbitrabilnost je razlog odbijanja priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka prema Newyorškoj konvenciji, a nearbitrabilni sporovi čine arbitražni sporazum nevažećim.⁴⁵ Kao posljedica navedenog, može doći do pokretanja postupka pred redovnim sudom u pogledu predmeta spora povodom povreda industrijskog vlasništva, bez obzira na postojanje arbitražnog sporazuma.

Iako danas možemo reći da su u gotovo svim državama sporovi u svezi sa industrijskim vlasništvom arbitrabilni, problem koji se može pojaviti je da se predmet spora ne može riješiti arbitražom na temelju zakona u sjedištu arbitraže ili prema onim zakonima država u kojima bi pravorijek trebalo da se izvrši.

Arbitrabilnost sporova u vezi sa povredom prava industrijskog vlasništva općenito je dopuštena u mnogim modernim pravnim sustavima, budući da su prava industrijskog vlasništva privatna prava, a njihova povreda stvara učinak između prekršitelja i nositelja prava.⁴⁶ U području prava žiga mogu nastati primarno dvije vrste sporova: sporovi iz ugovora koji se tiču žigova te sporovi zbog povrede žiga.⁴⁷

⁴⁴ Triva, S., Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Komentar Zakona o arbitraži i drugi izvori hrvatskog arbitražnog prava, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 343.

⁴⁵ Lawyer Ay Yunus Emre, LLB, LLM, *Intellectual property disputes and international arbitration*, Zbornik radova PF u Splitu, god. 58, 3/2021, str. 930.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Povrženić, N., *Arbitrabilnost sporova iz područja industrijskog vlasništva*, Pravo u gospodarstvu, 2, 2005, str. 157.

Žig je privatno pravo njegovog nositelja, na temelju kojeg je odgovornost održavanja žiga u vrijednosti⁴⁸, te praćenje eventualnih povreda na tržištu i poduzimanje odgovarajućih pravnih radnji sa svrhom sprečavanja povrede, stvar samog nositelja žiga. Na temelju privatnog prava, žigom se može slobodno raspolagati, a sporovi iz ugovora koji se tiču žiga u osnovi mogu biti predmetom arbitraže. Sporovi iz ugovora kojima se prenosi žig ugovora o licenci, zalogu ili nekom drugom načinu raspolaganja žigom se vrlo često i uobičajeno povjeravaju na rješavanje arbitraži. Obično se ugovori o arbitraži sklapaju u obliku arbitražne klauzule u takvim ugovorima, u pravilu prije nastanka samog spora za sve sporove koji bi mogli nastati iz ugovornog odnosa.⁴⁹ Osim uobičajenih prednosti arbitražnog rješavanja sporova, za njihovo rješavanje iz područja žigova važna je prednost izbora arbitara koji imaju posebna znanja iz prava žiga kao i tajnost arbitražnog postupka. Žigovi su teritorijalna prava, a ugovorni odnosi povodom žigova često se odnose na više država, pa je putem arbitraže moguće u jednom postupku riješiti više sporova koji bi inače trebalo da budu riješeni pred nacionalnim sudovima svake od država na koju se odnose.⁵⁰

Objektivna arbitrabilnost određuje koji se sporovi mogu podvrći arbitražnom rješavanju, a utvrđena je prinudnim materijalnim pravilima međunarodnog privatnog prava.⁵¹ Mali je broj sporova povodom povreda žiga koji se povjeravaju arbitraži upravo zbog određivanja objektivne arbitrabilnosti. Države svojim propisima uređuju koja se pitanja mogu povjeriti na rješavanje arbitraži, te dodatno propisima o isključivoj sudskoj nadležnosti postavljaju granice toj arbitrabilnosti.⁵² Objektivnu arbitrabilnost arbitražni sud i nacionalni sudovi moraju utvrditi prema pravilima *lex fori*.⁵³ U većini država sporovi povodom povreda žiga uglavnom su arbitrabilni, iz razloga što strane mogu ugovoriti arbitražu za sporove o pitanjima kojima mogu slobodno raspolagati. Također, u modernim pravnim sustavima, propisima kojima se

⁴⁸ Vrijednost žiga može prestati neproduljenjem vrijednosti po isticanju perioda zaštite žiga, opozivom, odricanjem i proglašenjem ništavim rješenja o registraciji. Održavanje žiga dostupno na: <https://www.dziv.hr/hr/intelektualno-vlasnistvo/zigovi/odrzavanje/>, posjećeno 16.2.2023.

⁴⁹ Rački, Marinković, A., *Arbitražno rješavanje sporova iz područja žigova*, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, vol. 51, no. 4, 2012, str. 1032.

⁵⁰ *Ibid.*, str. 1033.

⁵¹ Sajko, K., *O arbitrabilnosti u komparativnoj arbitraži – Neke napomene*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, vol. 60, no. 5, 2010, str. 961.

⁵² Rački, Marinković, A., *Arbitražno rješavanje sporova iz područja žigova*, op. cit., str. 1035.

⁵³ Sajko, K., *O arbitrabilnosti u komparativnoj arbitraži – Neke napomene*, op. cit., str. 966–968.

uređuju prava žiga nije propisana isključiva sudska nadležnost za rješavanje sporova povodom povrede žiga.

Iako se Uredba br. 1215/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2012. o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima⁵⁴ ne primjenjuje na arbitražu, ona propisuje isključivu nadležnost u postupcima koji se odnose na registraciju i valjanost prava žiga i drugih prava industrijskog vlasništva. Također, ne propisuje isključivu nadležnost za sporove povodom povreda tih prava, kao ni za sporove koji proizlaze iz ugovora i tiču se prava žiga. Presuda Europskog suda pravde u predmetu C-288/82 od 15. studenog 1983, Ferdinand Duijnsteer protiv Lodewijka Goderbauera⁵⁵, navodi da nije predviđena isključiva nadležnost suda države u kojoj je pravo bilo zaštićeno, kako za sporove koji se tiču povrede tako i za druge sporove.

5. Učinak arbitražnih odluka

Arbitražne odluke po svojoj prirodi obvezuju samo stranke u postupku, odnosno djeluju *inter partes*. Učinak arbitražne odluke u pogledu industrijskog vlasništva ovisan je o nadležnosti i vrsti industrijskog vlasništva. Sporovi u pogledu povrede žiga djeluju *erga omnes* i daju nositelju pravo ostvarivanja protiv bilo koje treće osobe.

Razlog tomu je što sporovi povodom povrede žiga ne proizlaze iz ugovora među strankama, nego su posljedica isključivog prava na žig. Kako bi se određeni spor podvrgnuo arbitraži potrebno je zaključiti ugovor o arbitraži nakon nastanka spora. Interes za sklapanje takvog arbitražnog ugovora čini se puno manjim nego kad stranke sve svoje sporove iz nekog ugovornog odnosa u koji ulaze unaprijed povjeravaju arbitraži.⁵⁶

⁵⁴ Objavljena u SL L 351, 20. prosinca 2012, stupila na snagu 10. siječnja 2015, a poznata kao Uredba Bruxelles I bis. Uredba Bruxelles I bis najvažniji je izvor unijskog (nekadašnjeg komunitariziranoga) međunarodnog privatnog postupnog prava. Jedan od razloga njezinog donošenja je ujednačavanje pravila za određivanje nadležnosti sudova te pravila o priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, osiguranje pravosudne suradnje u predmetima s međunarodnim obilježjem, a sve u cilju dobrog funkcioniranja unutarnjeg tržišta EU.

⁵⁵ Presuda Suda (četvrto vijeće) od 15. studenog 1983. Ferdinand M.J.J. Duijnsteer protiv Lodewijka Goderbauera, dostupno na: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-288/82>, posjećeno 17.2.2023.

⁵⁶ Rački, Marinković, A., *Arbitražno rješavanje sporova iz područja žigova*, op. cit., str. 1041.

Sporovi o utvrđivanju valjanosti žiga čiji će učinak biti *erga omnes* i koji će za posljedicu imati brisanje toga žiga iz registra u pravilu nije arbitralan.⁵⁷ Ako bi se pitanje valjanosti žiga postavilo pred arbitražom, o valjanosti žiga moglo bi se odlučiti *inter partes* u arbitražnom postupku, odnosno uputiti stranke na rješavanje nadležnom tijelu ili se oglasiti nenadležnim po tom pitanju.

Prema navedenom, može se zaključiti da arbitražna odluka ima učinak *inter partes* samo u određenim okolnostima što ovisi o arbitrabilnosti sporova industrijskog vlasništva.

6. Centar za arbitražu i mirenje WIPO

Potkraj 80-ih godina 20. stoljeća dolazi do povećane uporabe arbitraže za rješavanje sporova između stranaka, kao i svijesti o svim prednostima koje ona pruža. Iako su se sporovi oko intelektualnog vlasništva rijetko povjeravali arbitraži i ADR-u, polako se mijenjala svijest poduzeća o vrijednosti i značaju intelektualnog vlasništva. Industrijsko vlasništvo s vremenom je postalo sredstvo stvaranja vrijednosti i imovine poduzeća, a kao posljedica njihovog iskorištavanja stranke su tražile brže, učinkovitija, fleksibilnija i jeftinija mehanizma rješavanja sporova.

Na traženja poduzeća, krajem 1991. tajništvo WIPO, na prijedlog Opće skupštine WIPO, sazvalo je Radnu skupinu nevladinih udruga o arbitraži i drugim izvensudskim mehanizmima za rješavanje sporova iz industrijskog vlasništva. Temeljem izvješća o radu Radne skupine i aktivnostima koje je poduzelo Tajništvo, Opća skupština WIPO odobrila je u rujnu 1993. uspostavu usluga WIPO za rješavanje sporova, odnosno mirenje, arbitraže i ubrzane arbitraže.

Centar WIPO osnovan je 1994. u Ženevi radi rješavanja međunarodnih trgovačkih sporova između ugovornih strana posebno prilagođenih za rješavanje sporova intelektualnog vlasništva.⁵⁸

Međunarodna skupina renomiranih stručnjaka za arbitražu, kao i Nadzorni odbor WIPO za arbitražu, koji je kasnije postao Vijeće za arbitražu i posredovanje WIPO, pomogli su novoosnovanom Centru WIPO u izradi nacрта Pravila WIPO za mirenje, arbitražu i ubrzanu arbitražu, ugovorne klauzule i

⁵⁷ Ibid, str. 1045.

⁵⁸ Više o Centru WIPO, dostupno na: <https://www.wipo.int/amc/en/center/index.html>, posjećeno 20.02.2023.

modele ugovora o podnošenju, koji su stupili na snagu 1. listopada 1994.⁵⁹

Centar WIPO je na međunarodnoj razini specijaliziran za sporove iz industrijskog vlasništva, koji pruža usluge rješavanja sporova putem mirenja, arbitraže i ubrzane arbitraže. Centar WIPO ima svoja posebna pravila za arbitražu i mirenje, WIPO arbitražna pravila, WIPO ubrzana pravila arbitraže i Pravila o mirenju WIPO.

Također, Centar WIPO pruža usluge rješavanja sporova u vezi sa imenom domena⁶⁰ prema UDRP pravilima⁶¹ te usluge savjetovanja, upravljanja i provođenja postupka po pravilima WIPO. Ime domene sastoji se od riječi, što može dovesti do povrede prava žiga. Registracija imena domena obavlja se primjenom pravila *prior tempore potior iure*, na način da je omogućena registracija bilo kojeg imena domena koje do sada nije registrirano. Ovakav otvoreni, demokratski karakter registriranja imena domena može dovesti do sporova između osobe koje je registrirala određenu oznaku kao ime domena, s jedne strane, i titulara prava, najčešće žiga, čiji je predmet sporna oznaka.⁶² Registracijom imena domena određena osoba (registrant) stječe pravo uporabe registriranog imena domena za određeno vremensko razdoblje, uz obvezu plaćanja registarske pristojbe.

Za razliku od registranta, nositelj žiga registracijom stječe isključiva prava na žig. Dok se žig može zaštititi na nacionalnoj, regionalnoj ili međunarodnoj razini, registrirana domena ima karakter globalne uporabe, što je u neskladu s

⁵⁹ Development of WIPO's Dispute Resolution Services, dostupno na: <https://www.wipo.int/amc/en/history/>, posjećeno 20.2.2023.

⁶⁰ Imena domena su internetske adrese i obično se koriste za pronalaženje internetskih stranica. Vidi WIPO Priručnik, *Kako se stvara žig – uvod u žigove za mala i srednja poduzeća*, Edicija „Primjena intelektualnog vlasništva u poslovanju“ br. 1, 2008, str. 19. Domene se određuju polazeći zdesna nalijevo, a odvajaju se točkom. Npr. Naziv Internet domene <https://pf.sum.ba/> koristi se za lociranje internetske stranice Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru. Svaki web-servis posjeduje program sustava imena domena (*Domain Name Server – DNS*), koji je u uporabi od 1985. i odgovara određenoj IP-adresi.

⁶¹ Registracija žiga ne predstavlja registraciju tvrtke ili imena domene, a ime domene može se registrirati kao žig i obratno. Rješavanje sporova nastalih povodom registracije imena domena mogu se rješavati sudskim putem ili primjenom arbitraže, odnosno ADR-a. Registracija imena domena obavlja se putem pravne osobe ovlaštene za upisivanje naziva sekundarnih domena u registar određene vršne domene. Upravljanje na DNS-om ima neprofitna organizacija ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), koja je osnovana 1998. sa sjedištem u Los Angelesu, SAD.

⁶² Popović, D., *Deset godina primjene UDRP pravila: obrisi ujednače prakse*, Strani pravni život, 3, 2011, str. 173.

načelom teritorijalnosti žiga.⁶³ Nadalje, načelo specijalnosti žiga⁶⁴ u suprotnosti je s načelom jedinstvenosti⁶⁵ internet domena na temelju kojeg je moguće registrirati samo jedno istovjetno ime domena. Registracija žiga ne predstavlja registraciju tvrtke ili imena domene, a ime domene može se registrirati kao žig i obratno.

Rješavanje sporova nastalih povodom registracije imena domena mogu se rješavati sudskim putem ili primjenom arbitraže, odnosno ADR-a. Rješavanje navedenih sporova u sudskom postupku pokazalo se neodgovarajućim kako zbog dužine trajanja postupka, tako i zbog primjene pravila prava žiga ili pravila o suzbijanju nelojalne konkurencije, kao i zbog mogućnosti prenošenja imena domene na treću osobu u tijeku samog sudskog postupka.⁶⁶

Iz navedenih razloga, na prijedlog WIPO, 26. kolovoza 1999. ICCAN je usvojio *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (dalje: UDRP pravila) i *Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, dalje: UDRP pravila postupka, vezano uz sporove oko registracija i korištenja generičkih vršnih domena, kao i za mnoge geografske vršne domene. UDRP pravila i UDRP pravila postupka međusobno su usko vezana i tvore sadržajnu cjelinu, zbog čega ih je često potrebno analizirati zajedno, pa se u tom slučaju dalje u radu označavaju samo kao UDRP.⁶⁷ ICANN je ovlastio nekoliko organizacija (centara) za rješavanje sporova primjenom UDRP pravila.⁶⁸ Među njima najznačajniji je Centar WIPO, koji je globalni lider u uslugama rješavanja sporova prema UDRP pravilima.

⁶³ Prema načelu teritorijalnosti, prava intelektualnog vlasništva ograničena su na područje države u kojoj su priznata ili na područje više država pod nadležnošću istog sustava zaštite. Svaka država, po načelu teritorijalnosti, oblikuje svoje zakonodavstvo prema svojim potrebama, prateći svoj gospodarski i tehnološki razvoj.

⁶⁴ Prema načelu specijalnosti znak koji je zaštićen žigom pokriva samo robu i/ili usluge za koje je zaštićen.

⁶⁵ Prema načelu jedinstvenosti, žig se sastoji od znaka koji je njime zaštićen, kao roba i/ili usluga na koje se taj znak odnosi.

⁶⁶ Popović, D., *Deset godina primjene UDRP pravila: obrisi ujednače prakse*, Strani pravni život, 3, 2011, str. 173.

⁶⁷ Jurić, M., *Rješavanje sporova o imenima internetskih domena primjenom Uniform domain name dispute resolution policy*, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, 59 (2-3), 2009, str. 439.

⁶⁸ Neke od organizacija su: *National Arbitration Forum (N.A.F.)*, *Asian Domain Name Dispute Centre (ADNDRC)*, *The Czech Arbitration Court (CAC)*, *Arab Center for Domain Name Dispute Resolution (ACDR)*.

Osnovna namjera izrade UDRP-a bila je stvaranje efikasnog pravnog sredstva za slučajeve *cybersquattinga*, odnosno na slučajeve registracije u zloj vjeri odnosno zlouporabe imena domene kako bi se povrijedila prava imatelja žiga. *Cybersquatting* postoji kada osoba, koja registrira ime domene koji sadrži žig, to čini u lošoj vjeri s namjerom ostvarenja profita od tog žiga i kada registrira, neovlašteno trguje ili koristi naziv domene, bilo u izvornoj ili razvodnjenom formi.⁶⁹ UDRP nije moguće pokrenuti bez prava žiga, kao ni druge postupke za povrat ili osporavanje imena domene.

UDRP-om mogu se rješavati samo slučajevi u zloj vjeri odnosno *male fide* registracije imena domena koji je istovjetan ili sličan predmetu tuđeg žiga.⁷⁰

Registracija u zloj vjeri, prema čl. 4 UDRP pravila⁷¹, postoji samo ako tužitelj dokaže tri kumulativne pretpostavke:

- da je ime domene identično ili zbunjujuće slično žigu ili uslužnom žigu,
- da tuženi nema pravo ili legitimirani interes u pogledu imena domene,
- da je tuženi ime domene registrirao i koristi je u zloj vjeri.

Nadalje, tužitelj mora dokazati zašto je sporno ime domene identično ili zbunjujuće slično žigu ili zašto je sporno ime domene registrirao njegov nositelj bez prava ili opravdanih interesa ili zašto se treba razmotriti da je sporno ime domene registrirano ili upotrijebljeno u zloj vjeri.⁷²

Navedene pretpostavke ujedno su uvjeti za pokretanje arbitražnog postupka prema UDRP pravilima, koji nije arbitražni postupak u pravom smislu, nego slični na njega jer odlučuje izvansudsko tijelo eksperata poznatih pod nazivom panelisti.

⁶⁹ Više vidi, Mešević, I., R., *Cybersquatting – novi oblik povrede žiga*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, br. 46/2003, str. 364–393.

⁷⁰ Usp. Popović, D., *Deset godina primjene UDRP pravila: obrisi ujednače prakse*, Strani pravni život, 3, str. 2011, str. 174.

⁷¹ Pravila jedinstvenog rješavanja sporova o nazivu domene – ICANN, dostupno na: <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en#4>, posjećeno 2.3.2023.

⁷² EUIPO, Komparativna analiza slučaja o sustavima za alternativno rješavanje sporova o nazivu domene, Izvršni sažetak, str. 4.

UDRP pravilima⁷³ je određeno da će se svi sporovi u pogledu imena domene, koja nisu ispunila tri kumulativne pretpostavke, moći riješiti putem bilo kojeg suda, arbitraže ili drugog postupka. UDRP pravila nisu jedinstveno pravno sredstvo za sve vrste sporova u pogledu imena domena, ali propisuju pravila vezana za arbitražni postupak (kako započeti postupak, formirati arbitra pojedinca ili arbitražno vijeće, koncilijaciju sporova, iznos naknade, rokove za donošenje odluka i dr.).

6.1. Pravila o mirenju WIPO

Prva pravila o mirenju WIPO (*WIPO Mediation Rules*) stupila su na snagu 1. listopada 1994, nakon osnivanja Centra WIPO. Navedena pravila o mirenju rezultanta su proučavanja razvoja prava rješavanja sporova na ovom području, posebice međunarodnih rješenja i usporednopravnih pristupa i pravne prakse.⁷⁴ O postupku mirenja dogovaraju se suprotstavljene stranke i izmiritelj na početku postupka. Izmiritelj, prema Pravilima o mirenju, određuje način provođenja postupka mirenja.

Temelj pokretanja postupka mirenja je sporazum o mirenju kojim stranke nastoje riješiti spor u postupku mirenja. Sporazum o mirenju može biti sastavni dio ugovora kojim se uređuje poslovni odnos među strankama ili u obliku posebnog ugovora ili posebne klauzule. Nakon nastanka spora i sporazuma da će se voditi postupak mirenja, jedna od stranaka upućuje Centru WIPO zahtjev (prijedlog) za mirenje, koji bi morao sadržavati: ukratko sve podatke vezane uz spor, uključujući imena i odnose stranaka, njihovih eventualnih zastupnika, kopiju sporazuma o rješavanju spornog odnosa mirenjem i kratak opis spornog odnosa.⁷⁵ Centar WIPO na temelju navedenih podataka

⁷³ UDRP pravila postupka, dostupna na: <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>, posjećeno 2.3.2023. WIPO centar upravljao je s više od 60.000 slučajeva u skladu s politikom jedinstvenog naziva domene za rješavanje sporova (UDRP) i povezanim pravilima. U tim su postupcima zajedno sudjelovale stranke iz 185 zemalja i preko 110.000 naziva internetskih domena. WIPO centar na svojoj internetskoj stranici pruža cijeli niz statističkih podataka o slučajevima naziva domena WIPO (npr. ishodi slučajeva i jezici, industrije podnositelja pritužbi i geografska raspodjela stranaka).

⁷⁴ Obuljen, S., *WIPO i Potrugal – nove tendencije arbitražnog prava*, Referat sa 3. hrvatskih arbitražnih dana „Novo hrvatsko arbitražno pravo“, Zagreb, 8. i 9. prosinca 1995, SIS HGK, Zagreb, 1995, str. 1.

⁷⁵ Blažević, B., *Mirenje u postupku zbog povrede prava intelektualnog vlasništva, Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, Zagreb, 2007, str. 337–338.

započinje postupak mirenja, a datumom početka mirenja smatra se datum zaprimanja zahtjeva u Centru WIPO, nakon čega obavještava stranke o primtku zahtjeva i datumu početka mirenja.

Ukoliko se stranke nisu u sporazumu o mirenju dogovorile oko izbora izmiritelja i njihovom broju, Centar WIPO će uz dogovor sa strankama imenovati izmiritelja. Centar WIPO predlaže izmiritelja sve dok stranke ne izaberu izmiritelja od povjerenja, u suprotnom Centar WIPO će biti ovlašten sam imenovati izmiritelja. Također, sam izmiritelj mora jamčiti da će imati dovoljno raspoloživog vremena za žurno provođenje postupka mirenja. Izmiritelj mora biti naturalan, nepristran i neovisan.

Stranku u medijacijskom postupku može zastupati zastupnik ili pomagati prilikom održavanja sastanaka. Nakon imenovanja izmiritelja, stranka je dužna obavijestiti drugu stranu, izmiritelja i Centar WIPO, o osobnim podacima osobe koju je odredila da je zastupa, odnosno sudjeluje na sastancima.

Mirenje se provodi prema dogovoru stranaka, nakon provedenih inicijalnih razgovora od strane izmiritelja. Ukoliko ne postoji dogovor o načinu provođenja postupka mirenja, odnosno sporazum između stranaka, izmiritelj prema Pravilima o mirenju utvrđuje način njegova provođenja. Izmiritelj nakon dostave svih potrebnih isprava od strane stranaka zakazuje prvi sastanak za postupak mirenja.

Uloga izmiritelja je iznijeti rješenje spora između stranaka na način koji smatra prikladnim, ali bez nametanja nagodbe. Kada izmiritelju bude razviđan određeni ishod spora kroz postupak mirenja, može predložiti strankama postupke ili načine rješavanja spornih pitanja, uzimajući u obzir okolnosti spora i poslovni odnos između stranaka, koji bi rezultirali najučinkovitijem, najjeftinijem i najproduktivnijem okončanju spora te oblikovanju nagodbe u pisanoj formi. Prema čl. 16 Pravila o mirenju svaka osoba uključena u postupak mirenja dužna je poštivati povjerljivost tijekom postupka mirenja i potpisati izjavu o povjerljivosti prije samog početka postupka.

Postupak mirenja prema čl. 19 Pravila o mirenju može se okončati na nekoliko načina:

- potpisivanje nagodbe stranaka koja pokriva sva ili određena sporna pitanja između stranaka,
- zaključkom izmiritelja, ako prema mišljenju izmiritelja postoji vjerojatnost da postupak mirenja neće dovesti do rješenja spora,
- pisanom izjavom stranaka u bilo koje vrijeme.

Nakon okončanja mirenja, izmiritelj bez odlaganja pisano obavještava Centar WIPO o okončanju mirenja, uz navođenje datuma okončanja te ukoli-

ko je mirenje okončano nagodbom, navodi je li nagodba potpuna ili djelomična. Nakon obavještenja Centar WIPO o načinu okončanja pisano obavještava stranke. Centar WIPO čuva i raspoređuje na početku deponirana sredstva za mirenje, osigurava prostor za mirenje ako se mirenje održava izvan Ženeve, te pomaže strankama u pripremi prostora, tumača, prevoditelja i svih upravnih poslova.⁷⁶ U postupku mirenja plaća se naknada za registraciju pri Centru i naknada za izmiritelja koja se ugovara prilikom njegova imenovanja. Sve troškove utvrđene u postupku mirenja snose stranke na jednake dijelove, osim ako se stranke drukčije ne dogovore.

Zaključak

Rješavanje trgovačkih sporova, u što spadaju i sporovi iz prava intelektualnog odnosno industrijskog vlasništva, može biti sudsko, arbitražno i alternativno rješavanje sporova. U BiH nijedan zakon, kojim su uređena prava industrijskog vlasništva, ne regulira rješavanje sporova arbitražom, ali i ne isključuje mogućnost arbitraže. Sporovi iz prava industrijskog vlasništva nedvojbeno su arbitrabilni zbog svoje privatnopravne prirode. Stoga možemo zaključiti, prema slobodnom raspolaganju stranaka pravima industrijskog vlasništva, da sporovi u pogledu prava industrijskog vlasništva mogu biti predmetom arbitraže, ako se radi o prijenosu, ugovoru o licenci, zalogu ili nekom drugom načinu raspolaganja. Pored domaće arbitraže, moguća je međunarodna trgovačka arbitraža za rješavanje sporova prava industrijskog vlasništva. Mirenje je najčešći oblik alternativnog rješavanja sporova, pa tako može biti i za sporove iz prava industrijskog vlasništva. Temelj pokretanja postupka mirenja jeste sporazum o mirenju, kojim stranke nastoje riješiti spor u postupku mirenja. Sporazum o mirenju, kao i sporazum o arbitraži, može biti sastavni dio ugovora kojim se uređuje poslovni odnos među strankama ili u obliku posebnog ugovora ili posebne klauzule.

U sklopu WIPO osnovan je specijalizirani Centar WIPO koji promovira i pruža usluge rješavanja sporova putem arbitraže, mirenja, te rješava sporove u vezi sa imenom domena putem UDRP pravila. Centar WIPO, u razdoblju 2013–2023, vodilo je 1.350 predmeta mirenja, arbitraže i stručnih odluka, od kojih se, prema statistikama WIPO 29%, odnosilo na patentne sporove, 24% na sporove autorskog prava i 20% na žigove.⁷⁷ Znači, 73% sporova je

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Sažetak WIPO dostupno na: <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>, posjećeno

iz prava industrijskog vlasništva. U 2022. Centar WIPO je imao preko 5.700 UDRP slučajeva, što je dosad najveći broj slučajeva u jednoj godini.⁷⁸ UDRP pravila omogućavaju bržu, učinkovitu i jeftinu zaštitu žigova povrijeđenih *cybersquattinga*, kao i visoku stručnost i profesionalnost arbitara. Možemo zaključiti, prema broju riješenih sporova Centra WIPO u 2022, da raste svijest pojedinaca i tvrtki o brznoj i učinkovitoj zaštiti povrijeđenih prava na internetu primjenom UDRP. UDRP se pokazao kao dobar izbor u rješavanju sporova u pogledu registracije imena domena i zaštite žigova na internetu, kao i olakšanje pri njihovom rješavanju jer pruža brz i jeftin postupak.

Možemo reći, gledano kroz povijest, da je arbitrabilnost sporova povodom povrede prava iz industrijskog vlasništva, posebice prava žiga, dopuštena i da je podržava većina velikih pravnih sustava u tom području.

Literatura

Andrassy J. i dr., *Međunarodno pravo 3.*, Školska knjiga, Zagreb, 2007.
Arbitraža, dostupno na: <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?ID=3579>

Blažević, B., *Mirenje u postupku zbog povrede prava intelektualnog vlasništva, Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, Narodne novine i Državni zavod za intelektualno vlasništvo, Zagreb, 2007, str. 329–341.

Centar WIPO, dostupno na: <https://www.wipo.int/>

Čizmić, J., Boban, M., Zlatović, D., *Nove tehnologije, intelektualno vlasništvo i informacijska sigurnost*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2016.

Čizmić, J., *Intelektualno i industrijsko vlasništvo*, Pravo i porezi, br. 8, 2002, str. 26–30.

Državni zavod za intelektualno vlasništvo, dostupno na: <https://www.dziv.hr/hr/>

Goldštajn, A., Triva, S., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Informator, Zagreb, 1987.

29.5.2023. Centar za arbitražu i mirenje WIPO zabilježio je u 2022. porast od 105% u broju predmeta, odnosno zaprimio je 548 zahtjeva za arbitražu, mirenje i dobru uslugu, dostupno na: <https://mailchi.mp/wipo.int/wipo-adr-highlights-yearly-review-2022?e=8c988fb321>, posjećeno 29.5.2023.

⁷⁸ Ibid.

Hadžić, A., Medvidović, L., *Rechtspfleger, Pristav Dragovoljno sudovanje, medijacija*, Europski pokret Split, Grafika, Osijek, 2005.

Haugg, N., *Zaštita industrijskog vlasništva danas, Značaj zaštite industrijskog vlasništva u Njemačkoj*, Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva, 4, 1997. br. 6, str. 2072–2094.

ICANN, dostupno na <https://www.icann.org/>

Jurić, M., *Rješavanje sporova o imenima internetskih domena primjenom Uniform domain name dispute resolution policy*, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, 59 (2-3), 2009, str. 421–472.

Knežević, Gašo, Pavić, Vladimir, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 3. izdanje, Beograd, 2013.

Lasić, M., *Arbitražno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar, 2013.

Lawyer Ay Yunus Emre, LLB, LLM, *Intellectual property disputes and international arbitration*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 58, 3/2021, str. 929–941.

Marković, S. *Pravo intelektualne svojine*, Magistrat, Sarajevo, 2007.

Međunarodna Arbitraža, dostupno na: <https://www.international-arbitration-attorney.com/hr/>

Mešević, I., R., *Cybersquatting – novi oblik povrede žiga*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, br. 46/2003, str. 364–393.

Obuljen, S., *WIPO i Potrugal – nove tendencije arbitražnog prava*, Referat sa 3. hrvatskih arbitražnih dana „Novo hrvatsko arbitražno pravo“, Zagreb, 8. i 9. prosinca 1995, SIS HGK, Zagreb, 1995.

Perović, Jelena S., *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002.

Popović, D., *Deset godina primjene UDRP pravila: obrisi ujednače prakse*, Strani pravni život, 3, 2011, str. 172–187.

Povrženić, N., *Arbitrabilnost sporova iz područja industrijskog vlasništva*, Pravo u gospodarstvu, 2, 2005, str. 142–165.

Pravila o arbitraži komisije UN za međunarodno trgovačko pravo (Sl. gl. BiH, br. 39/03).

Pravilnik o organizaciji i radu Arbitražnog suda pri Vanjskotrgovinskoj komori BiH (Sl. gl. BiH, br. 39/03).

Presuda Suda (četvrto vijeće) od 15. studenoga 1983. Ferdinand MJJ Duijnsteet protiv Lodewijka Goderbauera, dostupno na: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-288/82>

Račić, O., *Arbitraža u međunarodnom javnom pravu*, Jugoslavenska re-

vija za međunarodno pravo, vol. 45, br. 1-2, 1998, str. 38–59.

Rački, Marinković, A., *Arbitražno rješavanje sporova iz područja žigova*, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, vol. 51, no. 4., 2012, str. 1026–1050.

Sajko, K., *O arbitrabilnosti u komparativnoj arbitraži – Neke napomene*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, vol. 60, no. 5, 2010, str. 961–969.

Šimac, S., *Mirenje – alternativni način rješavanja sporova*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 27, br. 1, 2006, str. 611–632.

Triva, S., Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Komentar Zakona o arbitraži i drugi izvori hrvatskog arbitražnog prava, Narodne novine, Zagreb, 2007.

Ude, L., *Arbitražno pravo*, GV Založba, Ljubljana, 2004.

UNCITRAL-ova arbitražna pravila iz 1976, 2010, 2013. i 2021, na: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

Vukmir, B. *Ugovori o zajedničkim ulaganjima – Joint Venture Agreements*, Informator, Zagreb, 1994.

Vuković, Đ. i Kunštek, E., *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2005.

Zakona o parničnom postupku FBiH (Sl. n. FBiH, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006 i 98/2015).

Zbirka međunarodnih ugovora iz područja intelektualnog vlasništva, Institut za intelektualno vlasništvo Bosne i Hercegovine, 2011. godine, https://www.ipr.gov.ba/upload/documents/dokumenti_podstranice/brosure_i_publicacije/bosanski/zbirka_medj_ugovori.pdf

Zlatović, D., *Nelojalna konkurencija i pravo intelektualnog vlasništva u Bosni i Hercegovini –pravni izvori, oblici pravne zaštite i sudska praksa*, Privredna štampa, Sarajevo, 2014.

Zlatović, D., *Nepošteno tržišno natjecanje i modaliteti građanskopravne zaštite u hrvatskom i komparativnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 27, br. 1, 2006, str. 499–542.

Zlatović, D., *Sudska zaštita žiga u europskom i bosanskohercegovačkom pravu*, magistarski rad, Pravni fakultet u Mostaru, Mostar, 2011.

Mile Lasić, Ph.D., full professor*
Gabrijela Zrno, Mag. Iur.**

**ARBITRATION AND ALTERNATIVE RESOLUTION OF DISPUTES
FROM INDUSTRIAL PROPERTY LAW, IN PARTICULAR
TRADEMARK LAW**

***Summary:** Arbitration and Alternative Dispute Resolution (ADR) represent a modern, advanced and efficient alternative to conventional judicial dispute resolution. The reason for this is the overload and inefficiency of the courts, lengthy court proceedings, their uneconomical nature, high costs, etc. The advantage of arbitration and alternative dispute resolution are resolutions of disputes between parties which are more efficient, flexible and more favorable. Arbitration and ADR take place outside of the courts and therefore belong to extrajudicial methods of dispute resolution.*

Due to globalization, industrial property rights, especially trademark rights, have gained greater importance at the international level, while parties, due to different national regulations, are settling their disputes regarding industrial property rights more and more through arbitration or alternative dispute resolution. This means that industrial property rights disputes are arbitrable, i.e. they can be resolved by arbitration and/or one of the ADR methods.

The paper deals with: arbitration, alternative dispute resolution, international commercial arbitration and resolution of industrial property rights disputes, arbitrability of industrial property rights disputes, especially trademark rights, effect of arbitration decisions, WIPO Arbitration and Conciliation Center, WIPO Conciliation Rules.

***Keywords:** arbitration, alternative dispute resolution, international commercial arbitration, industrial property law, trademark law, arbitrability.*

* School of Law, University of Mostar, mile.lasic@pf.sum.ba

** Ph.D. candidate, School of Law, University of Mostar, gabrijela.bagaric90@gmail.com

РЕШАВАЊЕ ПАТЕНТНИХ СПОРОВА У ЕВРОПИ И *FORUM SHOPPING*

Проф. др Јелена Ћеранић Перишић*

Анстракт: Дана 1. јуна 2023. године ступио је на снагу Споразум о Јединственом патентном суду, чиме је отпочета нова ера у области заштите проналазака у Европи. Поред заштите националним и европским патентом, корисницима од сада стоји на располагању и заштита унитарним патентом. Могућност избора између различитих система заштите, укључујући и комбинације више система, доводи до вишеслојности патентне заштите у Европи. Сам унитарни патентни систем веома је комплексан, чему доприносе његова асиметрија и коегзистенција са европским и националним патентима. У раду је најпре представљен принцип слободе избора (*principle of optionality*) који корисницима омогућава да сами одаберу систем заштите. Том приликом они узимају у обзир и начин на који надлежан суд у оквиру одређеног система тумачи и примењује прописе патентног права. Након тога испитане су последице примене овог принципа на паралелне надлежности различитих судова (национални судови, Јединствени патентни суд, Суд правде ЕУ) у истим или сличним правним ситуацијама. Напошетку је размотрена пракса тзв. *forum shoppinga* која се појављује услед могућности да тужилац сам одабере суд пред којим ће покренути поступак, као и њен допринос фрагментацији патентног пејзажа у Европи.

* Ванредни професор Факултета правних наука Универзитета „Апеирон”, Бања Лука.

Кључне речи: патентни спорови, Јединствени патентни суд, унитарни патент, *forum shopping*, Европска унија.

1. Уводне напомене

Значај успостављања јединственог система заштите проналазака на тлу Старог континента препознат је крајем педесетих година прошлог века, одмах након оснивања европских заједница. Међутим, рад на успостављању овог система се одужио због неслагања земаља у вези са одређеним аспектима заштите, пре свега у вези са режимом превођења.¹

У међувремену је, у октобру 1973. године, у Минхену потписана Конвенција о издавању европских патената (КЕП). Тиме је створен аутономни правни систем за признање европских патената. Међутим, материјално европско патентно право, на наднационални начин, уређује патентну заштиту проналазака од тренутка подношења европске пријаве до тренутка признања европског патената. После тога, престаје применљивост наднационалних норми, те се европски патент „распада“ на онолико независних националних патената колико има земаља чланица КЕП-а које је пријавилац у европској пријави назначио као државе у којима жели патентну заштиту за свој проналазак. Сваки од тих патената, који се и даље назива „европски патент“, наставља да траје у појединој држави, подвргнут прописима националног патентног права. Његова правна судбина је независна у односу на правну судбину осталих европских патената за исти проналазак, који су признати на основу исте одлуке Европског завода за патенте (ЕЗП).² Сходно томе, патентну заштиту у Европи карактеришу фрагментација, сложен административни поступак и надасве високи трошкови.³

Како би се ови недостаци заштите донекле превазишли, деценијама се радило на успостављању јединственог система заштите проналазака у Европи. Напокон је у децембру 2012. године усвојен тзв. патентни законодавни пакет који се састоји од три компоненте: Уредбе о

¹ Ј. Теранић, „Режим превођења унитарног патената: проблеми, приоритети, перспективе“, *Правна ријеч*, 39/2014, 671–686.

² С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 318.

³ Ј. Теранић, *Унитарни патент*, Институт за упоредно право, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Београд 2015, 21–25.

спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите,⁴ Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења⁵ и Споразума о Јединственом патентном суду.⁶

Ближа сарадња је инструмент права ЕУ предвиђен оснивачким уговорима⁷ којим се одобрава различит положај држава чланица у оквиру неке од политика ЕУ. За сада у систему унитарне патентне заштите учествује 25 земаља ЕУ, дакле све државе чланице осим Шпаније и Хрватске.

С друге стране, када је реч о патентном судству, Јединствени патентни суд (ЈПС) је специјализовани суд за тренутно 17 земаља и потенцијално 24 државе чланице ЕУ које су потписале Споразум о Јединственом патентном суду (СЈПС), али га још нису ратификовале. Три државе чланице ЕУ, Шпанија, Пољска и Хрватска, одбиле су да учествују у систему Јединственог патентног суда.

Уредбе су ступиле на снагу у јануару 2014. године. Предвиђено је да ће почети да се примењују од датума ступања на снагу СЈПС. Овај споразум потписан је у фебруару 2013. и предвиђено је да ће ступити на снагу када га ратификује 13 држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи, укључујући Немачку, Француску и Уједињено Краљевство.⁸

Међутим, протеклу деценију обележиле су бројне правне и политичке препреке успостављању система унитарне патентне заштите. На одлагање почетка примене утицали су нарочито: три тужбе Суду правде ЕУ које су поднеле Шпанија и Италија,⁹ излазак Уједињеног Краљевства

⁴ Уредба (ЕУ) бр. 1257/2012 од 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, *Службени лист ЕУ*, 2012, бр. Л 361.

⁵ Уредба (ЕУ) бр. 1260/2012 од 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења, *Службени лист ЕУ*, 2012, бр. Л 361.

⁶ Споразум о Јединственом патентном суду, 2013, *Службени лист ЕУ*, Ц 175, 20.6.2013.

⁷ Чл. 20 Уговора о Европској унији.

⁸ Ј. Ђеранић, „The Unified Patent Court – a New Judicial Body for the Settlement of Patent Disputes within the European Union”, *Procedural Aspects of EU Law* (ур. Д. Дуић, Т. Петрашевић), Правни факултет Универзитета у Осиеку, Осиек 2017, 238–255.

⁹ Шпанија и Италија, две земље које се нису сложиле са предложеним режимом превођења, у мају 2011. године поднеле су Суду правде ЕУ тужбу против одлуке Савета из марта 2011. године којим се одобрава покретање ближе сарадње. Суд правде ЕУ је у марту 2013. године одбио тужбу као неосновану. Након тога, Шпанија је у мају 2013. године поново поднела тужбе против две уредбе. И ове две тужбе Суд правде ЕУ је у

из ЕУ¹⁰ и две уставне жалбе пред Уставним судом Немачке.¹¹

Најзад, 17. фебруара 2023. Године, Немачка је ратификовала Споразум о Јединственом патентом суду. Споразум је ступио на снагу 1. јуна 2023. и често се може чути како је наступила нове ера у области патентне заштите проналазака у Европи.¹²

Јединствени патентни суд састоји се од Суда прве инстанце, Апелационог суда и Регистра.¹³ Децентрализовани Суд прве инстанце подељен је на одељења. У његовом саставу налазе се три различита типа одељења: локално, регионално и централно одељење.¹⁴ Сва одељења Суда прве инстанце имају међународни састав.¹⁵ Она суде у већима која чине тројица судија. Споразум предвиђа две категорије судија: правно квалификоване судије и технички квалификоване судије.¹⁶ Судије ЈПС-а морају бити држављани државе чланице потписнице СЈПС-а који испуњавају услове за обављање судијске функције у својој земљи. Осим тога, судије морају имати искуства у области патентних парница.

Неспорно је да је унитарни патентни систем прилично комплексан. На комплексност система утиче пре свега његова асиметрија и коегзистенција са европским патентима и националним патентима, чиме се ствара вишеслојни систем патентне заштите у Европи. Подносилац захтева за патентну заштиту има слободу избора. Након што ЕЗП призна европски патент (скуп националних патената), титулар патента ће моћи да захтева унитарно дејство, чиме ће добити унитарни патент који обезбеђује унитарну патентну заштиту у 25 држава чланица ЕУ.¹⁷

мају 2015. године одбио као неосноване (Ј. Теранић, „Пресуда Европског суда правде у предмету Краљевина Шпанија против Савета – режим превођења патентних списа унитарног патента, *Ревивија за европско право*, 1/2016, 93–114).

¹⁰ На референдуму одржаном у јуну 2016. године, Уједињено Краљевство се изјаснило за излазак из ЕУ. Овакав исход референдума имао је последице на све политике ЕУ, па и на унитарну патентну заштиту (Ј. Теранић, „Перспективе унитарне патентне заштите након Брексита“, *Право и привреда*, 7-9/2017, 275–289).

¹¹ F. Hartmann-Vareilles, „The Unitary Patent System: what is this light at the end of the tunnel?“ *ERA Forum* (2022) 23, Springer, 143–147, <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00711-y>

¹² M. Stierle, „The Rise of the Unified Patent Court: A New Era“, *ИЦ*, Springer, 2023, <https://doi.org/10.1007/s40319-023-01342-7>

¹³ Чл. 6, ст. 1 СЈПС.

¹⁴ Чл. 7, ст. 1 СЈПС.

¹⁵ Чл. 8, ст. 1 СЈПС.

¹⁶ Чл. 15, ст. 1 СЈПС.

¹⁷ Ј. Теранић, „Јединствени патентни суд – нови правосудни орган за решавање спорова

Комплексност система унитарне патентне заштите узрокована је, између осталог, и принципом слободе избора. Корисници патентног система у Европи имају избор између различитих система заштите, а могу се одредити и за разноврсне комбинације више система. Оваква ситуација доводи до паралелних надлежности различитих судова (национални судови, ЈПС, Суд правде ЕУ) у истим или сличним правним ситуацијама. Осим тога, странке ће, приликом одређивања за систем патентне заштите, узимати у обзир и начин на који надлежан суд у оквиру одређеног система заштите тумачи и примењује поједине прописе патентног права. Пракса тзв. *forum shopping* појављује се када тужилац има могућност избора суда пред којим ће покренути поступак. Ова пракса могућа је на два нивоа, на европском нивоу и унутар самог система унитарне патентне заштите. У раду је најпре представљен принцип слободе избора или принцип добровољности (*principle of optionality*) који корисницима омогућава да сами одаберу систем заштите проналазака у Европи. Након тога је испитано како овај принцип доприноси паралелним надлежностима различитих судова (национални судови, ЈПС, Суд правде ЕУ) у истим или сличним правним ситуацијама и које су последице тога. Напослетку је размотрена пракса *forum shopping* унутар самог система унитарне патентне заштите. Посебна пажња посвећена је факторима који доприносе *forum shopping*-у.

2. Принцип слободе избора

Заштита проналазака европским патентом са унитарним дејством (унитарним патентом) представља додатну могућност за титуларе патентата у ЕУ. Унитарни патент постоји заједно са националним и европским патентом, што Европу чини јединим регионом у свету који, поред националног, има још три нивоа патентне заштите проналазака.¹⁸

Захваљујући овако конципираној унитарној патентној заштити, европски патентни пејзаж познаје четири категорије, тј. четири система патентне заштите, и то:

у вези са европским и унитарним патентом”, *Страни правни живот*, 3/2013, 121–135.

¹⁸ „The EU’s unitary patent: Yes, ja, oui, no, no”, *The Economist*, <http://www.economist.com/news/business/21568436-after-40-years-trying-europe-has-unified-patent-system-sort-yes-ja-oui-no-no>, 27.7.2023.

1) Традиционални национални патент који признаје национални патентни завод и за који је надлежан национални суд;

2) Традиционални европски патент, који признаје Европски завод за патенте, а који је изузет из надлежности Јединственог патентног суда (*opt-out*), те су за европски патент, који заправо представља сноп националних патената, надлежни судови држава чланица у којима је признат;

3) Европски патент, који признаје Европски завод за патенте и за који је надлежан Јединствени патентни суд у државама чланицама које су ратификовале Споразум о Јединственом патентном суду;

4) Унитарни патент који признаје Европски завод за патенте и за који је надлежан Јединствени патентни суд, без могућности да буде изузет (*opt-out*) из његове надлежности.

Дакле, корисници патентног система у Европи имају избор између ова четири система заштите, а могу се одредити и за разноврсне комбинације различитих система. Овај принцип који корисницима омогућава да сами одаберу систем патентне заштите проналазака назива се принцип слободе избора или принцип добровољности (*principle of optionality*).

Сам Споразум о Јединственом патентном суду предвиђа надлежност ЈПС-а и за класични европски патент и за европски патент са унитарним дејством – унитарни патент.

С једне стране, могућност да европски патент буде предмет спора пред ЈПС-ом представља додатни квалитет за европски патент, јер европски патент више није само резултат „рационализације поступка признања”.¹⁹ С друге стране, услед примене механизма ближе сарадње и недостатка хармонизације појединих аспеката унитарне патентне заштите, и даље се не може говорити о успостављању јединственог тржишта патената. То практично значи да су преостале разлике између унитарног патента и европског патента такве да се примењују различити закони у вези са статусом патента као предмета својине и да европски патент, за разлику од унитарног патента, може бити изузет из надлежности ЈПС-а.²⁰

¹⁹ N. Machek Nina, „How 'Unitary' is the Unitary Patent?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357, 42, 29.7.2023.

²⁰ *Ibid.*, 43.

3. Паралалена надлежност различитих судова

Последица принципа слободе избора подразумева паралелну надлежност различитих судова у истим или сличним правним ситуацијама. Сходно томе, ЈПС је надлежан за европске патенте и европске патенте са унитарним дејством за оне државе чланице које су ратификовале СЈПС, а Суд правде ЕУ је надлежан за претходна питања (у поступку доношења претходне одлуке) која је ЈПС упутио у вези са повредама унитарног патента.²¹ Национални судови су надлежни за националне и европске патенте и европске патенте који су изузети из надлежности ЈПС-а у државама уговорницама које нису ратификовале СЈПС. Напослетку, Жалбено веће Суда правде ЕУ надлежно је за жалбе против одлука у вези са европским патентом у првостепеном поступку.

Дакле, једна од последица примене принципа слободе избора је ризик да различити судови различито тумаче и примењују принципе патентног права. Изузев тога, сви судови биће под својеврсним притиском, пошто ће странке, приликом одређивања за систем патентне заштите, између осталог узимати у обзир и начин на који надлежни суд у оквиру одређеног система заштите тумачи и примењује поједине прописе патентног права.²² Дакле, пракса *forum shopping*-а појављује се и на нивоу Европе.

Иначе, ЈПС је надлежан и за европске и за унитарне патенте, док је Суд правде ЕУ надлежан само за унитарне, али не и европске патенте. Европски патенти засновани су на прописима предвиђеним КЕП-ом која се налази изван правног поретка ЕУ, те не потпадају под надлежност Суда правде ЕУ. Стога се ЈПС претвара у суд последње инстанце за оне европске патенте који нису изузети из његове надлежности. Будући да у том случају Суд правде ЕУ није надлежан да надгледа тумачења и примену паралелних система, постоји бојазан да би могло доћи до неслагања у тумачењима између ова два суда, што је у супротности са развојем кохерентног правног поретка у оквиру јединственог тржишта ЕУ. Оваква ситуација могла би да представља ризик и за равнотежу правно-еко-

²¹ J. Thomas, „Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise”, *International review of industrial property and copyright law*, 6/2013, 389–391.

²² H. Ullrich, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2012-03, 57.

номског поретка ЕУ уопште.²³ Да ли ће ЈПС наћи начин да осигура да се СЈПС тумачи у светлу права ЕУ, чак и када се примењује на европске патенте, остаје да се види.²⁴

Због преклапања система, европски патентни сноп ће вероватно функционисати као замена за унитарни патент, тим пре што европски патенти могу да буду изузети из надлежности ЈПС-а. С тим у вези, један од фактора који ће утицати на одабир система патентне заштите јесте дејство одлука ЈПС-а које се простиру на територији свих држава чланица ЕУ које су ратификовале СЈПС. С једне стране, могућност да једна одлука важи на територији свих држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи, многи сматрају унапређењем система заштите проналазака у Европи. А с друге стране, титулари патената могу изабрати да не примењују унитарни патент и да европски патенти буду изузети из надлежности ЈПС-а, управо из разлога што не желе да ризикују да дође до тзв. „паневропског” опозива њихових патената, посебно уколико га сматрају слабим.²⁵

Поред тога, један од важних критеријума приликом одабира система заштите биће и различити трошкови за признање и одржавање патента. У овом тренутку тешко је извршити процену трошкова. Ипак, они ће у великој мери зависити од броја држава чланица које су ратификовале СЈПС. Међутим, како се смањење трошкова наводи као једна од кључних предности унитарног патента, чак један од основних разлога за увођење система унитарне патентне заштите, питање трошкова веома је значајно и свакако ће утицати на одлуку корисника приликом опредељивања за унитарну патентну заштиту.

Иако ће патентне стратегије зависити и од одређеног броја фактора као што су: финансијска и инфраструктурна позадина компанија, судска пракса и трошкови различитих судова и др., веома је вероватно да ће многи титулари задржати мешовити портфељ унитарних, европских и националних патената. Таква селективна примена различитих система патентне заштите проналазака може довести до поремећаја равнотеже система патентне заштите и уопште спречавања технолошког развоја у

²³ R. Hilty, T. Jaeger Thomas, M. Lamping, H. Ullrich Hans, „The Unitary Patent Package: Twelve reasons for concern”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper* 12-12, 3.

²⁴ H. Ullrich, 51.

²⁵ J. Philips, „Bifurcation of the European patent litigation: a practitioners’ perspective”, *The Ipkat*, <http://ipkitten.blogspot.com/2013/03/bifurcation-of-european-patent.html>, 29.7. 2023.

ЕУ. Наравно, свака даља фрагментација патетног пејзажа ЕУ у супротности је са основним циљем успостављања система унитарне патентне заштите, а то је поједностављење и унификација патентне заштите на европском тлу.²⁶

4. *Forum shopping* унутар система унитарне патентне заштите

Пракса тзв. *forum shopping*-а појављује се када тужилац има могућност избора суда пред којим ће покренути поступак. Наравно, он ће се одредити за онај суд који по својим карактеристикама и начину рада најбоље одговара специфичностима његовог случаја.

Управо због принципа слободе избора (*principle of optionality*) постоји опасност од пролиферације судова, у смислу да се не зна који ће суд бити надлежан да тумачи и примењује патентно право у Европи. Тај проблем постојао је и пре успостављања ЈПС-а. Оснивањем ЈПС-а само је додат још један слој, ниво у оквиру система решавања патентних спорова у Европи, а да није предвиђен метод за консолидацију система.²⁷

Уколико оставимо по страни заштиту на националном нивоу, подносиоци патентних захтева могу да изаберу да заштите своје проналаске европским патентом за који није надлежан ЈПС (*opt-out*), што значи да национални судови остају надлежни за тужбе. Исто тако, подносиоци патентних захтева могу се одредити да своје проналаске штите европским патентима за које је надлежан ЈПС. И напослетку, они могу да се одреде и за заштиту проналаска унитарним патентом, за који је надлежан ЈПС. Осим тога, *forum shopping* може да се појави и међу различитим судовима у оквиру система ЈПС-а, у зависности од трендова које ће успоставити његова поједина одељења у различитим државама чланицама ЕУ.

Споразум о Јединственом патентном суду предвиђа да тужилац може поднети тужбу надлежном локалном или регионалном одељењу у месту где је дошло до повреде или постоји вероватноћа да ће до повреде доћи. Алтернативно, он може поднети тужбу локалном или регионалном одељењу у месту где тужени има пребивалиште, главно седиште фирме или ако нема ни пребивалиште ни главно седиште фирме у месту где тужени има седиште фирме. Када тужени нема седиште фирме у држави

²⁶ N. Machek, 45.

²⁷ R. Hilty *et al.*, 2.

чланица која учествује у ближој сарадњи, тужилац може повести парницу због повреде у одговарајућем огранку централног одељења. Ако је потенцијални тужени већ поднео противтужбу или декларацију за нечињење прекршаја централном одељењу, носилац унитарног патента или европског патента може поднети тужбу због повреде истом суду.²⁸

С обзиром на широк избор судова предвиђен СЈПС-ом, који је проширен чињеницом да у ери интернета до повреде глобално може доћи „кликом миша”,²⁹ тужиоцу је у великој мери остављена могућност да поведе поступак пред судом по свом избору. Очекује се да ће ЈПС имати десетине или више локалних и регионалних одељења састављених од већа судија из земаља са различитим правним традицијама. Сходно томе, претпоставља се да ће постојати одређене разлике у самом приступу предметима и примени одредаба СЈПС-а и Пословника ЈПС-а. У погледу раздвајања поступка (бифуркација), брзине поступка (у смислу брзине вођења спора и доношења пресуде), случајева добијања претходног мишљења, улоге доказа итд., очекује се да ће временом нека одељења постати позната као пријатељскије настројена према титуларима патената. Управо овакве разлике између одељења ЈПС-а утицаће на тужиоца приликом одређивања за суд пред којим ће покренути поступак.³⁰

Према томе, приликом избора суда, странке ће посебно узимати у обзир следеће факторе: примену института раздвајања поступка (бифуркација), састав већа, језике на којима се воде поступци и правила која се примењују током поступка.

4.1. Раздвајање поступка (бифуркација)

Споразум о Јединственом патентном суду предвиђа могућност да локална и регионална одељења раздвоје тужбу за повреду патента и противтужбу за опозив истог.³¹ Ова одредба изазвала је највише анксиозности и расправа међу практичарима патентног права у Европи. Уколико дође до примене института раздвајања поступка, као највећа опасност помиње се могућност да титулари патената добију одлуке у поступцима због повреде које би имале дејство у свим државама чланицама ЕУ које

²⁸ N. Machek, 53.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, 54.

³¹ Чл. 33, ст. 3, тач. б) СЈПС.

учествују у ближој сарадњи, пре него што тужени добије могућност да опозове патент у поступку по противтужби за опозив пред споријим централним одељењем. Дакле, долази до тзв. „раскорака у одлучивању”³².

Због могућности да дође до тзв. раскорака у одлучивању, институт раздвајања поступка (бифуркација) сматра се повољнијим за титуларе патената. Према томе, она локална или регионална одељења ЈПС-а која се у пракси покажу као наклоњена примени института раздвајања поступка биће атрактивнија за подносиоце тужби.³³ Да ли ће и које локално или регионално одељење ЈПС-а успоставити праксу прибегавања раздвајању поступка тешко је предвидети. Ипак, очекивати је да ће локална одељења у Немачкој, земљи која је позната по великом броју патентних парница на годишњем нивоу, бити наклоњенија примени института раздвајања поступка. Немачким судовима овај институт не представља новину. Штавише, немачки судови имају доста искуства у примени института раздвајања поступка. За одељења ЈПС-а у неким другим земљама, које иначе у оквиру националне праксе нису наклоњене институту раздвајања поступка, претпоставља се да ће поступак због повреде и поступак за опозив водити заједно, у складу са сопственом правном традицијом.³⁴

Споразум о ЈПС-у и Пословник ЈПС-а предвиђају мере којима дејство института раздвајања поступка може да се ублажи. Наиме, тужени има право да захтева да се случај пребаци у централно одељење ако је до повреде дошло на територији трију или више регионалних одељења. У настојању да се предухитри могућност раскорака у одлучивању, Пословник ЈПС предвиђа да је судија известилац обавезан да убрза поступак онда када је локално или регионално одељење проследило противтужбу за опозив централном одељењу. Осим тога, међународни састав судских већа омогућава размену искустава међу самим судијама који су пореклом из земаља са различитим правним традицијама. Идеја је да, услед размене искустава у заједничком раду, традиционална подела на судове који примењују институт раздвајања поступка и оне који га не примењују временом почне да се брише.

³² M. Train, „The Unified Patent Court: Forum Shop ‘til You Drop?’, *Reddie & Grose*, <http://www.reddie.co.uk/news-and-resources/ip-developments/the-unified-patent-court-forum-shop-til-you-drop>, 29.7.2023.

³³ N. Machek, 54.

³⁴ M. Train.

Иначе, независно ових мера предвиђених Пословником ЈПС-а, претпоставља се да ни титулари патената неће увек посезати за институтом раздвајања поступка. Уколико је реч о слабијем патенту, титулар вероватно неће желети да излаже предузеће ризику да се установи да је патент неважећи.³⁵ Чини се да процесуирање обе тужбе у оквиру једног суда гарантује више правне сигурности, што би могао да буде аргумент против института раздвајања поступка. Поред тога, ако парница траје одређено време, трошкови раздвајања поступка и упућивања противтужбе централном одељењу (које у већини случајева неће бити у истом месту као и локално одељење), такође могу бити обесхрабрујући фактор.³⁶

Најзад, очекује се да ће у почетку титулари патената из земаља чији судови традиционално примењују институт раздвајања поступка наставити да му буду наклоњени, док ће титулари патената из земаља чији га судови не примењују и даље сматрати овај институт, на неки начин, узнемиравајућим. Иако постоји велика вероватноћа да ће странке бити наклоњеније судовима који примењују институт раздвајања поступка, није реално очекивати да ће титулари патената хрлити у њих, продубљујући тиме територијалну фрагментацију између земаља са „популарним”, пријатељски настројеним судовима и земаља чијим судовима се стране ређе обраћају.³⁷

4.2. Састав већа

Како би унитарна патентна заштита била успешна, потребно је да систем решавања патентних спорова буде квалитетан. Дакле, један од предуслова за успешност унитарног патентног система јесте квалитет патентног правосуђа. Шта се под тиме подразумева? Наиме, пресудан фактор приликом избора одређеног суда биће састав већа различитих одељења ЈПС-а и компетентност судија. Иако је у овој почетној фази, само неколико недеља након што је ступио на снагу СЈПС, тешко предвидети шта ће стране у поступку очекивати од унитарног патентног правосуђа, претпоставка је да ће желети да им суде судије које имају солидно искуство у патентним парницама, чиме се обезбеђује већи степен правне сигурности.³⁸

³⁵ *Ibid.*

³⁶ N. Machek, 55.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ M. Train,

Што се тиче квалитета судија, СЈПС предвиђа да судије треба да испуне највише стандарде у погледу стручности и да имају искуства у области патентних парница.³⁹ Упркос овој одредби, увек постоји ризик да државе чланице именују судије на основу политичке припадности, а не правних и моралних квалификација. Такође постоји ризик да судије из мањих земаља, иако су изабране на основу квалификација, немају у патентним парницама онолико искуства као судије из већих држава чланица. Узимајући у обзир чињеницу да је Немачка до сада имала највећи број патентних спорова, очекује се да ће немачка одељења бити високоспецијализована.⁴⁰

Да би се, на неки начин, изнивелисале разлике међу одељењима ЈПС-а, Споразум прописује међународни састав већа, као и професионалну обуку судија. Осим тога, учешће технички квалификованих судија осигурава висок степен техничке експертизе приликом доношења одлука. Такође, предвиђена је и могућност издвајања мишљења, што несумњиво доприноси повећању транспарентности рада ЈПС-а. На тај начин обезбеђује се највиши могући квалитет самих одлука већа и уопште судске праксе ЈПС-а.⁴¹

Иако ће, барем у самом почетку, нека локална и регионална одељења бити искуснија у вођењу патентних парница, то не значи да ће пресуде других, условно речено мање искусних локалних и регионалних одељења, заостајати у квалитету. Штавише, захваљујући међународном саставу већа и програмима за професионалну обуку судија, очекује се да временом разлике између одељења буду превазиђене.⁴²

4.3. Језици

Језик на коме се води поступак пред судом још је један од фактора који може утицати на одлуку парничара у вези са избором суда. Локална и регионална одељења водиће поступке на локалном језику/језицима. Титулари патената увек ће пре подносити тужбе локалним одељењима у којима се поступци воде на њиховом језику. С тим у вези, очекује се да ће у оним земљама у којима постоји велики број патентних захтева и одељења ЈПС имати велики број парница.⁴³

³⁹ Чл. 15, ст. 1 СЈПС.

⁴⁰ М. Train.

⁴¹ N. Machek, 57.

⁴² *Ibid.*

⁴³ М. Train.

4.4. Правила поступка

Локална и регионална одељења ЈПС-а разликују се у државама чланицама ЕУ и у погледу правних традиција и праксе. Сходно томе, на странке приликом избора суда могу утицати и фактори као што су отвореност судских већа да разматрају додатне аргументе, екстензивни или рестриктивни национални прописи у погледу одговорности, спремност да се захтева обелодањивање у оквиру правила поступка, као и то да ли се различити разлози за неважење патената разматрају заједно или ће бити усвојен подељени приступ и акценат нпр. стављен на сведочење експерата и процену стручњака у датој области.⁴⁴

У светлу тога, улога доказа, пре свега сведока и вештака, пред судом представља централну тему. Државе чланице ЕУ имају различите правне традиције и праксе у погледу улоге вештака у поступку. У појединим системима, вештаци које су ангажовале стране у поступку имају кључну улогу (посебно у поступцима о валидности патента) и обично се позивају да сведоче неколико дана узастопно. У неким другим земљама (нпр. Немачкој) улога вештака мање је значајна. Наиме, у земљама континенталне правне традиције усмени докази на саслушању у оквиру патентних парница заправо су веома ретки.⁴⁵

Пословник ЈПС-а ово питање третира индиректно, тако што предвиђа да се саслушања завршавају у једном дану.⁴⁶ Ипак, судији известиоцу се додељује дискреционо право да, након консултовања председника већа, нареди одвојено саслушање сведока пред већем судија.⁴⁷ Акценат је на доказима вештака, а разлике између локалних, регионалних и централног одељења ЈПС-а могу се појавити и када је реч о спремности да сазову одвојена саслушања, наравно, у зависности од састава одељења, тј. од судија (тачније правне традиције земаља из који потичу) који чине одређено одељење. Уколико би до тога дошло, то може бити један од фактора који ће утицати на титуларе патената приликом избора суда пред којим ће покренути поступак, што такође доприноси даљој територијалној фрагментацији европског патентног пејзажа.⁴⁸

⁴⁴ N. Machek, 58.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Правило 113 (1) Пословника Јединственог патентног суда, https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_documents/rop_en_25_july_2022_final_consolidated_published_on_website.pdf, 29.7.2023.

⁴⁷ Правило 104 (г) и Правило 115 Пословника ЈПС.

⁴⁸ N. Machek, 58.

5. Закључна разматрања

Унитарни патентни систем неспорно је прилично комплексан. На комплексност система утиче пре свега његова асиметрија у погледу надлежности ЈПС и коегзистенција са европским и националним патентима, чиме се ствара вишеслојни систем патентне заштите у Европи.

Асиметричност система посебно ће доћи до изражаја током прелазног периода. Јединствени патентни суд имаће искључиву надлежност за спорове у вези са унитарним патентом и конкурентну надлежност са националним судовима за решавање спорова у вези са тзв. „класичним” европским патентом у току прелазног периода од седам година (који се може продужити на четрнаест година). Након прелазног периода, ЈПС ће такође имати искључиву надлежност над европским патентима у државама чланицама ЕУ које учествују у систему ЈПС-а. Само ће национални патенти остати изван надлежности ЈПС.

Често се дискутује о томе да ли ће и у којој мери *forum shopping* утицати на фрагментацију система унитарне патентне заштите. У јавној расправи се, међутим, занемарује да оваква пракса већ постоји у оквиру постојећег система заштите, не само на међународном нивоу, већ и на националним нивоима (нпр. у Немачкој као земљи која има највећи број патентних парница у Европи). Искуства указују на то да *forum shopping* нема нужно негативне последице. Штавише, примена института *forum shopping*-а, с једне стране, омогућава тужиоцима да најбоље заштите своје интересе, а с друге стране, мотивише судове да покажу највиши квалитет у раду како би остали конкурентни.

Свакако је могуће да пракса избора система заштите и *forum shopping*-а допринесу слабљењу развоја хомогеног патентног права у Европи.⁴⁹ Ипак, у овом стадијуму, неколико недеља након што је СЈПС ступио на снагу, нема довољно елемената да се о томе дају оцене. Претпоставља се да ће нови специјализовани ЈПС у сваком појединачном предмету узимати у обзир све релевантне факторе и пажљиво балансирати интересе када врши своје дискреционо право. Осим тога, Апелациони суд може вршити регулаторну функцију.⁵⁰

Иако је очигледно да систем унитарне патентне заштите донекле заостаје у односу на оно што његово име обећава, чини се да има низ

⁴⁹ N. Machek, 61.

⁵⁰ *Ibid.*, 50.

предности. У погледу решавања патентних спорова, оне се огледају, пре свега, у смањењу броја паралелних спорова у различитим земљама, унапређењу правне сигурности кроз хармонизовану судску праксу и обезбеђењу бржих судских поступака.

Литература:

Марковић, С., Поповић, Д., *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.

Stierle, Martin, „The Rise of the Unified Patent Court: A New Era”, ИС, Springer, 2023, <https://doi.org/10.1007/s40319-023-01342-7>

Thomas, Jaeger, „Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise”, *International review of industrial property and copyright law*, 6/2013, 389–391.

Ђеранић, Јелена, „Јединствени патентни суд – нови правосудни орган за решавање спорова у вези са европским и унитарним патентом”, *Страни правни живот*, 3/2013, 121–135.

Ђеранић, Јелена, „Режим превођења унитарног патента: проблеми, приоритети, перспективе”, *Правна ријеч*, 39/2014, 671–686.

Ђеранић, Јелена, *Унитарни патент*, Институт за упоредно право, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Београд 2015.

Ђеранић, Јелена, „Пресуда Европског суда правде у предмету Краљевина Шпанија против Савета – режим превођења патентних списа унитарног патента”, *Ревуја за европско право*, 1/2016, 93–114.

Ђеранић, Јелена, „The Unified Patent Court – a New Judicial Body for the Settlement of Patent Disputes within the European Union”, *Procedural Aspects of EU Law* (ур. Д. Дујић, Т. Петрашевић), Правни факултет Универзитета у Осијеку, Осијек 2017, 238–255.

Ђеранић, Јелена, „Перспективе унитарне патентне заштите након Брексита“, *Право и привреда*, 7-9/2017, 275–289.

Ullrich, Hans, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2012-03, 1–59.

Hartmann-Vareilles, Florence, „The Unitary Patent System: what is this light at the end of the tunnel?” *ERA Forum* (2022) 23, Springer, 143–147, <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00711-y>

Hilty, Reto, Jaeger, Thomas, Lamping, Matthias, Ullrich, Hans, „The

Unitary Patent Package: Twelve reasons for concern”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper* 12-12, 1–12.

Прави извори:

Споразум о Јединственом патентном суду, 2013, *Службени лист ЕУ*, Ц 175, 20.6.2013.

Уредба (ЕУ) бр. 1257/2012 од 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите, *Службени лист ЕУ*, 2012, бр. Л 361.

Уредба (ЕУ) бр. 1260/2012 од 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења, *Службени лист ЕУ*, 2012, бр. Л 361.

Интернет извори:

Пословник Јединственог патентног суда, https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_documents/rop_en_25_july_2022_final_consolidated_published_on_website.pdf, 29.7.2023.

„The EU’ s unitary patent: Yes, ja, oui, no, no”, *The Economist*, <http://www.economist.com/news/business/21568436-after-40-years-trying-europe-has-unified-patent-system-sort-yes-ja-oui-no-no>, 27.7.2023.

Machek Nina, „How ’Unitary’ is the Unitary Patent?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357, 42, 29.7.2023.

Philips, Jeremy, „Bifurcation of the European patent litigation: a practitioners’ perspective”, *The Ipkat*, <http://ipkitten.blogspot.com/2013/03/bifurcation-of-european-patent.html>, 29.7. 2023.

Train, Matthew, „The Unified Patent Court: Forum Shop ‘til You Drop?”, *Reddie & Grose*, <http://www.reddie.co.uk/news-and-resources/ip-developments/the-unified-patent-court-forum-shop-til-you-drop>, 29.7.2023.

Jelena Ceranic Perisic, Ph.D**

RESOLUTION OF PATENT DISPUTES IN EUROPE AND FORUM SHOPPING

***Summary:** On June 1, 2023, the Agreement on the Unified Patent Court entered into force, and thus began a new era in patent protection in Europe. In addition to national and European patents, users can now protect their inventions with a unitary patent. The possibility of choosing between different protection systems, including combinations of several systems, leads to the multi-layered nature of patent protection in Europe. The unitary patent system itself is very complex, due to its asymmetry and coexistence with European and national patents. The paper first presents the principle of optionality, which allows users to choose the protection system. When choosing, users will also consider the way in which the competent court interprets and applies the dispositions of patent law. Then, the paper examines how the principle of optionality contributes to the parallel competences of different courts (national courts, the Unified Patent Court, The Court of Justice of the EU) in the same or similar legal situations and its consequences. Finally, the paper analyzes the practice of so-called forum shopping that appears due to the possibility for the plaintiff to choose the court before which he will initiate the proceedings, as well as its contribution to the fragmentation of the patent landscape in Europe.*

***Key words:** patent disputes, Unified Patent Court, unitary patent, forum shopping, European Union.*

** Associate Professor, Faculty of Legal Sciences, University "Apeiron", Banja Luka.

ZNAČAJ NOVOG ZAKONA O KULTURNOM NASLEĐU ZA OSTVARIVANJE I ZAŠTITU KULTURNIH PRAVA U SRBIJI

Dr Marko Stanković*

Sažetak: *U radu su prikazana najvažnija rešenja iz Zakona o kulturnom nasleđu iz 2021. godine i objašnjen značaj tog zakona u sistemu zaštite kulturnih prava u Republici Srbiji. Uvodna razmatranja posvećena su objašnjenju značaja kulturnih prava i kulturnog nasleđa uopšte. Nakon toga detaljno su analizirane ključne odredbe Zakona o kulturnom nasleđu. U zaključnim razmatranjima ukazano je na značaj takvih rešenja u sistemu zaštite ljudskih prava u Republici Srbiji.*

Ključne reči: *Kulturno nasleđe, kulturna baština, kulturna prava, Zakon o kulturnom nasleđu, ljudska prava.*

1. UVODNA RAZMATRANJA: O KULTURNIM PRAVIMA I KULTURNOM NASLEĐU

Ekonomska, socijalna i kulturna prava se, prema vremenu nastanka, svrstavaju u takozvana ljudska prava druge generacije. Kulturna prava su, među pravima druge generacije, najmanje odmakla u svojoj evoluciji, odnosno imaju najmanji domašaj i pravni sadržaj, ali i najslabiju primenu. Drugim rečima, „kulturna prava često se kvalifikuju kao ‘nerazvijena grupa’ ljudskih

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (i-mejl adresa: prof.marko.stankovic@gmail.com).

prava.⁴¹ U međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (PESK) već je na prvi pogled jasno da je kulturnim pravima posvećena najmanja pažnja. Štaviše, neretko se događa da se sva prava iz korpusa kulturnih prava svode na samo jedno pravo, pravo na kulturu.

Kulturna prava se po pravilu posmatraju kao individualna prava, ali „na kulturna prava se može gledati i kao na kolektivna prava, prava grupa.“⁴² Ovakvo stanovište zasniva se na ideji da se kultura ne može razvijati na temelju ljudskih prava pojedinca, nego je to jedino moguće ako grupa, kao takva, ima odgovarajuća prava. Ipak, postoji određeni otpor prema priznavanju prava grupama, iz straha „da će priznavanje prava na različite kulturne identitete, kao i prava na pripadanje odgovarajućoj manjinskoj grupi ili domorodačkom stanovništvu, dovesti do secesionističkih težnji u jednom društvu.“⁴³ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima nije priznala pravo na kulturni život manjina, ali je to učinio Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (PGP).⁴

Imajući u vidu da je najveći broj sukoba u svetu krajem dvadesetog i na početku dvadeset prvog veka uzrokovan kulturnim različitostima, međunarodna zajednica je u poslednje tri decenije posvetila nešto veđu pažnju kulturnim pravima. „Kulturna prava su usmerena ka očuvanju, razvoju i širenju kulture i nauke.“⁴⁵ Ne postoji saglasnost o tome koja se sve prava svrstavaju u ovu grupu ljudskih prava, ali se najčešće u nju uključuju pravo na obrazovanje, pravo na učešće u kulturnom životu, pravo na kulturni identitet, pravo na korišćenje naučnih dostignuća, sloboda naučnog istraživanja i stvaralaštva i zaštita interesa autora naučnih i umetničkih dela.⁶

Ustav Republike Srbije je u delu o ljudskim i manjinskim pravima od kulturnih prava izričito zagarantovao pravo na obrazovanje (čl. 71) i slobodu

¹ Milan Paunović, Boris Krivokapić, Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Beograd, 2018, 234.

² Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, *Ljudska prava*, Beograd, 1997, 384. „Za sada, međunarodni dokumenti gledaju na kulturna prava isključivo kao na individualna“ (*Ibidem*).

³ M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *op. cit.*, 235.

⁴ Član 27 PGP propisuje da „u državama gde postoje etničke, verske ili jezičke manjine, lica koja pripadaju tim manjinama ne mogu biti lišena prava da imaju u zajednici s drugim članovima svoje grupe, svoj sopstveni kulturni život, da ispovedaju svoju sopstvenu veroispovest i obavljaju verske dužnosti, ili da upotrebljavaju svoj sopstveni jezik.“

⁵ V. Dimitrijević, M. Paunović, *op. cit.*, 384.

⁶ Upor. V. Dimitrijević, M. Paunović, *op. cit.*, 384; M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *op. cit.*, 235.

naučnog i umetničkog stvaranja (član 73), a u delu o ekonomskom uređenju i javnim finansijama propisao dužnost čuvanja nasleđa. Prema Ustavu, „svako je dužan da čuva prirodne retkosti i naučno, kulturno i istorijsko nasleđe, kao dobra od opšteg interesa, u skladu sa zakonom“, a „posebna odgovornost za očuvanje nasleđa je na Republici Srbiji, autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave“ (čl. 89).

Krajem decembra 2021. godine Narodna skupština je donela novi Zakon o kulturnom nasleđu⁷ (u daljem tekstu: ZKN, Zakon), s tim što je njegova primena odložena za godinu dana. To praktično znači da je početkom 2023. godine taj zakon počeo da proizvodi pravna dejstva i primenjuje se u praksi. Ustavni osnov za donošenje Zakona o kulturnom nasleđu sadržan je u odredbama člana 97 tačka 10 Ustava Republike Srbije, kojim je propisano da Republika Srbija, pored ostalog, uređuje i obezbeđuje sistem u oblasti kulture i zaštite kulturnih dobara. Cilj donošenja zakona je uređenje sistema zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa, odnosno uspostavljanje pravno uređenog i organizovanog sistema zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa kroz otkrivanje, prikupljanje, istraživanje, dokumentovanje, proučavanje, vrednovanje, zaštitu, očuvanje, predstavljanje, interpretaciju, korišćenje i upravljanje kulturnim nasleđem (čl. 1–2).

2. POJAM I VRSTE KULTURNOG NASLEĐA U REPUBLICI SRBIJI

Kulturno nasleđe je novousvojenim Zakonom definisano kao „skup resursa, materijalnih i nematerijalnih, nasleđenih iz prošlosti, prepoznatih kao odraz i izraz neprekidno evoluirajućih vrednosti, uverenja, znanja i tradicija, nastalih interakcijom čoveka i prostora tokom vremena“. Kulturno nasleđe Republike Srbije obuhvata nematerijalno kulturno nasleđe i materijalna kulturna dobra koja se nalaze na teritoriji Republike Srbije, uključujući i Autonomnu pokrajinu Kosovo i Metohiju kao njen sastavni deo u skladu sa Ustavom Republike Srbije (čl. 4 ZKN).

Kulturno nasleđe može biti *materijalno* i *nematerijalno*, a materijalno kulturno nasleđe može biti nepokretno i pokretno. Nepokretno kulturno nasleđe deo je materijalnog kulturnog nasleđa koje čine nepokretnosti, njihove grupe, delovi ili ostaci, a za koje se pretpostavlja da mogu imati ili za koje je postupkom vrednovanja, u skladu sa zakonom, utvrđeno da imaju

⁷ Službeni glasnik Republike Srbije br. 129/21.

kulturnu, društvenu, istorijsku, arheološku, etnološku, antropološku, tehničku i industrijsku, umetničku, umetničko-zanatsku, arhitektonsku, građevinsku i građevinsko-konstruktivnu, prostornu (urbanu ili ruralnu) i naučnu vrednost i vrednost originala, unikata ili starine. Pokretno kulturno nasleđe deo je materijalnog kulturnog nasleđa koje čine pokretni predmeti, njihove grupe, delovi ili ostaci za koje se pretpostavlja da mogu imati ili za koje je postupkom vrednovanja, u skladu sa zakonom, utvrđeno da imaju kulturnu, društvenu, istorijsku, arheološku, etnološku, antropološku, tehničku i industrijsku vrednost, umetničku, umetničko-zanatsku, naučnu i vrednost originala, unikata ili starine. Pokretno kulturno nasleđe, po njegovim vrstama, čine muzejska građa, arhivska građa, stara i retka bibliotečka građa i filmska i ostala audio-vizuelna građa.

Nematerijalno kulturno nasleđe označava prakse, prikaze, izraze, znanja, veštine, kao i instrumente, predmete, artefakte i kulturne prostore koji su s njima povezani, koje zajednice, grupe i u pojedinim slučajevima pojedinci, prepoznaju kao deo svog kulturnog nasleđa. Ono se prenosi s generacije na generaciju, zajednice i grupe ga iznova stvaraju u zavisnosti od okruženja, njihove interakcije sa prirodom i istorije, pružajući im osećaj identiteta i kontinuiteta. Na taj način se promovišu poštovanje kulturne raznolikosti i ljudske kreativnosti (čl. 3).

Jedan od osnovnih preduslova za valjanu zaštitu kulturnog nasleđa je pravovremeno prepoznavanje kulturnog nasleđa koje je u opasnosti. *Kulturno nasleđe u opasnosti* je kulturno nasleđe, bez obzira na vrstu, kao i da li je utvrđeno za kulturno dobro, ukoliko je izloženo riziku uništenja, nestajanja, ozbiljnom narušavanju integriteta ili oštećenja.

Zakon poznaje i termin *kulturnog dobra*. Kulturna dobra su stvari i tvorevine materijalne i duhovne kulture od opšteg interesa, vrednovana i utvrđena u skladu sa zakonom, i čine sastavni deo materijalnog kulturnog nasleđa. Nepokretna kulturna dobra su kulturni predeli, prostorne kulturno-istorijske celine, spomenici kulture, arheološka nalazišta i znamenita mesta. Pokretna kulturna dobra su muzejska građa, arhivska građa, filmska i ostala audio-vizuelna građa, stara i retka bibliotečka građa. Kulturna dobra se prema značaju razvrstavaju u tri kategorije: kulturno dobro, kulturno dobro od velikog značaja i kulturno dobro od izuzetnog značaja. Ona se evidentiraju u odgovarajućim registrima za čije su vođenje zadužene odgovarajuće ustanove. Kulturna dobra su deo materijalnog kulturnog nasleđa vrednovana i utvrđena u skladu sa zakonom (čl. 5 st. 3 ZKN).

3. PRAVO NA KULTURNO NASLEĐE, NJEGOVA ZAŠTITA I VREDNOVANJE

Zakon o kulturnom nasleđu definisao je *pravo na kulturno nasleđe* (čl. 6). Prema zakonu, kulturno nasleđe ima pravo da koristi svako pod jednakim uslovima, radi učešća u kulturnom životu, uživanja, obrazovanja, naučnog istraživanja i napretka ili druge dobrobiti koja iz njega proističe, kao i da doprinosi njegovom obogaćivanju zaštiti i očuvanju, u skladu sa ovim zakonom. Pravo na dostupnost i pristup kulturnom nasleđu može se ograničiti samo radi zaštite javnog interesa, prava i sloboda drugih. Obavezu da poštuje kulturno nasleđe ima svako.

Zaštita i očuvanje kulturnog nasleđa ostvaruje se obavljanjem delatnosti zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa, upravnopravnim i drugim merama propisanim Zakonom o kulturnom nasleđu, kao i merama koje se utvrde na osnovu posebnih zakona kojima se uređuju pojedinačne oblasti zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa. U cilju zaštite, očuvanja i predstavljanja kulturnog nasleđa Republike Srbije subjekti zaštite kulturnog nasleđa ostvaruju saradnju sa nadležnim državnim organima, organima autonomnih pokrajina i lokalnih samouprava, naučno-obrazovnim, istraživačkim institucijama, turističkim organizacijama, strukovnim i drugim udruženjima (čl. 8 ZKN). Republika Srbija obezbeđuje zaštitu i očuvanje kulturnog nasleđa koje se nalazi na njenoj teritoriji i stara se o zaštiti i očuvanju kulturnog nasleđa koje se nalazi u inostranstvu, ako je od značaja za njenu istoriju, umetnost ili kulturu. Kulturna dobra, dobra koje uživa prethodnu zaštitu i dobra pod prethodnom zaštitom ne smeju se oštetiti, uništiti, niti se bez saglasnosti nadležne ustanove zaštite u skladu sa zakonom može menjati njegov izgled, svojstvo ili namena (čl. 9 ZKN). Vlada Republike Srbije, na predlog ministra nadležnog za kulturu, donosi Program zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa u Republici Srbiji u skladu sa strategijom razvoja kulture, za period od pet godina. U izradi programa učestvuju i centralne ustanove zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa, u saradnji sa matičnim ustanovama zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa. Autonomna pokrajina, preko svojih organa u oblasti kulture, učestvuje u izradi programa i u okviru svojih nadležnosti i, u skladu sa svojim specifičnostima, donosi mere za zaštitu i očuvanje kulturnog nasleđa u okviru svojih planskih dokumenata (čl. 10 ZKN).

Kulturna vrednost materijalnog i nematerijalnog nasleđa utvrđuje se na osnovu činjenica o svojstvima i osobenostima nasleđa, značaja za očuvanje identiteta i kulture, kao i istorijskih, umetničkih, arhitektonskih, arheoloških,

antropoloških, etnoloških, duhovnih, prirodnjačkih, tehničkih, naučnih, društvenih, ekonomskih i drugih vrednosti (čl. 26 ZKN). Kriterijumi za utvrđivanje vrednosti kulturnog nasleđa su autentičnost, integritet, jedinstvenost i retkost u okviru svoje vrste i kontinuitet kulturne tradicije (čl. 27 ZKN).

Posebnu važnost u sistemu kulturnih dobara ima *prethodna zaštita* odgovarajućih dobara. Ona služi da određene vrednosti ne budu uništene ili izgubljene pre nego što se okonča formalni postupak njihovog proglašavanja za kulturna dobra. Dobra koja uživaju prethodnu zaštitu su stvari i tvorevine za koje se pretpostavlja da poseduju kulturne vrednosti, predstavljaju kulturno nasleđe i uživaju istu zaštitu kao i kulturna dobra (čl. 29 ZKN). Evidencije dobara pod prethodnom zaštitom vode ustanove zaštite i utvrđuju mere zaštite (čl. 34 st. 1 ZKN).

4. UTVRĐIVANJE KULTURNIH DOBARA I EVIDENCIJA O NJIMA

Jedan od glavnih preduslova da kulturno nasleđe bude adekvatno zaštićeno jeste pravovremeno i valjano utvrđivanje kulturnih dobara i vođenje sveobuhvatne i ažurne evidencije o njima.

Zakonom o kulturnom nasleđu propisano je da se kulturna vrednost materijalnog i nematerijalnog nasleđa utvrđuje na osnovu činjenica o svojstvima i osobenostima nasleđa, značaja za očuvanje identiteta i kulture, kao i istorijskih, umetničkih, arhitektonskih, arheoloških, antropoloških, etnoloških, duhovnih, prirodnjačkih, tehničkih, naučnih, društvenih, ekonomskih i drugih vrednosti (čl. 26). Osnovni kriterijumi za utvrđivanje vrednosti kulturnog nasleđa su autentičnost, integritet, jedinstvenost i retkost u okviru svoje vrste i kontinuitet kulturne tradicije, a bliži kriterijumi utvrđivanja propisuju se posebnim zakonima kojima se uređuju pojedinačne oblasti zaštite kulturnog nasleđa (čl. 27 ZKN).

Materijalno kulturno nasleđe na osnovu utvrđene kulturne vrednosti čine dobra koja uživaju prethodnu zaštitu, dobra pod prethodnom zaštitom i kulturna dobra (čl. 28 ZKN). Dobra koja uživaju prethodnu zaštitu su stvari i tvorevine za koje se pretpostavlja da poseduju kulturne vrednosti definisane zakonom i uživaju istu zaštitu kao i kulturna dobra (čl. 29 ZKN). To je važna garancija da će takva dobra biti očuvana. Zakonom su detaljno propisane obaveze svakoga ko otkrije dobra za koja pretpostavlja da imaju kulturnu vrednost, kao i obaveze odgovarajućih ustanova (čl. 30–33 ZKN). Evidencije dobara pod prethodnom zaštitom vode ustanove zaštite i utvrđuju mere zaštite. Režim prethodne zaštite otpočinje momentom preduzimanja upravnih radnji na identifikaciji dobara za koje se veruje da poseduju svojstva kulturnog dobra,

a ustanova zaštite dužna je da o evidentiranju dobra koja uživa prethodnu zaštitu obavesti vlasnika ili držaoca, odnosno lice koje koristi ili upravlja njome (čl. 34 ZKN). Prethodna zaštita prestaje danom donošenja akta o utvrđivanju kulturnog dobra, istekom vremena trajanja prethodne zaštite ili danom utvrđivanja da dobro nema kulturnu vrednost (čl. 35 ZKN).

Kao što je već rečeno, *kulturna dobra se razvrstavaju u tri zakonske kategorije* (čl. 36 ZKN): „obična“ kulturna dobra (kulturna dobra III kategorije), kulturna dobra od velikog značaja (kulturna dobra II kategorije) i kulturna dobra od izuzetnog značaja (kulturna dobra I kategorije). Kulturno dobro je deo kulturnog nasleđa koje ima svojstva kulturnog dobra i ispunjava kriterijume definisane zakonom i utvrđeno je aktom o utvrđivanju u skladu sa zakonom (čl. 37 ZKN). Kulturno dobro od velikog značaja je kulturno dobro koje ima jedno ili više sledećih svojstava: 1) predstavlja značajan kulturni, istorijski i tehnički doprinos određenog perioda ili područja; 2) svedoči o korišćenju znanja, veština i tehnika koje su nestale ili čine običaje i tradicionalno ponašanje na određenom području; 3) svedoči o značajnim događajima i ličnostima u prošlosti koji su obeležili istoriju i kulturu određenog područja (čl. 38 ZKN). Kulturno dobro od izuzetnog značaja jeste ono kulturno dobro koje ima jedno ili više sledećih svojstava: 1) poseban značaj za kulturni, istorijski, društveni i naučno-tehnološki razvoj u određenom istorijskom periodu; 2) svedoči o izuzetnom doprinosu znanju, veštinama i kreativnom stvaralaštvu u prošlosti i savremenom periodu; 3) odražava primer jedinstvenog delovanja čoveka u prirodnom okruženju, tradicionalno korišćenje predela, ostvarivanja harmoničnog sadejstva razmene kulturnih uticaja i principa u prirodi; 4) predstavlja jedinstvene primerke stvaralaštva svog vremena ili određenog istorijskog razdoblja; 5) predstavlja originalni zapis ili delo koje je obeležilo kulturu i istoriju (čl. 39 ZKN). Posebno je propisano da kulturno nasleđe upisano na Uneskove liste svetskog nasleđa i kulturno nasleđe koje se nalazi na teritoriji Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija uživaju poseban pristup, zaštitu, staranje i brigu (čl. 40 ZKN).

Kulturna dobra se utvrđuju aktom o utvrđivanju, koji, u zavisnosti od vrste kulturnog dobra, sadrži: 1) osnovne podatke o kulturnom dobru (naziv, vrsta, mesto gde se nalazi i identifikacione oznake); 2) opis izgleda i stanja kulturnog dobra i pojedinih njegovih delova; 3) granicu nepokretnog kulturnog dobra i granicu njegove zaštićene okoline; 4) podatke o vlasniku i držaocu kulturnog dobra i zaštićene okoline nepokretnog kulturnog dobra (ime i prezime, prebivalište i boravište za fizičko lice, odnosno naziv i sedište za pravno lice); 5) obrazloženje vrednosti i osobenosti kulturnog dobra; 6) kategoriju kulturnog dobra; 7) podatke o objektu u kojem se trajno čuva ili izlaže

pokretno kulturno dobro; 8) mere zaštite, namenu i način čuvanja, održavanja i korišćenja kulturnog dobra, a za nepokretno kulturno dobro i njegove zaštićene okoline. Poslove utvrđivanja kulturnih dobara javne ustanove zaštite obavljaju kao povereni posao (čl. 41 ZKN). Mere zaštite kulturnih dobara detaljno su zakonom propisane (čl. 42 ZKN).

Zakon je precizirao *nadležnosti odgovarajućih organa za utvrđivanje različitih kategorija materijalnih kulturnih dobara*. Nepokretna kulturna dobra i nepokretna kulturna dobra od velikog značaja utvrđuje Vlada Republike Srbije, pri čemu predlog akta za utvrđivanje nepokretnog kulturnog dobra i nepokretnog kulturnog dobra od velikog značaja sa obrazloženjem priprema Republički zavod za zaštitu spomenika kulture i upućuje preko ministarstva Vladi (čl. 43 ZKN). S druge strane, pokretna kulturna dobra utvrđuje muzej, arhiv, audio-vizuelni arhiv i biblioteka, čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave (čl. 45 ZKN), dok pokretna kulturna dobra od velikog značaja utvrđuju Narodni muzej Srbije, Državni arhiv Srbije, Narodna biblioteka Srbije i Jugoslovenska kinoteka, kao poveren posao (čl. 47 ZKN). Konačno, kulturna dobra od izuzetnog značaja utvrđuje Narodna skupština, a ustanove zaštite svoje predloge za utvrđivanje kulturnih dobara od izuzetnog značaja dostavljaju Republičkom zavodu za zaštitu spomenika kulture, Narodnom muzeju Srbije, Državnom arhivu Srbije, Narodnoj biblioteci Srbije i Jugoslovenskoj kinoteci (čl. 48 ZKN).

Kad je reč o *očuvanju nematerijalnog kulturnog nasleđa*, predviđeno je da Republika Srbija, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave obezbeđuju uslove za očuvanje nematerijalnog kulturnog nasleđa. Mere očuvanja nematerijalnog kulturnog nasleđa obuhvataju identifikaciju, dokumentaciju, istraživanje, očuvanje, zaštitu, promociju, vrednovanje, prenošenje, posebno kroz formalno i neformalno obrazovanje, kao i revitalizaciju različitih aspekata takvog nasleđa i druge aktivnosti u skladu sa zakonom (čl. 49 ZKN). Identifikacija nematerijalnog kulturnog nasleđa ostvaruje se u saradnji sa grupama, zajednicama i pojedincima koji su nosioci tog nasleđa. Evidenciju o identifikovanom nematerijalnom kulturnom nasleđu vode nadležne ustanove u skladu sa stručnim uputstvom koje donosi centralna ustanova zaštite nematerijalnog kulturnog nasleđa, a evidentirano nematerijalno kulturno nasleđe uživa status kulturnog nasleđa pod prethodnom zaštitom (čl. 50 ZKN). Nematerijalno kulturno nasleđe upisuje se u registar nematerijalnog kulturnog nasleđa, a dokumentacija o nematerijalnom kulturnom nasleđu nastala s ciljem identifikovanja, beleženja i registrovanja elementa nematerijalnog kulturnog nasleđa uživa zaštitu kao i nematerijalno kulturno nasleđe

(čl. 51–52 ZKN). Nosioци nematerijalnog kulturnog nasleđa su lica koja poseduju znanja ili veštine neophodne za stvaranje, izvođenje, praktikovanje i prenošenje nematerijalnog kulturnog nasleđa i oni uživaju podršku u skladu sa zakonom (čl. 53–54 ZKN).

O kulturnom nasleđu, nematerijalnim kulturnim dobrima i dobrima pod prethodnom zaštitom vodi se odgovarajuća *evidencija, odnosno registri*. Kulturna dobra se upisuju u registar kulturnih dobara prema vrstama u skladu sa Zakonom o kulturnom nasleđu i posebnim zakonima kojima se uređuju pojedinačne oblasti zaštite kulturnih dobara. Uz akt o utvrđivanju, na osnovu koga je izvršen upis u registar, čuva se i dosije o kulturnom dobru. Registri kulturnih dobara vode se u elektronskom obliku, u skladu sa propisima kojima se uređuje elektronska uprava, i sadrže podatke i dokumentaciju o kulturnim dobrima prema vrstama, u skladu sa Zakonom o kulturnom nasleđu i posebnim zakonima kojima se uređuju pojedinačne oblasti zaštite kulturnih dobara i povezani su sa jedinstvenim informacionim sistemima kulturnog nasleđa i drugim odgovarajućim registrima. Registri kulturnih dobara su javni, a u katastar nepokretnosti vrši se zabeležba upisa, odnosno brisanje svojstva kulturnog dobra, na osnovu podataka iz registra kulturnih dobara koje dostavlja ustanova zaštite koja je izvršila upis u registar kulturnih dobara i njihove zaštićene okoline (čl. 55 ZKN). Dosije registrovanog elementa nematerijalnog kulturnog nasleđa redovno se ažurira i trajno čuva u papirnom i elektronskom obliku. Nacionalni registar nematerijalnog kulturnog nasleđa vodi se u elektronskom obliku u skladu sa propisima kojima se uređuje elektronska uprava i povezan je sa jedinstvenim informacionim sistemom i drugim odgovarajućim registrima (čl. 58 ZKN). Za svaku vrstu kulturnih dobara vode se centralni registri. Centralne registre kulturnih dobara vode centralne ustanove zaštite (čl. 60 ZKN). Kad je reč o evidenciji dobara pod prethodnom zaštitom, Zakon o kulturnom nasleđu detaljno uređuje njihovu sadržinu (čl. 62 ZKN).

Za praćenje stanja kulturnog nasleđa i aktivnosti na njegovoj zaštiti i očuvanju uspostavljaju se *jedinstveni informacioni sistemi* za arhive, zavode, audio-vizuelne arhive, biblioteke, muzeje i galerije, u kojima se vodi dokumentacija o kulturnom nasleđu u elektronskom obliku, a kojima upravljaju ministarstvo nadležno za poslove kulture i ustanove zaštite (čl. 67 ZKN). Ustanove zaštite dužne su da korišćenjem jedinstvenih informacionih sistema razmenjuju podatke, umrežavaju se i rade na promociji kulturnog nasleđa u digitalnoj formi (čl. 68 ZKN).

V DELATNOST ZAŠTITE I OČUVANJA KULTURNOG NASLEĐA

Delatnost zaštite kulturnog nasleđa od opšteg je interesa za Republiku Srbiju, a obavljaju je za to osnovane *ustanove zaštite* (čl. 72–73 ZKN). Ustanovu zaštite može osnovati Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave i drugo pravno ili fizičko lice, pod uslovima propisanim zakonom (čl. 77 ZKN). Ustanove zaštite mogu se osnovati kao javne, specijalne i privatne ustanove zaštite (čl. 78 ZKN). Ustanove zaštite su zavod za zaštitu spomenika kulture, muzej, galerija, arhiv, audio-vizuelni arhiv i biblioteka koja obavlja zaštitu stare i retke bibliotečke građe. Zavod za zaštitu spomenika kulture vrši delatnost zaštite i očuvanja nepokretnih kulturnih dobara, muzej i galerija vrše delatnost zaštite i očuvanja muzejske građe i nematerijalnog kulturnog nasleđa, arhiv vrši delatnost zaštite i očuvanja arhivske građe, audio-vizuelni arhiv vrši delatnost zaštite i očuvanja filmske i ostale audio-vizuelne građe, a delatnost zaštite i očuvanja stare i retke bibliotečke građe obavljaju biblioteke koje u svojim fondovima imaju staru i retku bibliotečku građu i ispunjavaju druge uslove za obavljanje delatnosti zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa (čl. 82–83 ZKN). Ustanove zaštite dužne su da vrše reviziju pokretnih i nepokretnih kulturnih dobara u rokovima utvrđenim posebnim zakonima kojima se uređuju pojedinačne oblasti zaštite i očuvanja kulturnih dobara (čl. 85 ZKN). Centralne ustanove zaštite u Republici Srbiji su Republički zavod za zaštitu spomenika kulture, Narodni muzej Srbije, Državni arhiv Srbije, Narodna biblioteka Srbije i Jugoslovenska kinoteka (čl. 90 ZKN).

Radi trajnog i sistematskog rada na razvoju i unapređivanju delatnosti zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa u Republici Srbiji, odnosno u delatnosti zaštite i očuvanja nepokretnog kulturnog nasleđa, odnosno muzejskoj delatnosti, arhivskoj delatnosti, delatnosti zaštite stare i retke bibliotečke građe, delatnosti zaštite filmske i ostale audio-vizuelne građe ustanovljava se matičnost pojedinih ustanova zaštite u tim delatnostima, koje obavljaju te poslove kao poverene (čl. 92 ZKN). Osim toga, radi trajnog i sistematskog rada na razvoju i unapređivanju delatnosti zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa u Republici Srbiji, odnosno u delatnosti zaštite i očuvanja nepokretnog kulturnog nasleđa, muzejskoj delatnosti, arhivskoj delatnosti, delatnosti zaštite i očuvanja stare i retke bibliotečke građe, delatnosti zaštite i očuvanja filmske i ostale audio-vizuelne građe ustanovljavaju se teritorijalno nadležne ustanove zaštite, koje obavljaju poslove na određenoj teritoriji, kao povereni posao (čl. 93 ZKN).

U cilju praćenja i uvida u sprovođenje međunarodnih obaveza i ratifikova-

nih konvencija, kao i kulturnog nasleđa upisanog i predloženog za upis na Uneskovske liste, ministarstvo nadležno za poslove kulture obrazuje *Nacionalni komitet za materijalno kulturno nasleđe* i *Nacionalni komitet za nematerijalno kulturno nasleđe*. Nacionalni komitet za materijalno kulturno nasleđe i Nacionalni komitet za nematerijalno kulturno nasleđe imaju po sedam članova koje imenuje ministar na period od četiri godine iz redova istaknutih stručnjaka iz oblasti zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa i drugih srodnih oblasti (čl. 94 ZKN).

Zakon propisuje čitav niz prava i obaveza vlasnika i držalaca kulturnih dobara i dobara pod prethodnom zaštitom (čl. 99–102 ZKN), pravila o prometu, komercijalnom korišćenju i eksproprijaciji kulturnih dobara (čl. 103–106 ZKN), kao i pravila o uvozu, unošenju, izvozu, iznošenju i povraćaju kulturnih dobara (čl. 107–113 ZKN). Posebnu grupu pravila predstavljaju norme o povraćaju kulturnih predmeta nezakonito iznesenih sa teritorije država članica Evropske unije (čl. 114–129 ZKN), čija bi primena trebalo da počne danom pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji (čl. 136 ZKN).

VI ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Donošenje Zakona o kulturnom nasleđu predstavlja važan korak u usavršavanju sistema zaštite kulturnih prava u Republici Srbiji. Doduše, Republika Srbija je i ranije imala Zakon o kulturnim dobrima⁸ iz 1994. godine. Osim terminološke zastarelosti, u međuvremenu je stupio na snagu i novi Ustav iz 2006. godine, pa je bilo potrebno otkloniti nesaglasnosti u pravnom sistemu. Osim toga, Zakon iz 1994. godine je po svom karakteru bio i opšti propis jer je uređivao opšta, zajednička pitanja zaštite kulturnih dobara (arhivistiku, muzeologiju, staru i retku knjigu, nepokretna kulturna dobra i kinoteku), a istovremeno je uređivao i posebno svaku oblast zaštite kulturnih dobara. Zbog toga je Zakon o kulturnim dobrima iz 1994. godine bio komplikovan i obiman propis, sa brojnim odredbama koje su bile gotovo neprimenljive. Stupanjem na snagu novog Zakona o kulturnom nasleđu stvoren je pravni okvir da Republika Srbija sveobuhvatno uredi oblast zaštite i očuvanja kulturnog nasleđa i detaljno uredi delatnosti posebnim zakonima iz svih oblasti zaštite kulturnih dobara, kao osnovnim propisom za ovu materiju.

Razume se, valjan pravni okvir predstavlja samo nužan preduslov da se ostvari adekvatna zaštita kulturnog nasleđa u praksi. Da bi se to zaista dogodilo,

⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 71/94, 52/11 – dr. zakoni, 99/11 – dr. zakon, 6/20 – dr. zakon i 35/21 – dr. zakon

potrebno je da se zakonske norme efikasno primenjuju i da institucije koje su zadužene za očuvanje kulturnog nasleđa rade koordinisano. Posebno je važno da delovanje odgovornih institucija bude pravovremeno i bez kašnjenja, jer protok vremena može biti najveća opasnost po kulturno nasleđe. U tom smislu su posebno važne odredbe zakona koje uređuju kulturno nasleđe u opasnosti, kao i prethodnu zaštitu kulturnog nasleđa. Rešenje prema kojem kulturna dobra koja uživaju prethodnu zaštitu imaju jednak pravni tretman kao proglašena kulturna dobra ima izuzetan značaj. Osim toga, bilo bi dobro da se u praksi pronade način da se usvajanje prethodne zaštite ostvaruje u što kraćem postupku, kako bi se onemogućilo uništavanje kulturne baštine od strane nesavesnih fizičkih i pravnih lica u cilju ostvarenja profita. Tu naročito treba imati u vidu arhitektonsko nasleđe u velikim gradovima, koje se nalazi na lokacijama atraktivnim za izgradnju stambenih i poslovnih objekata. Iskustvo je pokazalo da nesavesni investitori pokušavaju, a neretko i uspevaju, da unište vredne objekte pre nego što budu stavljeni pod prethodnu zaštitu. Takvom postupanju se mora odlučno stati na put, kako propisima tako i njihovom efikasnom primenom. Jedan od instrumenata u tom pogledu mogle bi biti krivična odgovornost i stroge kazne za rušenje i uništavanje kulturnog nasleđa koje je u postupku utvrđivanja za kulturno dobro. U tom smislu, neophodne su i odgovarajuće promene u domenu zakonodavstva o planiranju i izgradnji i krivičnog zakonodavstva.

LITERATURA

- Dimitrijević, V., Paunović, M., *Ljudska prava*, Beograd, 1997.
Marković, R., *Ustavno pravo*, Beograd, 2014.
Orlović, S., *Ustavno pravo*, Novi Sad, 2018.
Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I., *Međunarodna ljudska prava*, Beograd, 2018

Dr. Marko Stanković**

**THE IMPORTANCE OF THE NEW LAW ON CULTURAL
HERITAGE FOR THE EXERCISE AND PROTECTION OF
CULTURAL RIGHTS IN SERBIA**

Abstract: *The paper presents the most important solutions from the Law on Cultural Heritage of 2021 and explains the importance of that law in the system of protection of cultural rights in the Republic of Serbia. The introduction is devoted to explaining the importance of cultural rights and cultural heritage in general. After that, there is an analysis of the key provisions of the Law on Cultural Heritage. In the concluding remarks, there is an explanation of the importance of such legal solutions in the system of human rights protection in the Republic of Serbia.*

Keywords: *Cultural heritage, cultural legacy, cultural rights, Law on Cultural Heritage, human rights.*

** Associate Professor University of Belgrade Faculty of Law

УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНОГ ИСЦРПЉЕЊА ПАТЕНТА НА ПРОМЕТ РОБЕ ИЗМЕЂУ ДРЖАВА

Његослав Јовић, мср*

Апстракт: Питање географског обима исцрпљења патента утиче на кретање робе преко државних граница и на пословну праксу носиоца патента. Глобализацијом међународне трговине, исцрпљење патента добија посебан значај. Од избора његовог географског обима зависи спровођење државне политике у односу на паралелну трговину. Трговци могу на потпуно легалној основи манипулисати цијенама за производе који су законито пуштени у промет и такве манипулације могу довести до повећања цијена на једном тржишту, док долази до смањења цијена на другом тржишту.

Кад држава прописује међународно исцрпљење патента, паралелна трговина је дозвољена и има утицај на ефикасност тржишта као и на слободан проток робе. То доводи до ефикасније расподјеле ресурса и бољих цијена за потрошаче у развијеним државама. У случају режима међународног исцрпљења патента, носилац патента нема механизме да се супротстави паралелној трговини.

Ипак, међународно исцрпљење патента може да има и негативне ефекте. Код држава у развоју, међународно исцрпљење патента може довести до повећања цијена, јер ће носиоцима патента бити теже да примјене пословну праксу цијеновне дискриминације. Јединствена

* Његослав Јовић, виши асистент, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, njegoslav.jovic@pf.unibl.org

цијена заштићених производа за сва тржишта онемогућиће продају заштићених производа по цијени која покрива трошкове производње у неразвијеним државама, што може довести до тога да они не буду уопште понуђени на тим тржиштима.

Предмет истраживања овог рада јесте управо питање да ли међународно исцрпљење патента има исти утицај на промет робе између развијених и неразвијених држава.

Кључне ријечи: исцрпљење патента, географски обим исцрпљења патента, међународно исцрпљење патента, паралелна трговина.

1. УВОД

Исцрпљење права утиче на економску вриједност права интелектуалне својине и има шире последице. Постоји слобода држава у начину на који формулишу институт исцрпљења права како би се на најбољи начин одговорило на скупове различитих интереса и вриједности. Његова суштина је у томе да носилац субјективног права интелектуалне својине губи искључиво овлашћење на стављање у промет и употребу конкретног производа у којем је заштићено интелектуално добро материјализовано, кад тај производ стави први пут у промет на начин да дође до промјене његовог власника. Нови власник конкретног производа може њиме слободно располагати и употребљавати га, а да тиме не повриједи субјективно право интелектуалне својине.¹

Исцрпљење патента је вид ограничења овлашћења носиоца патента са сврхом успостављања равнотеже интереса између носиоца патента, будућих власника заштићених производа и јавног интереса. Исцрпљењем патента повећава се економска ефикасност, јер ограничава моћ носиоца патента да одређује цијену производа изнад нивоа конкуренције на секундарном тржишту, чиме се повећава приступ потрошачима и омогућава паралелна трговина.² Тиме се подстичу секундарна тржишта

¹ Слободан Марковић, „Актуелизација важних теоријских питања у савременој судској пракси права жига“, у *LIBER AMICORUM проф. др Мирко Васиљевић* (ур. Душан В. Поповић), Београд 2021, 504, фн. 19.

² Ariel Katz, „The Economic Rationale of Exhaustion: Distribution and Post-Sale Restraints“, у *Research Handbook on IP Exhaustion and Parallel Imports*, (eds. Irene Calboli, Edward Lee), Edward Elgar, 2016, 25.

да сниже цијене производа и омогућава потрошачима да смање баријере при преласку на могуће супституте производа.

Национално исцрпљење патента отежава прекогранично кретање робе и представља нецаринску препреку међународној трговини.³ Прописивањем међународног исцрпљења патента и дозвољавањем паралелне трговине омогућава се слободан промет робе. ЕУ прописује регионално исцрпљење патента и на основу њега је омогућен несметан промет робе између држава чланица. Међутим, и у оквиру ЕУ је на основу члана 36 УФЕУ могуће забранити или ограничити увоз, извоз или транзит робе ако је то оправдано, између осталог, заштитом индустријске или трговачке својине.

2. ПОЈАМ ИСЦРПЉЕЊА ПАТЕНТА

Исцрпљење патента као институт је настао у другој половини XIX вијека и плод је судске праксе. Развијао се постепено, а у савременом праву је претежно регулисан законским прописима.⁴ Судска пракса по државама је била различита и имала је искључиво национални значај. Сам термин је непрецизан јер би значео да долази до исцрпљења (конзумације) субјективног права у цјелини. Патент као правна власт над проналаском се не исцрпљује, већ се исцрпљује изведено овлашћење које прати судбину производа као објекта.⁵ Прецизније би се могло рећи да се ради о исцрпљењу овлашћења из субјективног права, а не о исцрпљењу патента.⁶ Ипак, иако непрецизан, овај термин се уобичајно користи.

³ Slobodan Marković, „The Exhaustion of Intellectual Property Rights in the Context of International Free Trade Agreements“, у *Legal Implications of Trade Liberalization Under SAAs and CEFTA*, (ed. Popović, Dušan V.), University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade 2018, 140.

⁴ Према подацима *WIPO* из 2022. године, идентификоване су 142 државе које предвиђају исцрпљење патента. У већини ових држава, постоји посебна законска одредба која прописује институт исцрпљења патента. У државама англосаксонског права, институт је предвиђен судском праксом. Вид. *WIPO, Standing Committee on the Law of Patents, Draft Reference Document on the Exception Regarding the Exhaustion of Patent Rights*, Document SCP/34/3, AUGUST 18, 2022, 12. Доступно на: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_34/scp_34_3.pdf, 23.08.2023.

⁵ Alois Troller, *Immaterialgüterrecht*, Band II, Basel - Stuttgart 1971, 873.

⁶ Сlobодан Марковић, *Патентно право*, Београд 1997, 300; Сандра Фишер, *Патент као субјективно право*, Нови Сад 2007, 131.

Исцрпљење (конзумација) патента наступа када носилац (титулар) патента, друго лице по његовом овлашћењу, или његов правни слѣдбеник,⁷ ставе производ који је обухваћен садржином патентног дејства у промет, а треће лице правним послом стекне својину над тим производом.

Наступањем исцрпљења патента патент није престао да важи већ је носилац патента изгубио искључиво овлашћење да ограничава промет и употребу конкретног производа. Носилац патента, међутим, задржава овлашћење да се супротстави купцу да производи патентирани производ. Купац има право да поправи купљени производ, или да замијени његов оштећени дио, али та поправка не укључује поновну производњу, јер у том случају долази до повреде патента.⁸

3. ГЕОГРАФСКИ ОБИМ ИСЦРПЉЕЊА ПАТЕНТА

Под географским обимом исцрпљења патента подразумевамо одређење територије на којој стављање робе у промет доводи до исцрпљења патента.⁹ Државе самостално одређују географски обим (режим) исцрпљења патента у односу на различите предмете искључивих права, зависно од својих националних интереса. Према географском обиму, исцрпљење патента се дијели на национално, регионално и међународно исцрпљење патента.¹⁰ Изузетно, оно може бити и комбиновано (мјешовито) исцрпљење патента, када се за различите врсте патента примјењује различит географски обим.

Исцрпљење патента је од свог настанка имало искључиво национални домет који се развојем трговине ширио. На основу националног

⁷ Од овог правила постоје изузеци кад је дозвољено законито стављање у промет заштићених производа мимо воље носиоца патента.

⁸ Вид. Његослав Јовић, *Границе исцрпљења патента*, докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд 2023, 13–14.

⁹ Синиша Варга, „Географски опсег исцрпљења жига и паралелна трговина у праву Републике Србије“, XI мајско савјетовање, *Зборник радова „Услуге и заштита корисника“*, Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2015, 634.

¹⁰ Вид. шире: Project On the Topic Exhaustion Under TRIPS and Parallel Importation: Challenges and Opportunities, National Law University, Jodhpur, 24st September, 2012, 11-15. Исто: WIPO, *Interface between Exhaustion of Intellectual Property Rights and Competition Law*, CDIP/4/4 REV./STUDY/INF/2, Geneva 2011, 16-23.

исцрпљења, носилац патента ставља у промет примјерак производа, и тиме исцрпљује, односно конзумира своје субјективно право, тако да будући власник може да тај производ слободно употребљава, нуди и ставља даље у промет, али само на територији те државе. Носилац патента може на овај начин да се супротстави увозу заштићеног производа из било које друге државе. Државе својим националним прописима одређују да ли се на њиховој територији примјењује национално исцрпљење патента или је оно шире. Законодавство 30 држава¹¹ прописује национални режим исцрпљења патента. Одређене државе питање националног исцрпљења патента нису уредиле законским текстом, већ су га успоставиле судском праксом.¹²

Национално исцрпљење патента карактерише чињеница да су искључива овлашћења која су законом призната носиоцу патента исцрпљена само на територији државе поријекла производа. Оно помаже државама да изолују тржишта и смање инострану конкуренцију на патентираним производима у држави и иностранству. Ипак, овај режим може представљати опасност, посебно када је индустријски сектор у држави слаб или неразвијен. Носилац патента или стичалац лиценце код режима националног исцрпљења патента могу се супротставити паралелној трговини својих заштићених производа које су ставили у промет у другој држави. Увоз тих производа од стране трећих лица из иностранства чини повреду патента. Овај режим исцрпљења патента ограничава међународну трговину и чини баријеру слободном кретању робе.

Регионално исцрпљење патента је хибрид националног и међународног исцрпљења патента како би се омогућила паралелна трговина унутар регионалног трговинског блока, а истовремено ограничила паралелна трговина изван њега. Оно превазилази границе једне државе и има дејство на простору који обухвата територије више држава. Регио-

¹¹ Национално исцрпљење патента према подацима из 2022. године прописују Албанија, Барбадос, Бјелорусија, Белизе, Бутан, Босна и Херцеговина, Бразил, Доминика, Салвадор, Есватини, Етиопија, Гамбија, Иран (Исламска Република), Казахстан, Мадагаскар, Мексико, Мароко, Мозамбик, Нигерија, Папуа Нова Гвинеја, Република Молдавија, Свети Китс и Невис, Сан Марино, Сао Томе и Принципе, Србија, Јужни Судан, Судан, Тацикистан, Тринидад и Тобаго, Уједињена Република Танзанија. Вид. WIPO, SCP/34/3 (2022), 14.

¹² Судска пракса је успоставила национално исцрпљење патента у Канади, Аустралији и првобитно у САД. У каснијим пресудама судови су знали проширити режим националног исцрпљења патента на међународно исцрпљење као у случају САД.

нално исцрпљење патента подразумејева да је носилац патента исцрпио своја овлашћења стављањем примјерка производа у промет на тржишту одређеног региона. У случају ЕУ, то је цјелокупна територија ЕУ. Носилац патента се не може супротставити паралелној трговини производа који уживају патентну заштиту у оквиру граница ЕУ, већ само у случају извоза или увоза из држава које нису чланице ЕУ. Према подацима *WIPO* из 2022. године, 33 државе¹³ примјењују режим регионалног исцрпљења патента.

Носилац патента и стицалац лиценце код режима регионалног исцрпљења патента не могу да се супротставе паралелном увозу својих патентираних производа које су пустили у промет у оквиру региона. Они могу да се супротставе паралелном увозу тих производа од стране трећих лица из држава ван региона у којем важи регионално исцрпљење патента. Регионални режим исцрпљења патента онемогућава међународно исцрпљење патента. Он би се могао сматрати врстом проширеног националног исцрпљења патента јер има исти ефекат, али му је обим шири од територије једне државе. Разлике ипак постоје, а посебно код паралелне трговине која је у режиму националног исцрпљења патента искључена, док је код регионалног исцрпљења дозвољена на територији региона, гдје се овај режим примјењује.

Међународно исцрпљење патента састоји се у исцрпљењу субјективног права чином првог стављања у промет примјерка производа који представља материјализацију заштићеног проналаска вољом носиоца патента без обзира на државу у којој је производ први пут стављен у промет.¹⁴ Носилац патента се не може противити паралелној трговини ако је у његовој држави на снази међународно исцрпљење патента, јер се сматра да је исцрпио, тј. конзумирао своје субјективно право за све државе свијета. У том случају, све државе представљају једно тржиште. Према подацима *WIPO* из 2022. године, 59 држава¹⁵ примјењује режим

¹³ Регионално исцрпљење патента примјењују државе чланице ЕУ, чланице ЕЕП, Велика Британија (једнострано) и Свети Винсент и Гренадини на тржишту карипске заједнице.

¹⁴ Душан Поповић, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 175.

¹⁵ Међународно исцрпљење патента према подацима из 2022. године прописују Антигва и Барбуда, Аргентина, Јерменија, Бенин, Боливија, Боцвана, Брунеј Дарусалам, Буркина Фасо, Бурунди, Камбоџа, Камерун, Централноафричка Република, Чад, Чиле, Кина, Колумбија, Комори, Конго, Костарика, Обала Слоноваче, Куба, Доминиканска

међународног исцрпљења патента. У посљедњих десет година значајно је повећање држава које уводе међународни режим исцрпљења патента.

Пошто је паралелна трговина дозвољена у овом режиму исцрпљења патента, купци заштићеног производа могу слободно да га користе, продају, преносе или дистрибуирају без сагласности носиоца патента у било којој држави. Овај режим исцрпљења патента чини тржиште већим и ефикаснијим јер је конкуренција обимнија.¹⁶

Међународно исцрпљење патента поштује традиционални режим својине, па имовина која се продаје прелази са продавца на купца, као и сва права над том имовином, без временских и просторних ограничења. Усвајањем међународног исцрпљења патента, паралелна трговина би омогућила и већу конкуренцију, пошто би се дистрибутери такмичили једни са другима. С обзиром на то да и паралелна трговина смањује профит носиоца патента умјесто максимизирања профита, природно је да носиоци патента поставе велепродајне цијене тако да ограниче или елиминису могућности паралелне трговине.

Поједине државе својим законодавством прописују режим међународног исцрпљења за патенте, али прописују изузетак за патентиране фармацеутске производе. Према подацима *WIPO* из 2022. године, осам држава¹⁷ примјењује комбиновано исцрпљење патента.

Увођење режима комбинованог исцрпљења патента има значајних предности. На основу њега држава може да утиче и пропише посебне услове за наступање исцрпљења патента за одређене врсте проналазака као што су лијекови који су од општег интереса, а слободно тржиште им не пружа адекватну заштиту.

Република, Еквадор, Екваторијална Гвинеја, Габон, Гана, Гватемала, Гвинеја, Гвинеја Бисао, Хондурас, Индија, Јамајка, Јордан, Кенија, Киргистан, Либерија, Мали, Мауританија, Маурицијус, Намибија, Никарагва, Нигер, Пакистан, Парагвај, Перу, Самоа, Сенегал, Сејшели, Сијера Леоне, Тајланд, Того, Тонга, Тунис, Турска, САД, Уругвај, Вијетнам, Замбија и Зимбабве. Вид. *WIPO, SCP/34/3* (2022), 18.

¹⁶ Вид. Њ. Јовић, (2023), 24–30.

¹⁷ Комбиновано исцрпљење патента примјењују државе Андора, Индонезија, Оман, Филипини, Руанда, Руска Федерација, Швајцарска и Сингапур. Вид. *WIPO, SCP/34/3* (2022), 28. Постоје државе гдје није јасан њихов географски обим исцрпљења патента као што су Алжир, Малезија, Монголија, Панама, Јужна Африка, Шри Ланка, Уганда, Украјина и Узбекистан. Вид. *WIPO, SCP/34/3* (2022), 32.

4. УТИЦАЈ ИСЦРПЉЕЊА ПАТЕНТА НА ПРОМЕТ РОБЕ

Патент важи на територији државе која га је признала, али његови ефекти могу имати шири обим. Развој савремених средстава комуникације и интернета допринијели су да се класична права интелектуалне својине као територијално ограничена права сматрају превазиђеним. Постоје мишљења да треба дозволити екстратериторијалну¹⁸ примјену патентног права у међународној трговини, јер производи који су обухваћени патентном заштитом чине значајан постотак робе која се налази у међународном промету. Патенти су ограничени на територију државе која им пружа правну заштиту и могу бити средство ограничења слободе промета робе. Државе прописују различите режиме исцрпљења патента и према њима је одређен географски обим. Исцрпљење патента је, посмарајући кроз историју, имало национални домет, а како се развијала међународна трговина, тако је настала потреба да се оно прошири и на међународни ниво. Последица ширења географског обима исцрпљења патента са националног на међународни ниво јесте настанак паралелне трговине. Код паралелне трговине, ако цијена производа у иностранству одговара маргиналним трошковима производње, произвођач неће испоручити производе за извоз како би избјегао паралелни увоз, или ће услед недовољног профита потпуно напустити тржиште. Са аспекта носилаца патента, паралелна трговина доводи у питање безбједност потрошача и квалитет производа. Приликом увоза производа постоји недостатак потрошачких гаранција или регулаторног прегледа. Због тога паралелни трговци морају бити ограничени јер су тржишта различита по природи и захтијевају различите нивое промоције и подршке, што се одражава на цијену заштићеног производа.

Ограничење исцрпљења патента на национални или регионални ниво може олакшати пословну праксу цјеновне дискриминације. За разлику од њих, у режиму међународног исцрпљења патента дозвољена је паралелна трговина која може резултирати уједначеним цијенама, тј. повећањем цијене у државама у развоју са последичним смањењем цијене у развијеним државама. Међутим, емпиријски докази о томе да ли потрошачи имају користи од паралелне трговине у развијеним државама не постоје. Већи дио разлике у цијени остварује паралелни трговац.

¹⁸ Вид. Curtis A. Bradley, „Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 37, 1997, 510–523; Lydia Lundstedt, *Territoriality in Intellectual Property Law*, Stockholm University, Malmö 2016, 91–92.

Када паралелни трговци из држава у развоју остваре добит у развијеним државама и уложе је назад у матичну државу, може постојати корист и од међународног исцрпљења патента упркос повећању цијена производа у тим државама. Међутим, потенцијалне користи се морају избалансирати са потенцијалним промјенама у пословној пракси носиоца патента, као што је повећана диференцијација производа између производа који се продају у државама у развоју и развијеним државама. Таква диференцијација производа ометала би паралелни увоз. Пожељан режим исцрпљења патента за државу у развоју било би међународно исцрпљење патента у развијеним државама и национално исцрпљење патента на њеној територији.

Трговци су заинтересовани за неометан приступ што већем броју извора снабдјевања приликом пласмана робе како би могли да пруже најјефтиније понуде, док потрошачи користе ниже цијене, ако је роба истог квалитета и потиче од добављача који су у цјеновној конкуренцији. Као што је речено, паралелна трговина се врши када се цијене производа значајно разликују од државе до државе. Што су те разлике у цијенама између појединих држава веће, постоји подстицај за трговце да купе робу у великим количинама и да их затим увезу и продају у држави са високим цијенама. Тржишна конкуренција постаје интензивна кад год је извозна цијена робе ниска. То често подстиче овлашћеног дистрибутера у држави да контролише дистрибуцију и ограничи дјелатност конкуренције на начин да контролише количину извезених заштићених производа.

Паралелна трговина се заснива на принципима слободне трговине која омогућава ефикасну међународну алокацију ресурса на начин који помаже државама у развоју. Она уклања трговинске баријере и на тај начин помаже премјештању производних база у државе у развоју с обзиром на њихове ниске трошкове оснивања и режијске трошкове. Паралелној трговини се супротставља само носилац патента. Њему је у интересу да има потпуну контролу над производима које ставља у промет на различитим тржиштима. При том он (или стицалац лиценце) организује дистрибутивни ланац и одређује цијену производа коју прилагођава платежној моћи купаца на различитим тржиштима.

Исцрпљење патента је у великој мјери зависно од тога да ли постоји индустрија заснована на истраживању у држави или региону или не. Фармацеутска индустрија је у великој мјери заснована на истраживању. Дугорочно гледано, држава има више користи од приноса фармацеутске индустрије него што има од куповине производа по нижим ције-

нама. Приход који индустрија остварује генерално, повећава куповну моћ људи, док је корист од куповине јефтиног производа ограничена.¹⁹ Ефекти исцрпљења патента могу варирати у зависности од индустрије и структуре тржишта. Фармацеутска индустрија је подложна сивим тржиштима, посебно кроз препродају лијекова из развијених држава у државе у развоју и кроз препродају међу развијеним државама, а све то као одговор на разлике у нивоу патентне заштите и у другим регулаторним законима. У овој индустрији, национално исцрпљење патента служи за ограничавање сивог тржишта, дајући носиоцу патента овлашћење да контролише увоз или друге облике препродаје на домаћем тржишту.

Чланице СТО које желе да заштите своја домаћа тржишта заснована на интензивним истраживањима могу слободно да усвоје режим националног исцрпљења патента. Ако би оне, напротив, успоставиле међународно или регионално исцрпљење патента, њихове националне политике не би више могле наметнути ограничења која би смањила примјенљивост института исцрпљења патента, јер би такве мјере представљале прикривене нецаринске баријере.

Паралелна трговина је ограничена зависно од тога који режим исцрпљења патента се примјењује у конкретној држави. Она је забрањена ако је на снази режим националног исцрпљења патента. Паралелни увоз је дио међународне слободне трговине, а национални режим исцрпљења патента ствара препреку која ограничава слободу трговине. Ако се национални режим исцрпљења патента примјењује у некој држави, то је за носиоца патента најповољније рјешење и он је снажно заштићен од паралелне трговине. Национални обим исцрпљења патента је одвраћајући фактор за паралелног трговца који је увозник производа, будући да му је потребна сагласност носиоца патента за радње увоза производа у државу. Ипак, постоје мишљења да режим националног исцрпљења патента и јака патентна заштита јача државу као истраживачку локацију и њену економију. Без заштите од паралелног увоза који је дозвољен у државама које не признају међународно исцрпљење, носиоци патента би били принуђени да наплаћују јединствене цијене широм свијета, што би нанијело штету потрошачима у неразвијеним државама.

У случају режима регионалног исцрпљења патента постоји слобода трговине у оквиру заједничког економског подручја као што је нпр.

¹⁹ Вид. Lorelei Garagancea, „Access to Medicines: The Interplay between Parallel Imports, Compulsory Licensing“, *European Pharmaceutical Law Review*, Vol. 5, Iss. 1, 2021, 41.

ЕУ. Паралелна трговина из трећих држава је ипак забрањена као да је на снази национално исцрпљење патента. Носилац патента је и тада дјелимично заштићен од ње.

Кад држава прописује међународно исцрпљење патента, паралелна трговина је дозвољена. Економски аргументи у прилог међународног исцрпљења патената и дозвољавања паралелне трговине базирају се на ефикасности тржишта и слободном протоку робе. То доводи до ефикасније расподјеле ресурса и бољих цијена за потрошаче у свим државама.²⁰ У случају режима међународног исцрпљења патента паралелна трговина се толерише, и тада носилац патента нема механизме да јој се супротстави.

Државе могу да усвоје различите режиме исцрпљења патента и паралелне трговине за различите врсте патента. Тако, рецимо, држава може да усвоји режим међународног исцрпљења за све заштићене производе, осим за лијекове, за које може да задржи режим националног исцрпљења патента.²¹ Овакву дискрецију држава да одреде сопствену политику и режиме у вези са исцрпљењем патента не забрањују међународни извори патентног права.

Паралелна трговина може настати усљед варијација тржишних услова било зато што носилац патента даје лиценцу другим лицима или усваја диференцијацију цијена. Основ међународног трговинског права лежи у економском принципу “компаративне предности”. Ова теорија се заснива на цјеновним механизмима у којима свака држава производи робу и услуге, а цијена тих добара и услуга зависи од различитих фактора производње. Евидентно је да, када је цијена робе у одређеној држави мања од цијене исте робе у другој држави, доћи ће до тенденције да се производи више ових производа тамо где је јефтиније и да се тргује са државама у којима су они скупљи.²² Сврха патентног права је подстицање иновација, а не вјештачка подјела тржишта и одржавање високе цијене која нарушава тржиште. Међународно исцрпљење патента подстиче трговину. Омогућавајући конкуренцију унутар заштићених про-

²⁰ Christopher J. Clugston, „International Exhaustion, Parallel Imports, and the Conflict between the Patent and Copyright Laws of the United States“, *Beijing Law Review*, 2013. Vol. 4, No. 3, 95-99.

²¹ Frederick M. Abbott, „Parallel Importation: Economic and social welfare dimensions“, *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, Winnipeg 2007, 5.

²² Вид. Santanu Mukherjee, *Patent Exhaustion and International Trade Regulation*, Brill, Nijhoff, Leiden – Boston 2023, 111.

извода и ограничавајући вишеструку новчану добит од истог патентираних проналазача, међународно исцрпљење уклања могућност да патент постане нецаринска трговинска баријера.

Емпиријска истраживања економског ефекта паралелног увоза не дају опште закључке. Истраживање из 1999. године које је проучавало одређене потрошачке производе нижег асортимана, као што су козметика, компакт дискови, парфеме и безалкохолна пића, у ЕУ показало је малу корист за потрошаче од паралелног увоза. Утврђено је да паралелни увоз није повећао конкуренцију фармацеутских производа у Финској и шест држава чланица ЕУ. Међутим, студије специфичне за државу фокусиране на близак временски период откриле су смањење цијена лијекова у Шведској, Данској, Холандији, Великој Британији и Њемачкој. Емпиријска истраживања сугеришу да је конкуренција цијенама из паралелног увоза специфична за производ, некад незнатна.²³

У ЕУ, према ставу Суда правде ЕУ заузетом у предмету *Polydor*,²⁴ државе чланице, позивајући се на права индустријске својине, могле су ограничити или забранити промет на својој територији само оних производа који су произведени или израђени без дозволе носиоца патента. Таквом заштитом нису обухваћени производи који су на законит начин стављени у промет у држави чланици из којих су увезени од стране носиоца патента или уз његову сагласност. Суд правде ЕУ је овом пресудом потврдио режим регионалног исцрпљења права у ЕУ и омогућио слободан промет робе у оквиру њених граница.²⁵ Ван граница ЕУ постоји и даље препрека слободном промету робе.

Споразуми о слободној трговини, а посебно када се ради о споразуму између развијене државе и државе у развоју, обично укључују одредбе које захтијевају од страна да спроводе стандарде који су изнад минималних захтјева из *TRIPS* споразума, или који елиминишу флексибилности које су њиме предвиђене. Због тога се, у великој мјери, разликују интереси држава са развијеном индустријом од интереса држава у развоју, одн. разлика је између нето извозника и нето увозника робе и услуга које су обухваћени заштитом права интелектуалне својине.

²³ Вид. Shubha Ghosh, *The Implementation of Exhaustion Policies, Lessons from National Experiences*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Issue Paper 40, Geneva 2013, 48.

²⁴ CJEU, C-270/80, *Polydor Limited and RSO Records Inc. v. Harlequin Records Shops Limited and Simons Records Limited*. (1982).

²⁵ Вид. Њ. Јовић, 34–38, 56–57.

Исцрпљење патента служи за уклањање, или барем за омекшавање контрадикције која постоји између монополске природе искључивог права носиоца патента и начела слободе кретања робе и услуга на територији једне државе, као и између територијалне природе патента и слободе трговине на међународном нивоу.²⁶ Ограничење слободног промета робе настаје и због тога што се прописима појединих држава предвиђа национални режим исцрпљења патента, па носилац патента стављањем у промет заштићених производа не исцрпљује своја овлашћења и може да забрани увоз тих производа који су произведени у иностранству. Регионално исцрпљење патента ограничава слободан промет робе између држава које не припадају регионалној економској интеграцији, у којој је на стази регионално исцрпљење. Слободан промет робе једино је омогућен у режиму међународног исцрпљења патента. Ипак, он има различит утицај на економије развијених држава и држава у развоју.

5. ЗАКЉУЧАК

Врста географског обима исцрпљења патента у конкретној држави утиче на слободан промет заштићене робе са иностранством. Национално исцрпљење патента онемогућава промет заштићене робе са иностранством. У режиму регионалног исцрпљења патента, проток робе је слободан између привредних субјеката у оквиру тог региона, али није ван њега. Међународно исцрпљење патента је адекватно за слободан проток робе између држава без ограничења.

Паралелна трговина је дозвољена у режиму међународног исцрпљења патента и она ће значајно утицати на уједначавање цијена заштићених производа на различитим тржиштима. То ће за последицу имати поскупљење производа на сиромашнијим тржиштима, док ће на развијеним тржиштима довести до смањења цијене заштићених производа.

Развијеним државама је у интересу промјена режима исцрпљења патента у неразвијеним или државама у развоју са националног или регионалног на међународно. Билатерални споразуми између ових држава врло често садрже *TRIPS*-плус одредбе којима се тражи од неразвијених

²⁶ Oleg Gorodov, „Доктрина исчерпания исключительного права“, *Adam Mickiewicz University Law Review*, 4/2014, 272.

држава већа патентна заштита од одредаба *TRIPS* споразума.

Негативне последице отварања глобалног тржишта је повећање цијене заштићених производа у неразвијеним државама или изостанак такве робе на њима усљед недостатка интереса носиоца патента да заштићену робу пласирају на та тржишта. Поред тога, усљед повећане потражње заштићене робе од паралелних трговаца који је купују по нижој цијени у неразвијеним државама и препродају је у развијеним државама по нижој цијени од њене редовне цијене на тим тржиштима, потрошачи неразвијених држава су значајно ограничени у количини доступне заштићене робе.

Njegoslav Jovic, MA**

THE EFFECT OF INTERNATIONAL PATENT EXHAUSTION ON TRADE OF GOODS BETWEEN COUNTRIES

Abstract: *The issue of the geographical scope of patent exhaustion affects the movement of goods across state borders and the business practices of the patent holder. With the globalization of international trade, patent exhaustion takes on special importance. The implementation of state policy in relation to parallel trade depends on the choice of its geographical scope. Traders can, on a completely legal basis, manipulate prices for products that are legally placed on the market, and such manipulations can lead to price increases in one market, while prices decrease in another market.*

When a country prescribes international patent exhaustion, parallel trade is allowed and has an impact on market efficiency as well as on the free flow of goods. This leads to a more efficient distribution of resources and better prices for consumers in developed countries. In the case of the international patent exhaustion regime, the patent holder has no mechanisms to oppose parallel trade.

However, international patent exhaustion can also have negative effects. In developing countries, international patent exhaustion may lead to price increases, as it will be more difficult for patent holders to apply the business practice of price discrimination. A single price of protected products for all markets will make it impossible to sell protected products at a price that covers production costs in underdeveloped countries, which may lead to them not being offered at all in those markets.

The subject of research in this paper is precisely the question of whether international patent exhaustion has the same effect on the trade of goods between developed and underdeveloped countries.

Key words: *patent exhaustion, geographical scope of patent exhaustion, international patent exhaustion, parallel trade.*

** Faculty of Law, University of Banja Luka

КРИВИЧНОПРАВНА КАТЕДРА

**KAZNA DOŽIVOTNOG ZATVORA
– STANJE I OČEKIVANJA U REPUBLICI SRPSKOJ –**

Dr Ljubinko Mitrović¹

Dr Miroslav Janjić²

Jelena Mitrović³, msr

Rezime: Kazne lišenja slobode različitih modaliteta – kazna zatvora, odnosno kazna dugotrajnog zatvora, kazna maloljetničkog zatvora ili kazna doživotnog zatvora zauzimaju posebno i možda i najvažnije mjesto u sistemima kazni mnogih savremenih krivičnih zakonodavstava. Radi se o veoma često primjenjivanim, izuzetno teškim kaznama koje se sastoje u oduzimanju slobode kretanja učiniocu krivičnog djela za, u sudskoj presudi određeno vrijeme i njegovom smještanju u posebnu zavodsku, odnosno penitensijarnu ustanovu iz sistema ovih ustanova konkretne države. Mnogi pravni sistemi širom svijeta primjenjuju kaznu doživotnog zatvora za kažnjavanje nekih od najtežih zločina.

Slično stanje imamo i u Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini, čije trenutno krivično zakonodavstvo (odnosno četiri posebna krivična zakona u Bosni i Hercegovini)⁴ predviđaju dvije sasvim odvojene kazne lišenja

¹ Ljubinko Mitrović, redovni profesor na Fakultetu pravnih nauka Panevropskog univerziteta APEIRON u Banjoj Luci, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, ljubinko58@gmail.com

² Miroslav Janjić, docent na Sveučilištu u Mostaru, sudija Suda BiH, m.janjić@hotmail.com

³ Jelena Mitrović, master prava, Republički centar za istraživanje rata, ratnih zločina i traženje nestalih lica, jeca-mitrovic@hotmail.com

⁴ Krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine danas, shodno njenoj ustavnoj strukturi i raspodjeli nadležnosti prema Ustavu, čine četiri zasebna krivičnopravna sistema, i to: Bosne

slobode – kaznu zatvora i kaznu dugotrajnog zatvora, svakako uz izuzetak Republike Srpske, u kojoj je umjesto kazne dugotrajnog zatvora novelom od 2021. godine predviđena kazna doživotnog zatvora.

Upravo u fokusu pažnje autora jeste kazna doživotnog zatvora, a posebno njena propisanost za pojedina krivična djela u posebnom dijelu Krivičnog zakonika Republike Srpske, odnosno njena primjena u praksi sudova u Republici Srpskoj.

Ključne riječi: sistem kazni u Bosni i Hercegovini, kazna zatvora, kazna dugotrajnog zatvora, kazna doživotnog zatvora.

a) Sistem kazni u Republici Srpskoj

Sistem kazni podrazumijeva skup svih kazni koje su sadržane u krivičnom zakonodavstvu određene države, zatim način njihovog propisivanja i izricanja, kao i njihov međusobni odnos⁵. S ciljem što efikasnije borbe protiv kriminaliteta uopšte (što je svakako osnovni zadatak i smisao krivičnog prava), sva savremena krivična zakonodavstva predviđaju više vrsta kazni, a što je opet neophodno kako bi mogla da se ostvari individualizacija u kažnjavanju učinilaca krivičnih djela, tj. da se svakom učiniocu djela za konkretno krivično djelo odmjeri ona kazna (po vrsti i visini kazne) kojom se najbolje postiže svrha kažnjavanja⁶. S obzirom na to, postojanje većeg broja kazni

i Hercegovine, Republike Srpske, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine. Ovo svakako podrazumijeva i nesmetanu egzistenciju četiriju krivičnih zakona (slično ovom, imamo i četiri zakona o krivičnom postupku ili četiri prekršajna zakona), i to: Krivičnog zakonika Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017; 104/2018 – odluka US, 15/2021 i 89/2021 koji je stupio na snagu jula 2017. godine; Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 36/2003; 21/2004; 69/2004; 18/2005; 42/2010; 42/2011; 59/2014; 76/2014; 46/2016 i 75/2017 koji je stupio na snagu 1. avgusta 2003. godine; Krivičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, broj 19/2020 – Prečišćeni tekst koji je stupio na snagu 1. jula 2003. godine, i Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/2003; 32/2003 – ispr.; 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, koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine.

⁵ Jovašević, D. (2007), Sistem kazni u novom krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, Pravo, teorija i praksa, Novi Sad, broj 9-10/2007. godine, str. 27–41.

⁶ Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017), Krivično pravo – opšti dio, Panevropski univerzitet Apeiron Banja Luka, str. 250-251.

u jednom pravnom sistemu uslovljavaju dva važna faktora, i to: a) potreba uspješne borbe protiv kriminaliteta i b) potreba prilagođavanja kazne učinio-cu krivičnog djela radi ostvarenja njegove resocijalizacije⁷.

Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine⁸ (identično zakonodav-no rješenje imamo i u krivičnim zakonima Bosne i Hercegovine⁹ i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine¹⁰), u odredbi člana 41 predviđa da se prema punoljetnim učinio-cima krivičnih djela mogu izreći sljedeće vrste kazni, i to: 1. kazna zatvora, 2. kazna dugotrajnog zatvora i 3. novčana kazna.

S druge strane, Krivični zakon Republike Srpske¹¹, u odredbi člana 42 predviđa da se prema punoljetnim¹² učinio-cima krivičnih djela mogu izreći sljedeće vrste kazni, i to:

- a) kazna zatvora,
- b) kazna doživotnog zatvora,
- c) novčana kazna i
- d) kazna oduzimanja vozačke dozvole.

Isključivo kao glavne kazne mogu se izreći kazna dugotrajnog (doži-votnog u Republici Srpskoj) zatvora i kazna zatvora. S druge strane, novčana kazna se može izreći i kao glavna i kao sporedna kazna. Ukoliko je za jedno krivično djelo propisano više kazni, samo se jedna kazna može izreći kao glavna kazna. Za krivična djela koja su učinjena iz koristoljublja, novčana kazna se može izreći kao sporedna kazna i u onim slučajevima kada nije propisana zakonom ili kada je propisano da će se učinilac kazniti kaznom zatvora ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora¹³.

⁷ Ibid.

⁸ Službene novine Federacije BiH, br. 36/2003, 21/2004 – ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 i 75/2017.

⁹ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/2003; 32/2003 – ispr.; 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.

¹⁰ Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, broj 19/2020 – Prečišćeni tekst.

¹¹ Krivični zakonik Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017, 104/2018 – odluka US, 15/2021 i 89/2021.

¹² Maloljetnim učinio-cima krivičnih djela, i to onim starijim, prema Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske moguće je izreći samo jednu kaznu – kaznu maloljetničkog zatvora.

¹³ Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017), Krivično pravo – opšti dio, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, str. 259–263.

Sistem kazni u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske ima nekoliko važnih karakteristika, i to:

- a) postojanje relativno malog broja kazni (svega četiri),
- b) zakonitost u izricanju kazni (sud može izreći samo onu kaznu koja je zakonom predviđena za krivično djelo prije nego što je djelo izvršeno, osim u slučaju izricanja novčane kazne koja se može izreći i: 1) kada nije propisana za krivično djelo pod uslovom da je ono učinjeno iz koristoljublja i 2) kada je zakonom propisano da se učinilac može kazniti zatvorom ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora),
- c) ne postoje kazne protiv života, tjelesnog integriteta i građanskih prava i
- d) za jedno krivično djelo može se izreći samo jedna glavna i jedna sporedna kazna¹⁴.

b) Kazna zatvora

Kazna lišenja slobode uvedena je u krivično pravo na prijedlog Bekarije, i to prvo u francuskom Krivičnom zakoniku iz 1791. godine, odakle je prodrila i u druga zakonodavstva¹⁵. Zatvaranje koje je do tada primjenjivano, imalo je karakter obezbjeđenja prisustva učinioca krivičnog djela kako bi se nad njim izvršila smrtna ili tjelesna kazna. U poređenju sa tjelesnim kaznama koje su se sastojale u mučenju i sakaćenju osuđenog lica, što je na njemu ostavljalo trajne posljedice invaliditeta, uvođenje kazne lišenja slobode pod uticajem učenja klasične škole krivičnog prava predstavljalo je značajan napredak¹⁶.

U svim savremenim kaznenim sistemima kazna lišenja slobode zauzima centralno, odnosno najvažnije mjesto. Najveći broj krivičnih djela zapriječen je ovom kaznom, jer ona pruža najviše mogućnosti da se ostvari svrha kažnjavanja koja se sastoji u specijalnoj prevenciji – sprečavanju učinioca da ubuduće čini krivična djela i njegovo prevaspitanje s ciljem ponovnog uključivanja u normalan društveni život¹⁷.

¹⁴ Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2021), Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, drugo izdanje, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, str. 152–171.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

Kazna zatvora predstavlja osnovnu vrstu kazne koja je samostalno ili alternativno sa drugim kaznama (kaznom dugotrajnog, odnosno doživotnog zatvora ili novčanom kaznom) propisana za sva krivična djela predviđena u posebnom dijelu sva četiri krivična zakona u Bosni i Hercegovini¹⁸. Radi se o kazni lišenja slobode koja se sastoji u oduzimanju slobode kretanja učiniocu krivičnog djela za, u sudskoj presudi, određeno vrijeme i njegovom smještanju u posebnu zavodsku, odnosno penitensijarnu ustanovu¹⁹. Inače, uobičajeno je pravilo da je za najveći broj krivičnih djela krivičnim zakonom/zakonikom propisana ova kazna, jer ona pruža najviše mogućnosti da se ostvari svrha kažnjavanja koja se sastoji u specijalnoj prevenciji – sprečavanju učinioca krivičnog djela da ubuduće čini krivična djela i njegovo prevaspitanje s ciljem ponovnog uključivanja u normalan društveni život²⁰. Ova kazna lišenja slobode može se izreći samo kao glavna kazna i ona predstavlja kaznu protiv slobode čovjeka.

Kazna zatvora u Republici Srpskoj može se izreći samo kada je zakonom propisana za određeno krivično djelo, i to u rasponu od tri mjeseca do trideset godina (član 46 stav 1 Krivičnog zakonika Republike Srpske). S druge strane, u Federaciji Bosne i Hercegovine, ova kazna može se izreći u rasponu od 30 dana do dvadeset godina (član 43 stav 1 Krivičnog zakona Federacije BiH).

Kazna zatvora prema zakonu izriče se na pune godine i pune mjesece, a do šest mjeseci i na pune dane.

c) Kazna dugotrajnog zatvora

Već smo istakli da krivični zakoni Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine propisuju kaznu dugotrajnog zatvora kao posebnu, odnosno samostalnu vrstu kazne lišenja slobode koja se izriče u trajanju od dvadeset jedne do četrdeset pet godina

¹⁸ Danas su u pravnoj teoriji česta shvatanja prema kojima postoje četiri forme oduzimanja slobode primjenom krivičnopravne prinude. To su: a) kazna zatvora, b) kazna dugotrajnog zatvora, c) kazna kućnog zatvora i d) kazna maloljetničkog zatvora. Prve dvije forme nisu različite vrste kazni zatvora, već se razlikuju samo po dužini trajanja. Prva forma ima redovnu primjenu, a druga je izuzetak. Treća forma je samo način izvršenja kratkotrajne kazne zatvora, dok je četvrta forma posebnog karaktera zbog lica prema kome se može izreći (više u: Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017), *Krivično pravo – opšti dio*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, str. 252).

¹⁹ Jovašević, D. (2003), *Primjena kazne zatvora kao sredstva državnog reagovanja protiv kriminala*, Zbornik radova Strategija državnog reagovanja protiv kriminala, Beograd, str. 497–509.

²⁰ Ibid.

(član 42b KZ BiH, član 43b KZ Federacije BiH i član 43b KZ BD BiH). Prema slovu zakona, ona se može propisati samo za najteže oblike teških krivičnih djela koja su učinjena sa umišljajem. Dakle, za propisivanje ove najteže kazne lišenja slobode potrebno je ispunjenje dva kumulativna uslova, i to:

- a) da se radi o najtežem obliku teškog krivičnog djela i
- b) da se radi o krivičnom djelu koje je izvršeno sa umišljajem (čime je primjena ove kapitalne kazne isključena za nehatna krivična djela)²¹.

Uvođenje kazne dugotrajnog zatvora u sistem kazni u Bosni i Hercegovini uslovila je iskazana potreba da se popuni praznina nastala ukidanjem smrtne kazne. S druge strane, kazna dugotrajnog zatvora ima i niz prednosti u odnosu na kaznu doživotnog zatvora, jer je njeno maksimalno trajanje uvijek potpuno izvjesno za osuđeno lice, a primjenom amnestije i pomilovanja, ovo vrijeme se može i skratiti²².

Prema zakonskom rješenju, primjena ove kazne lišenja slobode isključena je prema fizičkom licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo dvadeset i jednu godinu života (tzv. mlađe punoljetno lice).

Kazna dugotrajnog zatvora ne može se propisati kao jedina kazna (iz sistema kazni propisanih zakonom) za određeno krivično djelo, već se ona uvijek alternativno propisuje sa blažom kaznom lišenja slobode, odnosno kaznom zatvora. S druge strane, kazna dugotrajnog zatvora uvijek se izriče na pune godine. U slučaju njenog izricanja, pomilovanje se može dati osuđenom licu isključivo pod posebnim uslovima, odnosno prije svega nakon izdržane tri petine izrečene kazne dugotrajnog zatvora²³.

Izvršenje kazne zatvora u Federaciji BiH uređeno je Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine²⁴ i nizom podzakonskih propisa, a u Republici Srpskoj izvršenje kazne lišenja slobode, svakako uključujući i kaznu doživotnog zatvora, uređeno je ponajprije Zakonom o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija u Republici Srpskoj²⁵ i Pravilnikom o kućnom redu za izdržavanje kazne zatvora²⁶.

²¹ Ibid.

²² Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2018), Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, prvo izdanje, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, str. 138.

²³ Jovašević, D., Mitrović, Lj., Đukić, B. (2009), Izvršenje kazne zatvora u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na izvršenje u Republici Srpskoj, Pravna riječ, Banja Luka, broj 19/2009. godine, str. 283–311.

²⁴ Službene novine Federacije BiH, br. 44/98, 42/99, 12/2009 i 42/2011.

²⁵ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2018.

²⁶ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 34/2011.

d) Kazna doživotnog zatvora

Doživotni zatvor (kolokvijalno doživotna ili vječita robija) jeste naziv za zatvorsku kaznu na osnovu koje je osuđenik prisiljen ostati u zatvoru do kraja svog života. Dakle, optuženi su osuđuje da provede ostatak svog života u zatvoru nakon presude za izvršeno krivično djelo²⁷. Prema Komitetu za prevenciju torture Savjeta Evrope (u daljem tekstu: CPT), kazna doživotnog zatvora predstavlja kaznu sa neodređenim trajanjem koju je sud izrekao neposredno nakon proglašenja krivice za krivično djelo koje zahtijeva da zatvorenik bude držan u zatvoru preostali dio njegovog života ili do oslobođenja u sudskom, kvazisudskom, izvršnom ili upravnom postupku u kojem će biti presuđeno da zatvorenik više ne predstavlja opasnost za širu javnost²⁸.

U savremenom svijetu, doživotni zatvor se smatra drugom najstrožom krivičnopravnom sankcijom, odmah poslije smrtne kazne (po mnogima, kazna doživotnog zatvora jednaka je smrtnoj kazni, odnosno ona predstavlja “odloženu smrtnu kaznu” ili “smrtnu kaznu na rate”), odnosno najstrožom eliminatornom kaznom u onim zemljama koje su smrtnu kaznu ukinule²⁹. U zakonodavstva mnogih država ova kazna uvedena je upravo kao “humana” i sasvim prikladna zamjena za smrtnu kaznu, jer nakon smrtne kazne, ova kazna lišenja slobode teoretski predstavlja najefikasnije sredstvo specijalne prevencije, odnosno sprečavanja osuđene osobe da ponavlja krivična djela.

Dakle, kazna doživotnog zatvora se kroz istoriju suštinski povezivala sa smrtnom kaznom i postepeno je postala alternativna kazna za najteža krivična djela. Međutim, prvobitna svrha ove zamjene nije bila ublažavanje situacije osuđene osobe. Naprotiv, prema srednjovjekovnom shvatanju koje se zadržalo vijekovima, učinioci krivičnih djela smatrali su doživotni zatvor u kombinaciji sa teškim radom i stavljanjem u samicu, lošijom alternativom u odnosu na smrt. U sličnom tonu, jedan od argumenata za zadržavanje smrtne kazne bio je baš taj da je doživotni zatvor sa teškim radom bio toliko teška kazna koja je izazivala više patnje predmetnom pojedincu i bila je surovija

²⁷ Gruevska-Drakulevski, A., (2018), Kazna doživotni zatvor u međunarodnom evropskom i makedonskom pravu, Pravni život, br. 9/18, Beograd, str. 563–579.

²⁸ Izvod iz 25. opšteg izvještaja, objavljen 2016. godine, Situacija zatvorenika osuđenih na doživotni zatvor, Komitet za prevenciju torture Savjeta Evrope.

²⁹ SAD su sa 50 doživotnih osuđenika na 100.000 stanovnika rekorderi po broju osuđenih na vječitu robiju, a među njima je veliki broj maloljetnika. Poznati su slučajevi da se za višestruka ubistva izriče nekoliko doživotnih kazni, što znači da izlazak iz zatvora u “ovom životu” nije moguć.

od smrtne kazne. Sa današnje tačke gledišta, stav da osobe koja izdržavaju kaznu doživotnog zatvora (odnosno, svaku drugu kaznu lišenja slobode) treba da budu dodatno kažnjene posebno teškim uslovima u zatvoru, očito je neprihvatljiv³⁰. Međutim, takav stav je još uvijek duboko ukorijenjen u javnoj svijesti u različitim evropskim zemljama.

Istorijski gledano, koncept doživotnog zatvora uveden je devedesetih godina XX vijeka u mnogim državama članicama Savjeta Evrope³¹ nakon ra-

³⁰ Prema gledištu CPT-a, ciljevi i načela u postupanju sa zatvorenima osuđenim na doživotni zatvor koje je objavio Komitet ministara u Preporuci Rec (2003) 23 o postupanju zatvorske uprave sa zatvorenima koji su osuđeni na doživotnu ili dugotrajnu kaznu zatvora ostaju najrelevantniji i sveobuhvatan referentni dokument za ovu grupu zatvorenika. Ukratko, ova načela su: 1. načelo individualizacije: svaka kazna doživotnog zatvora mora se temeljiti na individualnom planu izdržavanja kazne koji je prilagođen potrebama i rizicima tog zatvorenika; 2. načelo normalizacije: zatvorenici osuđeni na kaznu doživotnog zatvora treba, kao i svi zatvorenici, da budu podvrgnuti samo ograničenjima koja su nužna za njihov siguran boravak u zatvoru i red u ustanovi; 3. načelo odgovornosti: zatvorenima osuđenim na doživotni zatvor treba dati mogućnost da pokažu ličnu odgovornost u svakodnevnom životu, uključujući i u planu izvršenja kazne; 4. načelo lične i opšte sigurnosti: treba napraviti jasnu razliku između rizika koji predstavljaju zatvorenici osuđeni na doživotni zatvor za vanjsku zajednicu i rizika koji oni predstavljaju prema ostalim zatvorenima i osobama koje rade u zatvoru ili ga posjećuju; 5. načelo nesegregacije: zatvorenici osuđeni na doživotni zatvor ne treba da budu odvojeni od ostalih samo na osnovu njihove kazne već im treba dozvoliti da se druže sa drugim zatvorenima na osnovu procjene rizika koja uzima u obzir sve relevantne faktore; načelo progresije: zatvorenike osuđene na doživotni zatvor treba poticati i treba im omogućiti da se kroz izvršenje svoje kazne kreću ka boljim uslovima izvršenja kazne i režimima na osnovu svog individualnog ponašanja i saradnje sa programima, osobljem i ostalim zatvorenima (više u: Izvod iz 25. opšteg izvještaja, objavljen 2016. godine, Situacija zatvorenika osuđenih na doživotni zatvor, Komitet za prevenciju torture Savjeta Evrope).

³¹ Od maja 2019. godine Srbija se pridružila većinskom dijelu evropskih zemalja koje u sistemima krivičnih sankcija predviđaju kaznu doživotnog zatvora (do danas je izrečena u četiri slučaja). Kao ni kazna zatvora od 30 do 40 godina, doživotni zatvor se ne može izreći licu koje u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršilo dvadeset jednu godinu života, kao ni u slučajevima u kojima zakon predviđa da se kazna može ublažiti ili kada postoji neki od osnova za oslobođenje od kazne. Doživotni zatvor je uz kaznu zatvora do 20 godina alternativno predviđen za sva krivična djela za koja je prije izmjena KZS bilo moguće izreći kaznu zatvora od 30 do 40 godina. Međutim, zakonodavac je doživotni zatvor predvidio i za još nekoliko djela koja do sad – sa stanovišta zapriječenih kazni – nisu smatrana najtežim. To su: silovanje koje je za posljedicu imalo smrt žrtve ili je učinjeno prema djetetu (član 178, stav 4), obljuba nad nemoćnim licem koja je za posljedicu imala smrt žrtve ili je učinjena prema djetetu (član 179, stav 3), obljuba sa djetetom koja je za posljedicu imala smrt žrtve (član 180, stav 3), obljuba zloupotrebom položaja učinjena

tifikacije Protokola 6 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim je ukinuta smrtna kazna³². Međutim, u mnogim zemljama se smatralo da će javnost podržati ukidanje smrtne kazne samo ako njena zamjena bude dovoljno kažnjavajuća. Stoga su kazne lica osuđenih na smrtnu kaznu bile preinačene u kazne doživotnog zatvora, ali čini se da kod izvršenja kazne doživotnog zatvora nije bilo posvećeno dovoljno pažnje detaljnom planiranju.

Kada posmatrano trenutno stanje primjene kazne doživotnog zatvora, prije svega u zemljama Evrope, može se primijetiti značajno povećanje broja evropskih zemalja koje u svom zakonodavstvu imaju ovu kaznu³³, ali i broja izrečenih kazni doživotnog zatvora³⁴. Ovakvo stanje u najvećoj mjeri rezultat

prema djetetu koja je za posljedicu imala smrt žrtve (član 181, stav 5). Za navedena krivična djela i ubistvo djeteta ili bremenite žene (član 114, stav 1, tačka 9) zakonodavac je zabranio uslovni otpust (član 46 stav 5). To, van svake sumnje, predstavlja najproblematičniju novinu u KZS, a ona je u Prijedlogu obrazložena jednom rečenicom: da je to rješenje u skladu sa inicijativom fondacije koja je prikupila veliki broj potpisa građana (skoro 160 hiljada) više u: Ilić, V. (2019), (Ne)pomirljivost kazne doživotnog zatvora i ljudskih prava, *Crimen*, 2/2019, Beograd, str. 156–173).

³² Posljednja izvršena smrtna kazna u Srbiji izvršena je 2002. godine, u Hrvatskoj 1987, a u Bosni i Hercegovini 1976. godine. Od 2013. godine Evropa je pravna zona u kojoj ne postoji smrtna kazna (sa izuzetkom Bjelorusije).

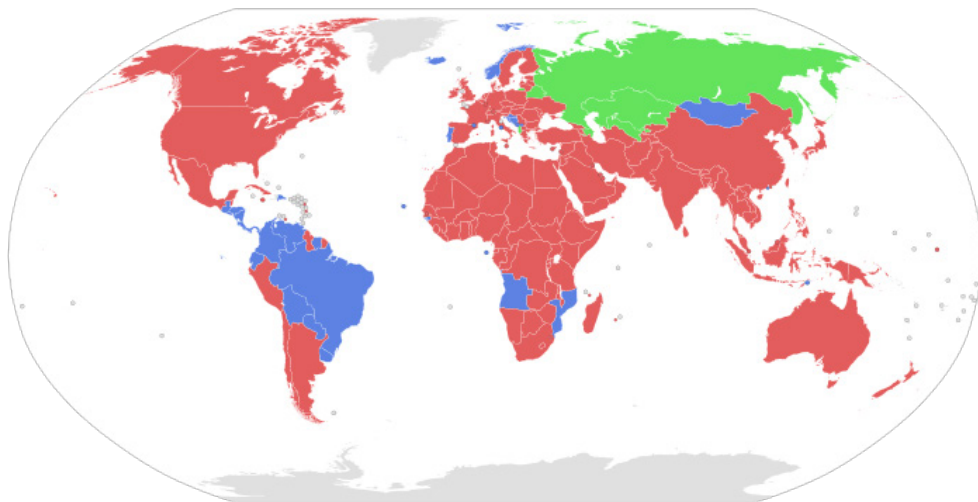
³³ U najobimnijem istraživanju o kazni doživotnog zatvora iz 2019. godine, koji su sproveli profesor Dirk Van Zyl Smit i Chaterine Appleton između ostalog, navode se podaci o načinu propisivanja kazne doživotnog zatvora na globalnom nivou. U istraživanju se navodi da od 216 država (ili teritorija) u svetu, njih 184 ima propisanu kaznu doživotnog zatvora, dok samo u 32 ova kazna nije propisana nacionalnim zakonodavstvom (originalni broj od 183 objavljen je prije nego što je kazna uvedena u Republici Srbiji, prim. autora). Od tog broja, 149 država (ili teritorija) faktički i primjenjuje kaznu doživotnog zatvora, dok je u 51 propisana i smrtna kazna (u kojima postoji moratorijum na izvršenje ili nije bilo izvršenja smrtne kazne u posljednjih 10 godina) (više u: Grujić, Z. (2021), Uslovni otpust kod kazne doživotnog zatvora – kritičko preispitivanje novih normativnih rešenja u srpskom krivičnom zakonodavstvu, *RKKP*, 1/21, Beograd, str. 148–158).

³⁴ Podaci o broju osuđenih na kaznu doživotnog zatvora prikazani u istraživanju prikupljeni su u 2014. godini (u 2016. godini za teritoriju SAD) u 114 država u kojima se primjenjuje kazna doživotnog zatvora pokazuju da se ukupno 304.814 lica nalazilo na izdržavanju formalnih kazni doživotnog zatvora. Imajući u vidu da podaci nisu prikupljeni za određeni broj država Azije (npr. Kina, Vijetnam, Filipini), Bliskog istoka i Afrike, u istraživanju se predstavlja procijenjeni ukupan broj osuđenih na kaznu doživotnog zatvora u svijetu na 479.000 u 2014. godini. Prema podacima na svijetu je u 2015. godini zatvoreničku populaciju činilo 10.357.134 lica. U poređenju sa procijenjenim brojem osuđenih na kaznu doživotnog zatvora, može se zaključiti da gotovo 4,62% zatvorske populacije na globalnom nivou predstavljaju osuđeni na doživotni zatvor. U nacionalnim statistikama najveći broj

je dva faktora, i to: 1) ukidanja ili suspenzije smrtne kazne u gotovo cijeloj Evropi i 2) značajno pooštrena kaznena politika u državama članicama Savjeta Evrope u odnosu na teška krivična djela³⁵.

formalnih kazni doživotnog zatvora bilježi se u SAD, sa 161.957 osuđenih lica u 2016. godini (ukupan broj zatvorenih lica u SAD u 2016. godini iznosio je 2.121.600). Taj broj pokazuje da je u SAD osuđeno više lica na kaznu doživotnog zatvora nego u preostalim 113 država iz kojih su prikupljeni podaci. To ne znači da se preko polovine osuđenika nalazi u SAD jer, ukoliko se uzme uzimajući u obzir procijenjeni broj od 479.000 lica na izdržavanju kazne doživotnog zatvora, znači da se oko 34% svjetske populacije osuđene na kaznu doživotnog zatvora nalazi u SAD. U poređenju sa SAD, u državama Evrope bilo je ukupno 27.213 osuđenika na kaznu doživotnog zatvora u 2014. godini, uključujući Rusiju i Tursku čije se teritorije u velikoj mjeri geografski nalazi van Evrope. Kvota osuđenih lica na kaznu doživotnog zatvora (u odnosu na 100.000 građana) u 2016. godini u SAD iznosi 50,3 u SAD, odnosno „samo“ 3,3 u Evropi. Najveći broj osuđenih u Evropi zabilježen je u Ujedinjenom Kraljevstvu (8.661) i Turskoj (6.687), a taj broj čini 56% svih osuđenih na kaznu doživotnog zatvora u Evropi. Najveća kvota osuđenih na kaznu doživotnog zatvora zabilježena je u Ujedinjenom Kraljevstvu 13,4, Grčkoj 9,2 i Turskoj 8,6, a znatno manje u Francuskoj 0,7, Poljskoj 1,0, Rusiji 1,2, Nemačkoj 2,4 i Italiji 2,7. Savjet Evrope je 2016. godine predstavio izvještaj u kome precizno prikazuje ukupan broj lica osuđenih na kaznu doživotnog zatvora. Tako je npr. u Albaniji bilo 159 osuđenih lica, u Belgiji 217, u Bugarskoj 175, u Finskoj 200, u Poljskoj 380, u Francuskoj 489, u Njemačkoj 1863, u Turskoj 7.303. (više u: Grujić, Z., (2021), Uslovni otpust kod kazne doživotnog zatvora – kritičko preispitivanje novih normativnih rešenja u srpskom krivičnom zakonodavstvu, RKKP, 1/21, Beograd, str. 148–158).

³⁵ Prema statističkim podacima za 2014. godinu, u državama članicama Savjeta Evrope bilo je ukupno 27.000 lica na izdržavanju kazne doživotnog zatvora. Na osnovu uzorka iz 22 države u odnosu na koji su raspoloživi relevantni podaci za duži vremenski period, broj zatvorenika osuđenih na kaznu doživotnog zatvora se od 2004. do 2014. godine povećao za 66%. Takođe, 2014. godine bilo je oko 7.500 zatvorenika u pritvoru na neodređeni period zbog bezbjednosnih razloga ili razloga zaštite javnosti u raznim državama članicama Savjeta Evrope, naročito u Ujedinjenom Kraljevstvu (Engleskoj i Velsu), Njemačkoj, Italiji i Švajcarskoj (više u: Izvod iz 25. opšteg izvještaja, objavljen 2016. godine, Situacija zatvorenika osuđenih na doživotni zatvor, Komitet za prevenciju torture Savjeta Evrope).



Doživotni zatvor u raznim zemljama svijeta:

Kazna doživotnog zatvora se primjenjuje – crveno

Kazna doživotnog zatvora se može izreći samo pod specifičnim uslovima – zeleno

Kazna doživotnog zatvora je ukinuta – plavo

Status nepoznat, pretpostavlja se da je ukinuta – svijetlo

Kada je Bosna i Hercegovina u pitanju, za razliku od krivičnih zakona Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta BiH koji propisuju kaznu dugotrajnog zatvora, jedino Krivični zakonik Republike Srpske u odredbi člana 45 predviđa umjesto kazne dugotrajnog zatvora, kaznu doživotnog zatvora. Naime, zakonodavac odredbom člana 6 Nacrta zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske mijenja sistem kazni propisan u članu 42 stav 1 Zakonika, tako što umjesto kazne dugotrajnog zatvora uvodi kaznu doživotnog zatvora³⁶, a umjesto zabrane upravljanja

³⁶ Očigledno je kako odluci o prihvatanju inicijative nisu prethodila odgovarajuća statistička istraživanja o strukturi i težini počinjenih krivičnih djela (kriminaliteta), posebno krivičnih djela koja se u njoj spominju, izrečenim kaznama dugotrajnog zatvora, polu i starosti optuženih u vrijeme izvršenja krivičnog djela i nakon izdržane kazne (ako su je izdržali), uslovnom otpustu, pomilovanju, broju povratnika i drugim elementima iz kojih se može zaključiti da postojeći sistem krivičnih sankcija nije zadovoljavajući i da ga treba mijenjati, jer se to u obrazloženju ne navodi. Zato je teško dati naučno zasnovan odgovor koliko su ove izmjene u pogledu propisivanja kazne doživotnog zatvora potrebne, čemu one služe, šta se njima postiže i zašto se i postojećom kaznom dugotrajnog zatvora ne mogu ostvariti zadaci generalne i specijalne prevencije, a samim tim ni ciljevi kaznene politike (više u: Ikanović, V., (2020), Kriminalnopolitička opravdanost promjena krivičnih sankcija prema

motornim vozilom kaznu oduzimanja vozačke dozvole. Shodno tome, vrše se izmjene Zakonika na način što se u svim članovima gdje je bila propisana kazna dugotrajnog zatvora ona zamjenjuje sa kaznom doživotnog zatvora.

Slično kazni dugotrajnog zatvora, i kazna doživotnog zatvora može se propisati isključivo za najteža krivična djela, odnosno najteže oblike teških krivičnih djela. Krivičnim zakonikom Republike Srpske predviđena su i posebna ograničenja u izricanju ove, izuzetno teške kazne, te se shodno tome ova kazna ne može izreći:

1. učiniocu koji u vrijeme izvršenja krivičnog djela nije navršio dvadeset i jednu godinu života,
2. trudnoj ženi,
3. učiniocu čija je uračunljivost u vrijeme izvršenja krivičnog djela bila bitno smanjena niti
4. za pokušaj krivičnog djela.

Kao ni kazna dugotrajnog zatvora, ni kazna doživotnog zatvora ne može se propisati kao jedina kazna za određeno krivično djelo.

Kazna doživotnog zatvora u posebnom dijelu Krivičnog zakonika Republike Srpske propisana je za sljedeća teška krivična djela, odnosno za najteže oblike teških krivičnih djela, i to: teško ubistvo (član 125)³⁷, obljava sa djetetom mlađim od petnaest godina ako je usljed djela nastupila smrt djeteta (član 172 stav 4)³⁸, ubistvo predstavnika najviših organa Republike Srpske

Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske, Pravna riječ, Banja Luka, str. 195–215).

³⁷ Član 125 glasi: (1) Kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom doživotnog zatvora kazniče se: 1) ko drugog liši života na svirep ili podmukao način, 2) ko drugog liši života iz koristoljublja, radi izvršenja ili prikrivanja drugog krivičnog djela, iz bezobzirne osvete, mržnje ili iz drugih naročito niskih pobuda, 3) ko liši života člana svoje porodice kojeg je prethodno zlostavljao, 4) ko drugog liši života pri bezobzornom nasilničkom ponašanju, 5) ko drugog liši života i pri tom umišljajno dovede u opasnost život još nekog lica, 6) ko umišljajno liši života dva ili više lica, a ne radi se o ubistvu na mah, ubistvu djeteta pri porođaju ili ubistvu učinjenom pod posebno olakšavajućim okolnostima (član 124 stav 2), 7) ko liši života djeteta ili žensko lice za koje zna da je trudna, 8) ko liši života sudiju ili javnog tužioca u vezi sa vršenjem njihove sudijske ili tužilačke dužnosti, ili ko liši života službeno ili vojno lice pri vršenju poslova bezbjednosti ili dužnosti čuvanja javnog reda, hvatanja učinioca krivičnog djela ili čuvanja lica lišenog slobode, 9) ko drugog liši života pri izvršenju krivičnog djela razbojništva ili razbojničke krađe. (2) Kazna iz stava 1 ovog člana primijenjuje se i kad je lišenje života izvršeno organizovano ili po naredžbi.

³⁸ Član 172 glasi: (1) Ko izvrši obljobu ili s njom izjednačenu polnu radnju sa djetetom mlađim od petnaest godina, kazniče se kaznom zatvora od dvije do deset godina. (2) Ako

(član 281)³⁹, najteži oblici krivičnih djela protiv ustavnog uređenja Republike Srpske ako je pri izvršenju djela učinilac umišljajno lišio života jedno ili više lica (član 298)⁴⁰, terorizam ako su djela imala za posljedicu velika razaranja ili smrt jednog ili više lica, ili ako je pri izvršenju krivičnog djela učinilac neko lice s umišljajem lišio života (član 299)⁴¹, uzimanje talaca ako je pri

djelo iz stava 1 ovog člana izvrši srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stepena, a u pobočnoj liniji zaključno sa četvrtim stepenom, očuh, maćeha, usvojilac, staralac, nastavnik, vaspitač, ljekar, vjerski službenik ili drugo lice kojem je dijete povjereno radi učenja, vaspitanja, čuvanja, staranja ili njege, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od pet do petnaest godina. (3) Ako je djelo iz stava 1 ovog člana izvršeno upotrebom sile ili prijetnje, ili iskorištavanjem duševne poremećenosti ili nemoćnog stanja djeteta, ili na naročito svirep ili ponižavajući način, ili od strane više lica, ili postoji velika nesrazmjera u zrelosti i uzrastu između učinioca i žrtve, ili je usljed djela nastupila teška tjelesna povreda, teško narušavanje zdravlja ili trudnoća lica prema kojem je djelo izvršeno, učinilac će se kazniti kaznom zatvorom najmanje osam godina. (4) Ako je usljed djela iz st. 1, 2 i 3 ovog člana nastupila smrt djeteta, učinilac će se kazniti kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom doživotnog zatvora. (5) Učinilac koji je bio u otklonjivoj zabludi u odnosu na životnu dob djeteta iz stava 1 ovog člana, kazniće se kaznom zatvora od jedne do pet godina. (6) Neće se kazniti za djelo iz stava 1 ovog člana učinilac ako između njega i djeteta ne postoji značajnija razlika u njihovoj duševnoj i tjelesnoj zrelosti. (7) Ako je pod uslovima iz st. 1 ili 2 ovog člana izvršena neka druga polna radnja, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina, a ako je neka druga polna radnja izvršena pod uslovima iz stava 3 ovog člana, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina.

³⁹ Član 281 glasi: Ko u namjeri ugrožavanja ustavnog uređenja ili bezbjednosti Republike Srpske liši života predsjednika ili potpredsjednika Republike Srpske, predsjednika Narodne skupštine Republike Srpske, predsjednika Vlade Republike Srpske, predsjednika Ustavnog suda Republike Srpske, predsjednika Vrhovnog suda Republike Srpske ili glavnog republičkog tužioca, kazniće se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom doživotnog zatvora.

⁴⁰ Član 298 glasi: (1) Za krivično djelo iz čl. 278 do 294 ovog zakonika koje je imalo za posljedicu smrt jednog ili više lica, teško nasilje ili velika razaranja, učinilac će se kazniti kaznom zatvora najmanje deset godina. (2) Ako je pri izvršenju djela iz stava 1 ovog člana učinilac umišljajno lišio života jedno ili više lica, kazniće se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom doživotnog zatvora.

⁴¹ Član 299 glasi: (1) Ko u cilju ozbiljnog zastrašivanja građana ili prisiljavanja organa vlasti Republike Srpske da nešto izvrše ili ne izvrše, ili u cilju ozbiljnog narušavanja ili uništavanja osnovnih ustavnih, političkih, ekonomskih ili društvenih struktura Republike Srpske, izvrši jedno od sljedećih djela koje može nanijeti ozbiljnu štetu Republici Srpskoj: 1) napad na život lica koji može prouzrokovati njegovu smrt, 2) napad na tjelesni integritet nekog lica, 3) protivpravno zatvaranje lica, držanje zatvorenog lica ili na drugi način oduzimanje ili ograničavanje slobode kretanja drugom licu s ciljem da se on ili neko drugi prisili da nešto učini, ne učini ili trpi, ili uzimanje talaca, 4) nanošenje velike štete objektima Republike

izvršenju krivičnog djela učinilac oteto lice s umišljajem lišio života (član 305)⁴² i izvršenje krivičnog djela u sastavu kriminalnog udruženja koja zajedničkim djelovanjem izvrše krivično djelo propisano Zakonikom.

Kao odgovor na pitanje zašto je uvedena kazna doživotnog zatvora, interesantna su obrazloženja Ministarstva pravde Republike Srpske i hrvatskog zakonodavca data prije usvajanja ovih zakonskih normi i uvođenja kazne doživotnog zatvora. U obrazloženju Ministarstva pravde Republike Srpske se kaže: “Prihvaćena je inicijativa da se kao nova kazna propiše kazna doživotnog zatvora za najteža krivična djela i najteže oblike teških krivičnih djela, što je izazvalo niz izmjena u ovom zakoniku. Inicijativa da se ne dozvoli uslovni otpust za lica osuđena na kaznu doživotnog zatvora nije prihvaćena,

Srpske ili javnim objektima, saobraćajnom sistemu, objektima infrastrukture uključujući informatički sistem, fiksnoj platformi koja se nalazi u kontinentalnom pojasu, na javnom mjestu ili u privatnoj imovini, i vjerovatno je da će ta šteta ugroziti ljudski život ili dovesti do znatne materijalne štete, 5) otmicu vazduhoplova, broda ili drugog sredstva javnog saobraćaja ili prevoza robe, 6) proizvodnja, posjedovanje, sticanje, prevoz, snabdijevanje, korištenje ili osposobljavanje za korištenje oružja, eksploziva, nuklearnog, biološkog ili hemijskog oružja ili radioaktivnih materijala, te istraživanje i razvoj biološkog, hemijskog ili radioaktivnih materijala, kao i posjedovanje ili korištenje uređaja za aktiviranje ili emitovanje radioaktivnog ili jonizirajućeg zračenja, korištenje ili oštećenje nuklearnog objekta tako da bi moglo doći do ispuštanja ili opasnosti od ispuštanja radioaktivnog materijala, ili upotrebom sile ili prijetnje, ili zahtijevanje radioaktivnog materijala, uređaja za aktiviranje, raspršivanje ili emitovanje radioaktivnog materijala ili nuklearnog objekta, 7) ispuštanje opasnih materija ili izazivanje požara, eksplozija ili poplava s ciljem ugrožavanja ljudskih života, 8) ometanje ili zaustavljanje snabdijevanja vodom, električnom energijom ili drugim prirodnim resursom s ciljem ugrožavanja ljudskih života, kazniće se kaznom zatvora najmanje osam godina. (2) Ko prijeti izvršenjem ili priprema neko djelo iz stava 1 ovog člana, kazniće se kaznom zatvora od jedne do osam godina. (3) Ako su djela iz stava 1 ovog člana imala za posljedicu velika razaranja ili smrt jednog ili više lica, učinilac će se kazniti kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom doživotnog zatvora. (4) Ako je pri izvršenju krivičnog djela iz stava 1 ovog člana učinilac neko lice s umišljajem lišio života, kazniće se kaznom zatvora najmanje petnaest godina ili kaznom doživotnog zatvora. (5) Objekti i druge nepokretnosti koje su korištene za terorističke aktivnosti, kao i predmeti ili sredstva koji su namijenjeni ili su korišteni za izvršenja djela terorizma oduzeće se.

⁴² Član 305 glasi: (1) Ko drugog zatvori, drži zatvorenog ili mu na drugi način oduzme ili ograniči slobodu kretanja ili ga drži ili prijeti da će ga ubiti, povrijediti ili dalje držati kao taoca, s ciljem da primora Republiku Srpsku da nešto učini ili ne učini kao izričiti ili prećutni uslov za oslobađanje taoaca, kazniće se kaznom zatvora od jedne do deset godina. (2) Ako je usljed krivičnog djela iz stava 1 ovog člana nastupila smrt oetog lica, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od pet do dvadeset godina. (3) Ako je pri izvršenju krivičnog djela iz stava 1 ovog člana učinilac oteto lice s umišljajem lišio života, kazniće se kaznom zatvora najmanje deset godina ili kaznom doživotnog zatvora.

iz razloga što je je takva inicijativa suprotna načelima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i stavovima Evropskog suda za ljudska prava, a Bosna i Hercegovina kao članica Savjeta Evrope, pa samim tim i Republika Srpska, moraju težiti poštovanju osnovnih načela Konvencije i stavova Evropskog suda kao ovlaštenog tumača Konvencije”. U obrazloženju se ne kaže od koga je i iz kojih razloga potekla ova inicijativa, a prema saznanjima iz sredstava javnog informisanja zaključujemo kako je inicijativa potekla od kluba poslanika jedne od parlamentarnih stranaka (što je potpuno legitimno), nakon usvajanja sličnih izmjena u Republici Srbiji (tzv. “Tijanin zakon”)⁴³. Prema navedenoj inicijativi traži se “uvođenje kazne doživotnog zatvora bez mogućnosti pomilovanja za ubice i silovatelje djece, te ubice trudnica i nemoćnih osoba jer je pooštavanje kaznene politike neophodno”. Ministarstvo pravde Republike Srpske potvrdilo je da im je dostavljeno više inicijativa za izmjenu Krivičnog zakonika Republike Srpske, pa između ostalog i inicijativa tog kluba. “Ministarstvo pravde u Vladi Republike Srpske imenovalo je Radnu grupu za izradu izmjena i dopuna Krivičnog zakonika RS, koja će uzeti u razmatranje navedenu inicijativu, posebno uvažavajući činjenicu da je neophodno unapređenje u oblastima zaštite najosjetljivijih kategorija stanovništva, a to su svakako djeca, trudnice, stare i nemoćne osobe...”⁴⁴ S druge strane, u obrazloženju Ministarstva pravde Hrvatske se kaže: “Napušta se ‘dugotrajni zatvor’ i uvodi doživotni zatvor, kao najteža kaznena sankcija. Time se udovoljava kriminalno političkoj potrebi, u posljednje vrijeme često isticanoj u hrvatskoj javnosti. Doživotni zatvor ima naglašenije generalno preventivno djelovanje, jer se njime iskazuje veća odlučnost države u suzbijanju najtežih kaznenih djela čime se jača povjerenje u pravni poredak. Doživotni zatvor poznaje veliki broj suvremenih evropskih pravnih država. Prigovore protiv njegove ‘nehumanosti’ veći dio suvremene doktrine ne prihvaća, a u nekim su zemljama i ustavni sudovi potvrdili njegovu ustavnost. Kaznu doživotnog zatvora kao iznimnu predviđa i članak 77 Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda, pa kako je Republika Hrvatska dužna usaglasiti svoje zakonodavstvo s Rimskim statutom, može se reći da je uvođenje doživotnog zatvora, barem za kaznena djela na koja se odnosi Statut, i

⁴³ Ikanović, V., (2020), Kriminalnopolitička opravdanost promjena krivičnih sankcija prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske, Pravna riječ, Banja Luka, str. 195–215.

⁴⁴ Uvodi li Republika Srpska doživotni zatvor za ubice djece?, <https://www.bl-portal.com/novosti/uvodi-li-republika-srpska-dozivotni-zatvor-za-ubice-djece/>, pristupljeno 25.08.2020.

obveza za Republiku Hrvatsku. Uvođenjem doživotnog zatvora ujedno se otklanjaju slabe strane dosadašnjeg rješenja. ‘Dugotrajni zatvor’ predstavljao je modifikaciju ranije kazne od dvadeset godina zatvora kao zamjene za smrtnu kaznu. Pritom se izgubilo iz vida da je kazna zatvora bila fiksna, pa kod nje, kao i kod smrtne kazne, nije bilo moguće nikakvo odmjeravanje. Uvođenjem raspona od dvadeset do četrdeset godina kazna ‘dugotrajnog zatvora’ je izgubila to svojstvo pa se u biti nije razlikovala od obične kazne zatvora. U novom tekstu naglašeno je da je doživotni zatvor iznimna kazna. To je načelo doista i provedeno u ovom prijedlogu koji je doživotni zatvor zadržao u slučajevima u kojima je propisan ‘dugotrajni zatvor’⁴⁵.

U odredbi člana 10 Krivičnog zakonika Republike Srpske zakonodavac propisuje mogućnost davanja uslovnog otpusta “nakon što osuđeni izdrži dvadeset pet godina zatvora”, u svakom slučaju pravilno se odupirući

⁴⁵ “Doživotni zatvor se predviđa samo u 20 kaznenih djela, i to umorstva (čl. 91), priznavanja okupacije i kapitulacije (čl. 136), ubojstva najviših državnih dužnosnika (čl. 138), najtežih oblika kaznenih djela protiv Republike Hrvatske (čl. 155 st. (1)), genocida (čl. 156), agresivnog rata (čl. 157 st. (1)), zločina protiv čovječnosti (čl. 157a), ratnog zločina protiv civilnog pučanstva (čl. 158 st. (1) i (2)), ratnog zločina protiv ranjenika i bolesnika (čl. 159), ratnog zločina protiv ratnih zarobljenika (čl. 160), protivpravnog ubijanja i ranjavanja neprijatelja (čl. 161 st. (1) i (3)), nedozvoljenih sredstava borbe (čl. 163. st. (3)), međunarodnog terorizma (čl. 169 st. (2)), ugrožavanja sigurnosti osoba pod međunarodnom zaštitom (čl. 170 st. (2)), uzimanja talaca (čl. 171 st. (2)), otmice zrakoplova ili broda (čl. 179 st. (2)), morskog i zračnog razbojništva (čl. 180 st. (2)), protivljenja nadređenom (čl. 354 st. (5)), napada na vojnu osobu u obavljanju sudbene dužnosti (čl. 357 st. (4)), za kaznena djela iz čl. 376 st. (3), kazneno djelo prelaska i predaje neprijatelju (čl. 377 st. (1)) i neosiguravanja vojne postrojbe (čl. 384 st. (3))”. “Također treba naglasiti da se, za razliku od nekih drugih pravnih sustava, doživotni zatvor ne bi nikada mogao propisati kao jedina moguća kazna, nego uvijek u alternativi s vremenskom kaznom. Nisu prihvaćeni neki ekstremni prijedlozi prema kojima bi trebalo uvesti doživotni zatvor ‘bez prava na pomilovanje’. Davanje pomilovanja jedna je od prerogativa predsjednika Republike zajamčena odredbom čl. 97 Ustava, koja ne predviđa nikakva ograničenja, pa bi takvo ograničenje bilo upitno već s ustavnopravnog stajališta. Također ne treba isključiti ni uvjetni otpust kojim se do stanovite mjere ublažava oštrina doživotnog zatvora. Upravo mogućnost uvjetnog otpusta jedan je od glavnih argumenata protiv tvrdnji o nehumanosti doživotnog zatvora. Svi moderni kazneni zakonici koji poznaju doživotni zatvor predviđaju i mogućnost uvjetnog otpusta, s time da su pretpostavke za njegovo odobravanje posebno propisane. Tim putem ide i ovaj prijedlog koji posebno propisuje pod kojim se okolnostima može odobriti uvjetni otpust osuđenicima na doživotni zatvor (članak 55 Kaznenog zakona)” više u: Svedrović, M., (2003), Kriminalnopolitička opravdanost promjena kaznenih sankcija s osvrtom na uvođenje doživotnog zatvora i na sustav izricanja kazne, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10, broj 2/2003, Zagreb, str. 341–428.

prijedlozima nekih da se uslovni otpust potpuno uskrati (po mnogima, kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti dobijanja uslovnog otpusta svakako je okrutna, nehumana i ponižavajuća)⁴⁶. Stoga je sasvim ispravan stav zakonodavca da je to “u skladu sa načelima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i stavovima Evropskog suda za ljudska prava koji je već odlučivao o ovom pitanju”. Nadalje, prihvatljivi su i drugi razlozi prema kojima “države u svom zakonodavstvu moraju predvidjeti vremensku granicu nakon koje će se moći preispitivati kazna doživotnog zatvora, te da izdržavanje ove kazne mora biti tako organizovano da se osuđenim licima obezbijedi mogućnost rehabilitacije i uslovnog otpusta. To se ističe i u Preporuci Komiteta ministara Savjeta Evrope /2003/23/ i Komiteta za sprečavanje mučenja, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja – CPT, 2016). Dakle, omogućavanje uslovnog otpuštanja osuđenih lica i na najduže kazne zatvora, uključujući i kaznu doživotnog zatvora, predstavlja jedno od osnovnih načela evropske kaznene politike”⁴⁷.

Kada je pomilovanje osuđenih lica na doživotni zatvor u pitanju, u odredbi člana 23 Zakonika propisano je da se “licu koje je osuđeno na kaznu doživotnog zatvora, pomilovanje ne može dati prije nego što je izdržalo dvadeset pet godina zatvora”. Zakonodavac za ovakav svoj stav ne daje posebno obrazloženje, vjerovatno se rukovodeći činjenicom da je identično ograničenje već sadržano kod kazne dugotrajnog zatvora⁴⁸. S druge strane, pojedini autori smatraju da ova odredba nije u skladu sa članom 80 stav 5 Ustava Republike Srpske⁴⁹.

⁴⁶ Doživotna kazna zatvora sa mogućnošću uslovnog otpuštanja predstavlja najčešći modalitet ove kazne. U 144 države, od 183 u kojima je propisana kazna doživotnog zatvora, postoje odredbe kojima je predviđena određena mogućnost otpuštanja osuđenog. U 65 država izriču se kazne doživotnog zatvora bez mogućnosti otpuštanja (isto tako, u jednom broju država postoje oba modaliteta: sa ili bez mogućnosti uslovnog otpusta) (više u: Grujić, Z. (2021), Uslovni otpust kod kazne doživotnog zatvora – kritičko preispitivanje novih normativnih rešenja u srpskom krivičnom zakonodavstvu, RKKP, 1/21, Beograd, str. 148–158).

⁴⁷ Izvod iz 25. opšteg izvještaja, objavljen 2016. godine, Situacija zatvorenika osuđenih na doživotni zatvor, Komitet za prevenciju torture Savjeta Evrope.

⁴⁸ Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2018), Komentar krivičnog zakonika Republike Srpske, prvo izdanje, Banja Luka, str. 136.

⁴⁹ Ustav je predsjedniku Republike, između ostalog, dao pravo da daje pomilovanja bez bilo kakvog ograničenja i uslovljavanja. S obzirom na to da je to akt milosti koji se bezuslovno daje na osnovu ustavnih ovlaštenja to se ne može zakonom, kao nižim aktom, ograničavati i uslovljavati. To što je postupak pripreme prijedloga ili molbe za pomilovanje uređen posebnim zakonom ne znači i da se ono u svom sadržinskom smislu može zakonom

Na ovom mjestu čini se posebno važnim istaći da se minimalni period koji zatvorenik mora odslužiti (provesti u kazneno-popravnoj ustanovi) prije mogućnosti da iskoristi uslovni otpust razlikuje od države do države i najniži je 12 godina (npr. Danska i Finska) i 15 godina (npr. Austrija, Belgija, Njemačka, Švajcarska), a najviši je 40 godina (npr. Turska, u slučaju višestrukih krivičnih djela)⁵⁰. Većina zemalja u kojima se izriče kazna doživotnog zatvora predviđa minimalni period između 20 i 30 godina. U jurisdikcijama Ujedinjenog Kraljevstva⁵¹ minimalni period odsluženja zatvorske kazne određuje nadležni sudija u vrijeme izricanja presude; zakon ne daje apsolutni minimalni period u ovom pogledu. Nekoliko drugih zemalja (npr. Belgija, Holandija, Litvanija, Malta, a za određena krivična djela i Mađarska, Republika Slovačka i Turska) nemaju sistem uslovnog otpusta kada se radi o zatvorenici-ma osuđenim na doživotnu kaznu zatvora, tako da doživotno bukvalno znači doživotno⁵².

S druge strane, treba napomenuti da određeni broj država članica Savjeta Evrope nema doživotnu kaznu zatvora u svom ustavu (Portugal, Hrvatska, Bosna i Hercegovina izuzev Republike Srpske)⁵³. Umjesto toga, za najozbiljnija krivična djela one imaju definisane vremenski duge kazne (kazna dugotrajnog zatvora) koje se obično kreću od 20 do 40 godina⁵⁴.

derogirati (više u: Ikanović, V. (2020), *Kriminalnopolitička opravdanost promjena krivičnih sankcija prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Pravna riječ, Banja Luka, str. 195–215).

⁵⁰ Izvod iz 25. opšteg izvještaja, objavljen 2016. godine, *Situacija zatvorenika osuđenih na doživotni zatvor*, Komitet za prevenciju torture Savjeta Evrope.

⁵¹ Engleska i Vels, Holandija, Slovačka i Bugarska su jedine evropske zemlje koje su propisale doživotni zatvor bez prava na pomilovanje i uslovni otpust.

⁵² Gruevska-Drakulevski, A., (2018), *Kazna doživotni zatvor u međunarodnom evropskom i makedonskom pravu*, *Pravni život*, br. 9/18, Beograd, str. 563–579.

⁵³ Kazna dugotrajnog zatvora se u zemljama koje je propisuju izriče u trajanju od 15, 20, 25 (npr. Portugal, Paragvaj i dr.), 30 (npr. Nikaragva, Bolivija, Urugvaj, Venecuela i dr.), 35 (npr. Ekvador), 40 (npr. Crna Gora, Honduras i dr.), 45 (npr. Bosna i Hercegovina), 50 (npr. Hrvatska, Kostarika i Panama), 60 (npr. Kolumbija), pa do 75 godina zatvora (npr. El Salvador).

⁵⁴ Izvod iz 25. opšteg izvještaja, objavljen 2016. godine, *Situacija zatvorenika osuđenih na doživotni zatvor*, Komitet za prevenciju torture Savjeta Evrope.

e) Statistički podaci o primjeni kazne dugotrajnog zatvora u Republici Srpskoj za period 2003–2021. godine

U nastavku ovog rada prezentovaćemo kratko istraživanje autora prof. dr Veljka Ikanovića koje se odnosi na do sada izrečene kazne dugotrajnog zatvora u Republici Srpskoj kako bi se stekla objektivna slika o neophodnosti pooštavanja zakonske kaznene politike⁵⁵.

Prema tom istraživanju, u periodu od uvođenja kazne dugotrajnog zatvora u naše zakonodavstvo 2003. godine do danas ona je izrečena u šest predmeta prema sedam optuženih lica, dok je u jednom predmetu prema jednom licu izrečena kazna dugotrajnog zatvora po žalbi preinačena u kaznu zatvora. Prema pravnosnažnim presudama struktura krivičnih djela i učinilaca je sljedeća:

1. Okružni sud u Bijeljini broj: K-8/05 od 16.01.2006. godine i Vrhovni sud Republike Srpske broj: 118-0-Kž-06-000 085 od 23.05.2006. godine: Optuženi M.V. rođen 12.01.1984. godine, neosuđivan, zbog krivičnog djela teškog ubistva iz člana 149 stav 1 tačka 5 Krivičnog zakona Republike Srpske (umišljajno lišio života dva lica) i osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora od **30** godina.

2. Okružni sud u Istočnom Sarajevu broj: K-9/05 od 16.01.2006. godine i Vrhovni sud Republike Srpske broj: 118-0-Kž-06-000 088 od 06.06.2006. godine: Optuženi V.P. rođen 31.12.1934. godine (u vrijeme izricanja kazne starosti 72 godine), neosuđivan, zbog krivičnog djela teškog ubistva iz člana 149 stav 1 tačka 5 Krivičnog zakona Republike Srpske (umišljajno lišio života četiri lica) osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora od **28** godina (prema saznanju autora, umro na izdržavanju kazne).

3. Okružni sud u Bijeljini broj: 012-0-K-08-000-006 od 15.04.2009. godine i Vrhovni sud Republike Srpske broj: 118-0-Kž-06-000-009 od 18.02.2010. godine: Optuženi V.N rođen 30.03.1985. godine, osuđivan zbog tri krivična djela razbojništva iz člana 233 stav 2 u vezi sa stavom 1 KZ RS na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od pet godina i šest mjeseci, koju nije izdržao, vodi se krivični postupak zbog krivičnog djela krađe iz člana 233 stav 1 tačka 1 KZ RS, oglašen krivim zbog krivičnog djela teškog ubistva iz člana 149 stav 1 tačka 5 u vezi sa članom 23 Krivičnog zakona Republike Srpske

⁵⁵ Istraživanje je objavljeno u referatu pod naslovom: Ikanović, V., (2020), Kriminalnopolitička opravdanost promjena krivičnih sankcija prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske, Pravna riječ, Banja Luka, str. 195–215.

(kao saizvršilac sa umišljajem lišio života dva lica) i osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od **35** godina i Optuženi S.L. rođen 01.12.1984. godine, osuđivan zbog tri krivična djela razbojništva iz člana 233 stav 2 u vezi stava 1 KZ RS na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od četiri godine, nalazi se na izdržavanju kazne, vodi se krivični postupak zbog krivičnog djela krađe iz člana 233 stav 1 tačka 1 KZ RS, oglašen krivim zbog krivičnog djela teškog ubistva iz člana 149 stav 1 tačka 5 u vezi sa članom 23 Krivičnog zakona Republike Srpske (kao saizvršilac sa umišljajem lišio života dva lica) i osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora u trajanju od **30** godina.

4. Okružni sud u Banjoj Luci – Posebno odjeljenje za organizovani i najteže oblike privrednog kriminala broj: 11 0 K 003556 10 K od 23.07.2010. godine i Vrhovni sud Republike Srpske broj: 11 0 K 003556 10 Kž od 10.02.2011. godine i broj: 11 0 K 003556 11 Kžž od 17.05.2011. godine: Optuženi O.V. rođen 09.08.1960. godine, neosuđivan, oglašen krivim zbog krivičnog djela otmice iz člana 165 stav 2 u vezi sa stavom 1 u sticaju sa krivičnim djelom teškog ubistva iz člana 149 stav 1 tačka 2 i krivičnog djela nedozvoljenog prometa oružja ili eksplozivnih materija iz člana 399 stav 1 Krivičnog zakona Republike Srpske osuđen na jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora od **27** godina.

5. Okružni sud u Bijeljini broj: 12 0 K 003586 13 K od 14.02.2014. godine i Vrhovni sud Republike Srpske broj: 12 0 K 003586 14 Kž 3 od 24.04.2014. godine: Optuženi D.Đ. rođen 08.09.1956. godine, neosuđivan, oglašen krivim zbog krivičnog djela teškog ubistva iz člana 149 stav 1 tačka 5 Krivičnog zakona Republike Srpske (umišljajno lišio života više lica) i osuđen na jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora od **38** godina,

6. Okružni sud u Banjoj Luci broj: 11 0 K 018462 16 K od 27.10.2016. godine i Vrhovni sud Republike Srpske broj: 11 0 K 018462 16 Kž od 17.01.2017. godine: Optuženi M.A. rođen 10.07.1977. godine, osuđivan zbog krivičnog djela iz člana 148 stav 1 KZ RS na kaznu zatvora u trajanju od sedam mjeseci, oglašen krivim zbog krivičnog djela teškog ubistva iz člana 149 stav 1 tačka 1 Krivičnog zakona Republike Srpske (drugog lišio života na krajnje podmukao način) i osuđen na kaznu dugotrajnog zatvora od **25** godina⁵⁶.

⁵⁶ Nakon prezentovanja statističkih podataka o primjeni kazne dugotrajnog zatvora u Republici Srpskoj za period 2003–2021. godine, autor dr Ikanović konstatuje: Pažljivom analizom prikupljenih podataka dolazimo do saznanja da je na kazne dugotrajnog zatvora osuđeno sedam lica u šest predmeta. Radi se o licima muškog pola, prosječne starosti 42

godine u vrijeme donošenja pravnosnažne presude, od kojih su tri lica ranije osuđivana za druga krivična djela (opšti povrat). Sva ova lica su počinila krivična djela teškog ubistva i to: pet optuženih je oglašeno krivim za umišljajno lišenje života više lica, jedan za lišenje života drugog na krajnje podmukao način i jedan za lišenje života radi prikrivanja drugog krivičnog djela. Najniža izrečena kazna je 25 godina dugotrajnog zatvora, a najviša 38 godina dugotrajnog zatvora. Do sada još ni jedan osuđeni nije izdržao kaznu, prema saznanjima autora nije mu dato pomilovanje, a prema saznanjima autora jedan osuđeni je umro na izdržavanju kazne (najstariji osuđeni za ovu kaznu rođen 1934. godine). Sve to nam pokazuje da je u periodu od uvođenja kazne dugotrajnog umjesto kazne doživotnog zatvora 2003. godine izrečeno relativno malo kazni dugotrajnog zatvora (2,42 kazne godišnje), što govori o malom broju počinjenih teških krivičnih djela za koja je bilo nužno izreći najtežu zakonom propisanu kaznu. Znači da se najteža zakonom propisana kazna izriče izuzetno rijetko, čime se opovrgavaju prigovori potrebe za strožim sankcijama zbog borbe protiv najtežih oblika kriminaliteta, pogotovo onih koji se spominju u inicijativi za uvođenje kazne doživotnog zatvora. Što se tiče elemenata bića krivičnih djela, uočavamo da niko od osuđenih nije počinio krivično djelo lišenja života prema djetetu, trudnoj ženi, prilikom izvršenja krivičnog djela obljube sa djetetom mlađim od petnaest godina ili kako se to navodi “posebno osjetljivim kategorijama” koje pokretači inicijative navode kao razlog za njeno podnošenje. Prosječna starost učinilaca krivičnih djela od 42 godine ukazuje da se izricanjem maksimalne kazne dugotrajnog zatvora faktički izriče kazna doživotnog zatvora jer njeno trajanje prelazi pretpostavljeni životni vijek od 72 godina za muškarca. U prilog ovom stavu govori podatak da je najstariji optuženi imao 72 godine kada je osuđen na ovu kaznu od 28 godina dugotrajnog zatvora i da je umro na njenom izdržavanju. Većina osuđenih lica nisu ranije osuđivana, a ona koja jesu osuđivana su za druga krivična djela, pa se ne radi o specijalnim povratnicima. S obzirom na vrijeme donošenja presude i visinu izrečenih kazni niko od osuđenih još nije izdržao izrečenu kaznu da bi na slobodi mogao ponoviti isto ili teže krivično djelo, kako bi se na osnovu toga mogla dati ocjena da li je kazna postigla zakonom propisanu svrhu i opravdala ciljeve kriminalne politike. Zato se ne može govoriti kako se kaznom dugotrajnog zatvora od 25 do 45 godina ne može ostvariti specijalna prevencija pa da je zato neophodno uvođenje kazne doživotnog zatvora. S obzirom na izneseno, ostaje nam da se osvrnemo na pitanje generalne prevencije kojoj se inače u savremenom krivičnom zakonodavstvu daje pretjerano veliki značaj. Vidjeli smo da dati razlozi uz Nacrt ne objašnjavaju zašto je nužno propisivanje kazne doživotnog zatvora ali da to možemo naslutiti iz prethodnih stavova pojedinih učesnika u ovom procesu koji su iznošeni u medijima. Svi ovi razlozi i razmišljanja, kada im se suprotstave rezultati kratkog istraživanje koje smo sproveli, zapravo skreću fokus na problem generalne prevencije, uticaj na potencijalne delinkvente ili bolje rečeno uticaj na javnost. Ako prihvatimo da je to sadržaj razloga kojima se opravdava nužnost uvođenja kazne doživotnog zatvora u Zakonik on je problematičan iz više razloga. Jedan od razloga je što se “u suvremenoj znanosti kaznenog prava opravdano i argumentirano generalnopreventivni učinci kaznenopravne prisile putem kazne (a posebno dugotrajnih kazni) dovode u sumnju. Nitko ne poriče postojanje određenog straha od kažnjavanja, no u psihologiji delinkvencije je poznato da, osim izuzetaka, osobe koje planiraju počinjenje kaznenog djela vjeruju da neće

ZAKLJUČAK

Bez obzira na to što je kazna doživotnog zatvora uvedena u skoro sva krivična zakonodavstva evropskih zemalja (uz Bosnu i Hercegovinu, odnosno Federaciju Bosne i Hercegovine, izuzetak su Hrvatska, Crna Gora, Portugal i Norveška), oprečni su stavovi u pogledu njenog propisivanja i uopšte opstanka bar kada je u pitanju stručna javnost na našim prostorima. Značajan broj pravnih teoretičara je protiv njenog propisivanja, ističući niz negativnih razloga poput njene retribucije, nemoralnosti, nehumanosti, nemogućnosti ostvarenja prava na rehabilitaciju zatvorenika i posebno neefikasnosti, s obzirom na to da se osuđenici na doživotni zatvor izricanjem te kazne smatraju trajno izbačenim iz društva, odnosno gube bilo kakav interes za rehabilitaciju. Praksa izbacivanja kazne doživotnog zatvora iz krivičnog zakonodavstva posljednjih decenija postala je posebno raširena u latinoameričkim zemljama⁵⁷, dok pojedine evropske zemlje sve više razmišljaju o njihovom ukidanju i umjesto njih uvođenju maksimalne zatvorske kazne u trajanju od 30, 40, pa i 50 godina. S druge strane, prema dostupnim podacima CPT u velikom broju zemalja – uključujući Azerbejdžan, Bugarsku, Gruziju, Jermeniju, Latviju, Moldaviju, Rumuniju, Rusku Federaciju, Tursku (samo zatvorenici osuđeni na tešku kaznu doživotnog zatvora) i Ukrajinu – zatvorenici osuđeni na doživotni zatvor jesu, po pravilu, odvojeni od ostalih osuđenih zatvorenika. U nekim državama (npr. Litvaniji, Republici Češkoj i Republici Slovačkoj), zatvorenici osuđeni na doživotni zatvor moraju odslužiti određeni period (između 10 i 15 godina) u odvojenoj jedinici prije mogućnosti da budu prebačeni u običnu zatvorsku jedinicu gdje se mogu povezivati sa ostalim osuđenim zatvorenicima⁵⁸. U nekoliko zemalja, CPT je primijetio da su zatvorenici osu-

biti otkrivene i kažnjene”. U situaciji kada se može očekivati izricanje kazne doživotnog zatvora u dva do tri slučaja godišnje teško možemo govoriti o njenom pojačanom djelovanju na polju generalne prevencije. Radi se o tako malim brojkama da se od ove kazne ne može očekivati nikakva efikasnost, a pogotovo pojačani efekti u smislu generalne prevencije. Rješenja za brojne probleme u pravosuđu i društvu u cjelini treba tražiti u “izvjesnosti primjene kazne u svim slučajevima počinjenih kaznenih djela” jer je pogrešno shvatanje da se uvođenjem kazne doživotnog zatvora ili bilo koje druge kazne pokazuje veća odlučnost države u suzbijanju najtežih krivičnih djela i jača povjerenje u pravni poredak.

⁵⁷ Doživotni zatvor ukinut je u Južnoj i Centralnoj Americi, Hondurasu, Nikaragvi, El Salvadoru, Kostariki, Venecueli, Kolumbiji, Urugvaju, Boliviji, Ekvadoru i Dominikanskoj Republici, ali su zato propisane maksimalne kazne od čak 75 godina u El Salvadoru, 60 u Kolumbiji, odnosno 50 godina zatvora u Kostariki i Panami.

⁵⁸ Izvod iz 25. opšteg izvještaja, objavljen 2016. godine, Situacija zatvorenika osuđenih na

đeni na doživotni zatvor bili u osiromašenom režimu i pod drakonskim mjerama bezbjednosti. Takođe, treba napomenuti da su u nekim državama prava zatvorenika osuđenih na doživotni zatvor na kontakte sa spoljnim svijetom (posebno u pogledu posjeta) izuzetno ograničena i znatno manja od prava ostalih osuđenih zatvorenika. U pogledu uslovnog otpusta ovih zatvorenika, takođe se javljaju značajni problemi, a Evropski sud za ljudska prava je nekoliko posljednjih godina ispitao veliki broj slučajeva⁵⁹ u kojima su domaći sudovi izrekli doživotni zatvor za zatvorenike, bez mogućnosti ranijeg ili uslovnog otpusta (što je od mnogih pravnih stručnjaka kritikovano kao kršenje ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer se na ovaj način povređuje ljudsko dostojanstvo), i gdje, sa izuzetkom humanitarnih razloga ili veoma izuzetnih okolnosti, cijela kazna doživotnog zatvora znači baš to.

Sumirajući sve naprijed izneseno, stava smo da se na osnovu predloženih razloga ne može sasvim pouzdano zaključiti kako je uvođenje kazne doživotnog zatvora u Krivični zakonik Republike Srpske bilo nužno da bi se ostvarila osnovna funkcija krivičnog zakonodavstva iz odredbe člana 1 stav 2 Zakonika, a to je zaštita osnovnih prava i sloboda čovjeka i drugih osnovnih i individualnih i opštih vrijednosti koje su ustanovljene ustavom i međunarodnim pravom. Naime, sve se to može, sigurno je, uspješno ostvariti i kaznom dugotrajnog zatvora, a što je pokazala dosadašnja praksa njenog izricanja. Ipak, i u onim zemljama koje se u odnosu na uvođenje (odnosno zadržavanje) kazne doživotnog zatvora opredijele pozitivno, treba jasno imati u vidu ciljeve i načela u postupanju sa zatvorenicima osuđenim na doživotni zatvor koje je objavio Komitet ministara u Preporuci Rec (2003) 23 o postupanju zatvorske uprave sa zatvorenicima koji su osuđeni na doživotnu ili dugotrajnu kaznu zatvora, jer je ova preporuka najrelevantniji i sveobuhvatan referentni dokument za ovu grupu zatvorenika.

7

doživotni zatvor, Komitet za prevenciju torture Savjeta Evrope.

⁵⁹ Najautoritativnija presuda Suda do danas, koju je donijelo Veliko vijeće u slučaju Vinter i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, navodi da nije saglasno ljudskom dostojanstvu, a prema tome i da je protivno članu 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima, da država liši osobu slobode, a da joj pritom barem ne pruži mogućnost da jednog dana ponovno dobije tu slobodu.

Literatura:

1. Gruevska-Drakulevski, A. (2018), Kazna doživotni zatvor u međunarodnom evropskom i makedonskom pravu, *Pravni život* br. 9/18, Beograd.
2. Grujić, Z. (2021), Uslovni otpust kod kazne doživotnog zatvora – kritičko preispitivanje novih normativnih rešenja u srpskom krivičnom zakonodavstvu, *RKKP*, 1/21, Beograd.
3. Ikanović, V. (2020), Kriminalnopolitička opravdanost promjena krivičnih sankcija prema Nacrtu Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srpske, *Pravna riječ*, Banja Luka.
4. Ilić, V. (2019), (Ne)pomirljivost kazne doživotnog zatvora i ljudskih prava, *Crimen*, 2/2019, Beograd.
5. Jovašević, D. (2007) Sistem kazni u novom krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, *Pravo, teorija i praksa*, Novi Sad, broj 9-10/2007. godine.
6. Jovašević, D. (2003), Primjena kazne zatvora kao sredstva državnog reagovanja protiv kriminala, Zbornik radova *Strategija državnog reagovanja protiv kriminala*, Beograd.
7. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Đukić, B. (2009) Izvršenje kazne zatvora u Bosni i Hercegovini s posebnim osvrtom na izvršenje u Republici Srpskoj, *Pravna riječ*, Banja Luka, broj 19/2009. godine.
8. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2017) *Krivično pravo – opšti dio*, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka.
9. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2021) *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, drugo izdanje, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka.
10. Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2018), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, prvo izdanje, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka.
11. Svedrović, M. (2003), Kriminalnopolitička opravdanost promjena kaznenih sankcija s osvrtom na uvođenje doživotnog zatvora i na sustav izricanja kazne, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 10, broj 2/2003, Zagreb.

12. Izvod iz 25. opšteg izvještaja, objavljen 2016. godine, *Situacija zatvorenika osuđenih na doživotni zatvor*, Komitet za prevenciju torture Savjeta Evrope.
13. Krivični zakonik Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017; 104/2018 – odluka US; 15/2021 i 89/2021.
14. Krivični zakon Federacije BiH, Službene novine, br. 36/2003; 21/2004 – ispr.; 69/2004; 18/2005; 42/2010; 42/2011; 59/2014; 76/2014; 46/2016 i 75/2017.
15. Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, broj 19/2020 – Prečišćeni tekst.
16. Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/2003; 32/2003 – ispr.; 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.
17. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, br. 44/98; 42/99; 12/2009 i 42/2011.
18. Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija u Republici Srpskoj, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2018.
19. Pravilnik o kućnom redu za izdržavanje kazne zatvora, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 34/2011.

Ljubinko Mitrović, PhD⁶⁰

Miroslav Janjić, PhD⁶¹

Jelena Mitrović, LLM⁶²

LIFE IMPRISONMENT - SITUATION AND EXPECTATIONS IN REPUBLIKA SRPSKA -

***Abstract:** Penalties of deprivation of liberty of different modalities – imprisonment or long-term imprisonment, juvenile imprisonment or life imprisonment take a special and maybe the most important place in the penalty systems of modern criminal legislation. These are very frequently implemented and extremely severe penalties including denial of freedom of movement imposed against the perpetrator of a criminal offence for a period of time as provided for in the verdict and their placement in special custodial or penitentiary institution from the system of such institutions of the given country. Many legal systems around the world impose life imprisonment to penalise some of the most severe crimes.*

The situation is similar in the Republika Srpska and Bosnia and Herzegovina, whose current criminal legislation (i.e. four criminal acts in Bosnia and Herzegovina) foresee two completely separate penalties of deprivation of liberty – imprisonment and long-term imprisonment, with the exception of the Republika Srpska where the novelty introduced in 2021 foresees life imprisonment instead of long-term imprisonment.

The author's focus is on long-term imprisonment, in particular the fact that it is stipulated for certain criminal offences in a separate section of the Republika Srpska Criminal Act, i.e. its application in court practice in the Republika Srpska.

***Key words:** penalty system in Bosnia and Herzegovina, imprisonment, long-term imprisonment, life imprisonment.*

⁶⁰ Ljubinko Mitrović, Full Professor, School of Legal Sciences of Pan-European University APEIRON, Banja Luka; Research Assistant, Belgrade Institute for Comparative Law, ljubinko58@gmail.com

⁶¹ Miroslav Janjić, Assistant Professor, Mostar University, Judge, Court of BiH, m.janjic@hotmail.com

⁶² Jelena Mitrović, LLM, RS Centre for Research of War, War Crimes and Search for Missing Persons, jeca-mitrovic@hotmail.com

КРИВИЧНО ДЈЕЛО ШУМСКА КРАЂА И ПУСТОШЕЊЕ ШУМА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Проф. др Вељко Икановић¹

Апстракт: Аутор у раду говори о заштити шума у Републици Српској путем кривичног законодавства, коју посматра у оквиру технолошког напретка, економских потреба, својинске трансформације и измјене одредаба кривичног законодавства које су извршене у посљедње вријеме. Проучавањем само два кривична дјела, шумске крађе и пустошења шума, која се односе на заштиту шума, уочава да законодавац не прати потребе које намеће савремени развој друштва, већ у кривичном законодавству задржава стара и превазиђена рјешења, док покушај редефинисања постојећих одредаба не чини у интересу боље заштите ових општих добара. Законодавац је из необјашњивих разлога у посљедњих шест година два пута извршио измјене код кривичног дјела крађе, пребацујући га из групе кривичних дјела против животне средине у групу кривичних дјела против имовине. Овом рјешењу, за које нису јасни криминалнополитички разлози, може се упутити низ приговора, а ни једно оправдање. С циљем да се кривичноправна заштита побољша и осавремени, критички се осврће на учињене измјене и даје сугестије у ком правцу би оне требало да се крећу.

Кључне речи: шума, заштита, крађа, пустошење, законодавство.

¹ Врховни суд Републике Српске, Алеја Светог Саве бб, Бања Лука, e-mail: veljko.ikanovic@pravosudje.ba.

Увод

Заједно са водама и рудама, шуме су једно од најзначајнијих природних богатстава сваке земље. Оне су извор живота јер обезбјеђују бројне елементе неопходне за опстанак човјека и других биљних и животињских врста на нашој планети. Шуме нису само извор сировина, како се често поједностављено посматрају, схватају и третирају, а већ дуже вријеме и третирају од стране појединаца и државе. Добра и квалитетна шума јесте непроцјењиво благо за дрвну индустрију али је и непресушан извор кисеоника и филтер ваздуха који човјек удише. У шуми расте безброј биљних врста које су храна животињама и инсектима, као што су гљиве, дивље јагоде, дивље воће и биљке које заједно са лишћем стварају хумус неопходан за раст биљака. Шуме су посебно значајне у заштити тла од ерозије коју врше вјетар и бујице, чиме пресудно утичу на заштиту обрадивог земљишта које служи за производњу хране и опстанак становништва. Шуме су и станиште дивљих животиња од којих висока дивљач представља значајан ресурс у ловном туризму и богатство у тој понуди једне регије или државе.

Зато су шуме и шумско богатство одувјек били под посебном заштитом власти од недозвољеног и неконтролисаног искоришћавања. У старо доба то се обезбјеђивало веома строгим казнама према онима који су у шуми вршили неовлашћену сјечу или лов високе дивљачи. Сјећа шума и лов високе дивљачи били су право властеле, а сиротиња је могла само да сакупља грање и користи онолико дрвета колико је било довољно за њене скромне потребе спремања хране и гријања. Држава је временом успоставила лугарску службу, увела планску сјечу и узгој садница у расадницима, којима су пошумљаване голети и повећаване површине под шумама. Ради обезбјеђивања огрева, продаје трупаца, проширења станишта дивљачи, заштите земљишта од вјетрова и бујица, чистијег ваздуха, здравља становништва, а и скровишта у случају ратова и најезде непријатеља, држава је увијек настојала да прошири површине под квалитетном шумом.

Без обзира на све то, шуме су и поред строгих мјера државне заштите биле предмет неконтролисаних сјече, посебно у вријеме ратова и буна, да би послје тога биле поново обнављане и мање или више плански коришћене. Заштита шума уређује се, прије свега, посебним законодавством које прописује планско пошумљавање, узгој и сјечу шума и извоз дрвних сортимената. Посебно мјесто заузима развијање свијести

код становништва о погубности уништавања шума, о потреби њиховог чувања и благодети богатства шумског покривача. У ери технолошког развоја и компјутеризације треба искористити све могућности да се писани материјал замјењује дигиталном формом и тако смањује потрошња папира. Посебно мјесто заузима раздвајање смећа и припремање старе хартије за рециклажу. У подизање и чување шума улажу се велика средства и од тога се остварује значајна економска корист. Ово се не односи само на шуме у државној својини, већ и на оне у приватној својини, које су такође под надзором државних органа. Сем тога, заштита ових вриједних ресурса врши се и репресивним мјерама прекршајног и кривичног законодавства.

Шуме производе кисеоник, пречишћавају ваздух од прашине и других макро и микро честица и чувају земљиште од ерозије, тако да имају непроцјењиви значај за очување животне средине. Што су на одређеном простору веће површине под шумом, то је бољи квалитет ваздуха и здравље становништва. Заштита шума има прворазредну улогу за очување еколошке равнотеже у шумским еко-системима. На стабилност шума утичу штетни антропогени, биотски и абиотски чиниоци, а посебно човјек својом планском и непланском, научном и ненаучном дјелатношћу. О значају шума говоре подаци да само један хектар шуме годишње произведе око осамсто тона кисеоника, један хектар четинарске шуме филтрира тридесет до тридесет пет тона прашине, а на хектару лишћарске шуме се за годину дана филтрира педесет до седамдесет шест тона прашине. Зато се оправдано каже да су шуме плућа наше планете и важан чинилац стабилности климатских фактора и природних појава. Због тога заштита шума није само дужност појединца и уже средине, већ је то глобални проблем, што посебно видимо на примјеру уништавања кишних тропских шума у Амазонији и другим дијеловима свијета.

Од шума директно или индиректно зависе и други природни ресурси попут питке воде, ријека, дивљачи, пчела, гљива и других шумских биљака, од којих зависи опстанак људи на планети. Шуме утичу на количину и распоред падавина, проток воде у природи, формирање изворишта, квалитет и количину воде, о чему говори податак да само један хектар букове шуме задржи око петсто тона воде. Шуме спречавају еолске (изазване вјетром), водене (изазване водом) и комбиноване (изазване комбинованим дјеловањем вјетра и воде) ерозије земљишта, чувајући фонд обрадивих површина и тако спречавају настанак глади. Ерозија земљишта често угрожава нормално човјечије функционисање, а пре-

ма бројним историјским изворима уништавање обрадивих површина за производњу хране доводило је до појаве глади, што је било пресудан фактор за нестајање појединих старих цивилизација. Осим природних чинилаца, читав низ поремећаја у еко-систему изазива и неконтролисана или слабо контролисана човјекова дјелатност у шумарству, пољопривреди и водопривреди. То су промјене које резултирају смањењем шумског и другог биљног покривача, загађивањем вода, ваздуха и земљишта, индиректно доводећи до микро и макро климатских промјена које пријете цјелокупном човјечанству.

1. Међународни документи као основ заштите шума

С обзиром на све наведено, заштита животне средине, чије су шуме и воде најзначајнији дио, постала је приоритет у дјеловању домаћих и међународних институција и организација, које су у том циљу донијеле низ обавезујућих правних аката. Један од значајнијих је и Архуска конвенција² којом се утврђују права у вези са животном средином као основа за укључивање грађана у политику заштите животне средине и потврђује обавеза државе према будућим генерацијама. Конвенција је ступила на снагу 30. октобра 2001. године и она је путоказ да се одрживи развој може постићи само ако се у ту активност укључе грађани. Донијета је да би се спријечило распрострањено и присутно пропадање животне средине, које је директно повезано са људским дјеловањем. Свеукупни циљ Конвенције о приступу информацијама, учешћу јавности у процесу одлучивања и приступу правосудним органима из области животне средине, јесте да се владе, надлежни органи и приватни сектор отворе за јавност и учине доступним информације које се односе на животну средину.

Према конвенцији, сваки појединац има право да поднесе пријаву суду или другом независном тијелу за било који случај у коме му нису дате информације које је тражио или му није омогућено да учествује у процесу одлучивања о питањима животне средине. То се право односи и на случајеве у којима неко лице или орган јавне власти крши постојеће законе о животној средини или у којима је угрожено право неког лица на здраву животну средину. Управне или судске поступке ради зашти-

² „Службени гласник БиХ – МУ“, бр. 8/08.

те животне средине могу да иницирају и невладине организације, које у томе имају све већу улогу. Конвенција је важан међународноправни инструмент који директно доприноси примјени принципа 10 из Рио декларације о животној средини и развоју као главној идеји на којој је заснован овај документ, по којој се питања животне средине најбоље рјешавају уз учешће свих заинтересованих грађана на одговарајућем нивоу. На националном нивоу, то је сваки појединац који треба да има одговарајући приступ информацијама о животној средини којима располажу органи јавне власти, укључујући информације о опасним материјама и активностима у њиховим заједницама као и могућности за учествовање у процесу одлучивања. Од посебног значаја је улога државе да олакша и подстиче јавну свијест и учешће широким стављањем информација на увид.

За остваривање ефикасне заштите животне средине, у оквиру које је заштита шума један од приоритетних циљева, неопходно је прво утврдити узроке који доводе до загађивања, уништавања и прекомјерне експлоатације природних ресурса. Послије тога морају се као приоритети у заштити животне средине одредити дугорочно управљање природним добрима, земљиштем, шумама, водама, са мјерама борбе против загађивања, повећање производње енергије из обновљивих извора, замјена производа од дрвета другим материјалима и слично. Принцип превенције треба да буде идеја водилца сваког законодавца у заштити цјелокупне животне средине, па тако и заштити шума као важног дијела еко-система. Зато експлоатација шума мора бити организована на начин да своди на најмању могућу мјеру промјене у животној средини и ризик по здравље људи и животиња. Све активности које се односе на заштиту шума морају да се спроводе уз строго поштовање законом утврђених поступака, планских задатака, превентивних мјера и уз стално подизање еколошке свијести становништва. Тек у другом плану, али не и споредном колосијеку, треба да буду мјере заштите шума које се предузимају путем прекршајног и кривичног законодавства. Кривичноправна заштита мора бити прилагођена међународним стандардима и захтјевима које је савремено човјечанство исказало кроз одговарајуће међународне акте, а наша држава их ратификовала или тежи њеном прихватању. Управо у зони заштите животне средине и шума законодавство Републике Српске не прати савремене токове. Кривична дјела не одговарају савременом технолошком и економском развоју и новим друштвено-економским односима. Чини се да је законодавац остао заробљен у прошлости и да

свјесно или несвјесно препушта кривичноправну заштиту застарјелим механизмима који не могу да одговоре савременом криминалитету који пријети шумском богатству. Умјесто да иде у правцу њеног јачања, законодавац чини неке кораке који, по нашем мишљењу, слабе кривичноправну заштиту. Зато ћемо у наредном тексту као примјер лоше легислативе обрадити кривична дјела шумске крађе и пустошења шума, као класична дјела ове врсте криминалитета у кривичном законодавству Републике Српске.

2. Кривична дјела против животне средине

Животна средина или околина јесте све оно што нас окружује и сачињава, а чим је непосредно или посредно повезана човјекова животна и производна активност, коју чини скуп природних и човјечијим радом створених вриједности, а чији сложени међусобни односи чине простор и услове за живот. Животну средину чини природа, која је постојала далеко прије појаве човјека и све оно што је човјек у међувремену изградио својим радом уз помоћ технике и науке, стварајући и прилагођавајући животну средину својим потребама. Човјек својим активностима мијења окружење, при томе често нарушавајући природну средину изградњом путева, спортских терена, акумулационих језера, хидроелектрана, сјечом шума, пошумљавањем, експлоатацијом рудног богатства, стварањем депонија, емисијом гасова, и слично. То није ограничено само на мањи простор, већ се човјеков утицај често и све више испољава на промјену читавих подручја, тако да услед његових активности долази до промјена или нарушавања еко-система и климатских промјена на локалном и глобалном нивоу. Животна средина је специфични ресурс за настанак, развој и опстанак људског живота, а њено загађивање представља нужност. Суштина проблема је како остварити одговарајући однос између економски оправданог мијењања животне средине и штете која тиме настаје. То је задатак више научних дисциплина, а прије свега друштвене свијести да се искоришћавање и мијењање животне средине врши на такав начин да се она сачува од уништења и загађења.

Заштитни објект кривичних дјела против животне средине јесте животна средина као један скуп природних и човјековом дјелатношћу створених вриједности, које чине животни простор и животне услове у којима се одвија живот. Схваћена на овај начин, животна средина се одређује својим квалитетом као стањем које се исказује различитим па-

раметрима попут физичких, хемијских, биолошких и других. Чиниоци животне средине су земљиште, вода, ваздух, флора и фауна, који су садржани у литосфери, педосфери, хидросфери, атмосфери, биосфери и техносфери (радом створених вриједности). Када говоримо о објекту заштите кривичних дјела против животне средине, то рјеђе може да буде сва животна средина или, што је чешће у домаћем и страном законодавству, то су њени поједини видови као што су вода, ваздух, земљиште, шуме и слично. Овако схваћене вриједности животне средине штите се домаћим и међународним кривичним и еколошким правом. Заштита животне средине уређена је великим бројем законских и подзаконских прописа, који су мање или више усклађени са међународним универзалним и регионалним правом. Што је друштво развијеније, богатије и освјешћеније, то је и ниво заштите животне средине, укључујући шумско богатство, бољи и цјеловитији.

Животна средина штити се од свих облика загађења које настаје уношењем материја или енергије људском дјелатношћу или природним процесима, које је загађују и остављају штетне последице на њен квалитет и здравље људи али и од уништавања њених дијелова или цјелине на одређеном дијелу територије или у цијелој држави. Појам загађења разликује се од појма деградације животне средине кроз нарушавање њеног квалитета насталог природном или људском активношћу или као последица непредузимања мјера ради њене заштите. Овдје можемо сврстати непланску сјечу шумских стабала, крчење, паљење и планско или немаром узроковано уништавање површина под шумом.

Поред заштите животне средине, увијек се посредно као објект заштите јавља и здравље индивидуално неодређеног броја људи. Кривична дјела против животне средине најчешће су одређена бланкетном диспозицијом, што значи да њихову радњу извршења представља свака дјелатност чињења или нечињења којом се крше прописи из области еколошког права.

Од кривичних дјела против животне средине разликују се еколошки деликти (делинквенција) као цјелокупност људских понашања која се повређују или угрожавају друштвене вриједности које одређују услове за очување, унапређење и заштиту животне и радне средине. У оквиру еколошких деликата разликују се еколошка кривична дјела и еколошки прекршаји, који нису предмет нашег рада. Сама еколошка кривична дјела можемо подијелити на права или чиста еколошка кривична дјела (еколошка кривична дјела у ужем смислу) и неправна или релативна

еколошка кривична дјела (еколошка кривична дјела у ширем смислу). Права или чиста еколошка кривична дјела систематизована су у Кривичном законнику у групи кривичних дјела против животне средине, а неправна или релативна еколошка кривична дјела предвиђена су у другим групама кривичних дјела у оквиру Кривичног законика или у споредном, допунском или помоћном кривичном законодавству. Ова су дјела посредно управљена против животне средине, али се уз ову вриједност као претежан, примаран или превалентан објект заштите јављају друге друштвене вриједности, чији значај одређује да она и буду систематизована у те друге групе кривичних дјела, као што су нпр. дјела против здравља људи, дјела против опште сигурности људи или имовине и слично³.

Посљедица кривичних дјела против животне средине одређена је као угрожавање животне средине и здравља људи, са апстрактном или конкретном опасношћу. Поједина кривична дјела из ове главе имају посљедицу у виду повреде заштићеног добра: загађење животне средине у цијелости или њених појединих дијелова. Тако се посљедица одређује као загађење ваздуха, воде или земљишта, уништење животињског или биљног свијета, угинуће већег броја животиња или риба или друга знатна штета.

За већину ових кривичних дјела не тражи се посебно својство извршиоца и њих може да изврши свако лице, док само код појединих дјела као учинилац може да се јави одређено лице које има својство службеног или одговорног лица. Ова се кривична дјела могу извршити са умишљајем или из нехата, као облицима кривице.

Кривична дјела против животне средине, као посебна група кривичних дјела, нису постојала у нашем ранијем кривичном законодавству. У републичком и покрајинском кривичном законодавству бивше СФРЈ кривична дјела пустошење шума и шумска крађа била су прописана у групи кривичних дјела против привреде. То нам говори да нису постојала као права или чиста еколошка кривична дјела (еколошка кривична дјела у ужем смислу), већ као неправна или релативна еколошка кривична дјела (еколошка кривична дјела у ширем смислу), јер су предвиђена у другим групама кривичних дјела којима се првенствено штите друге вриједности. Овако конципирана законска структура истицала је као доминантан заштитни објект привреду, док се животна средина штитила

³ Јовашевић, Митровић, Икановић, 2017, стр. 315–316.

посредно. Сва ова законодавства познавала су кривична дјела шумске крађе и пустошења шума са скоро идентичним елементима бића, квалификованим облицима и запријеђеним казнама. То је резултат подијељене надлежности између федерације и република у области кривичног законодавства према Уставу из 1974. године и преузимања кривичних дјела из ранијег јединственог Кривичног законика СФРЈ.

3. Кривично законодавство Републике Српске

У Кривичном закону Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине од 10. јуна 1977. године⁴ (КЗ СР БиХ) била су прописана кривична дјела пустошење шума (члан 142) и шумска крађа (члан 143). Овај закон преузела је, након оснивања, и Република Српска. Кривично законодавство Републике Српске обезбјеђивало је заштиту шума, прво преузетим Кривичним законом СР БиХ (Кривични закон Републике Српске – Посебни дио) у глави кривичних дјела против привреде (пустошење шума и шумска крађа). Доношењем Кривичног законика Републике Српске 2000. године,⁵ ова кривична дјела сврстана су у главу кривичних дјела против животне средине, као и у Кривичном закону Републике Српске из 2003. године⁶. Ситуација се мијења доношењем новог Кривичног законика Републике Српске из 2017. године,⁷ када у групи кривичних дјела против животне средине остаје само кривично дјело пустошења шума, док је кривично дјело шумске крађе сврстано у главу кривичних дјела против имовине и то само прописивањем посебних казни, а не и посебних потпуних елемената бића тог дјела. О разлозима и ефектима оваквог законодавног уређења говорићемо и у сљедећим поглављима, у којима ћемо обрадити ова кривична дјела у законодавству Републике Српске.

4. Кривично дјело пустошење шума

Кривично дјело пустошење шума представља чисто кривично дјело против животне средине или еколошко кривично дјело. Као што

⁴ Службени лист СР Босне и Херцеговине, бр. 16/77.

⁵ Службени гласник Републике Српске, бр. 22/00.

⁶ Службени гласник Републике Српске, бр. 49/03, 37/06, 70/06, 73/101/12 и 76/13.

⁷ Службени гласник Републике Српске, бр. 64/2017, 104/2018 – одлука УС, 15/2021 и 89/2021.

смо већ рекли, оно је постојало и у нашем ранијем кривичном праву у другој групи кривичних дјела против привреде. По својим карактеристикама је специфично кривично дјело и као такво заслужује посебну пажњу законодавца али и научне и стручне јавности која се бави овом врстом криминалитета. Код ових кривичних дјела, без обзира на то у којој се групи налазила, интерес учиниоца није увијек јасно видљив јер се он често не састоји у прибављању неког вида директне имовинске користи. Ова корист може бити различита, прикривена, а често и не мора да се оствари као материјална корист, већ се може састојати само у наносењу штете другом, затим то може да представља задовољство за учиниоца кривичног дјела због његове психичке склоности – маније. Сама корист не мора да се прибави одмах или у блиској будућности, већ може да се оствари и након извјесног времена формирањем пашњака или обрадивог земљишта на мјесту гдје је била шума. То може и да буде из освете према власнику шума само да му се нанесе штета или да на тај начин власник сусједног земљишта отклони сјен (хлад) који шума прави његовом обрадивом земљишту и усјевима или из чисте злобе и зависти што неко има добру шуму или пак да се на мјесту гдје су стабла створи слободан простор за пут или нешто друго и слично. Зато је приликом прописивања овог кривичног дјела и одређивања елемената његовог бића потребно добро познавати суштину пустошења шума као културолошке категорије у нашем народу, која припада нечему што је подмукло, злобно, долозно и као такво изложено најоштријој осуди његовог починиоца од стране већине становника једне средине. Ради тога радње пустошења се могу проширивати јер се и развојем науке и технике шири и круг средстава извршења (залијевање коријена машинским уљем, хербицидима, пржење струјом, изваљивање трактором или багером и слично) али с друге стране се заштитни објекат не смије проширивати изван онога што је шума. Ту мислимо на дрвореде, паркове и друге површине са стаблима. То не значи да ова стабла не заслужују заштиту, понекад и посебним кривичним дјелом, али никако њиховим сврставањем у оквиру овог објекта заштите. Та стабла једноставно нису шума, њихов значај није као што је то значај шумских стабала и учинилац их не напада са оним умишљајем или са циљем којим напада стабло у шумском комплексу. О томе смо већ дјелимично говорили у претходном дијелу рада али је неопходно да сада прикажемо развој овог кривичног дјела у Кривичном законодавству Републике Српске.

Као што смо већ рекли, Република Српска је преузела кривично законодавство Социјалистичке Републике Босне и Херцеговине (СР БиХ) и наравно кривично законодавство СФРЈ. Према Кривичном закону Републике Српске – Посебни дио (преузети КЗ СР БиХ), кривично дјело пустошења шума из члана 142 било је, као и у ранијем закону, у групи кривичних дјела против привреде. Дакле, законодавац је шумама давао првенствено привредни значај, као извору сировина за индустрију и извоз обловине и дрвних сортимената, а не као ресурсу који је важан дио животне средине. Радња извршења одређена је као пустошење шуме, која се може предузети једним од алтернативно предвиђених начина: сјечом или крчењем шума, подбјељивањем стабала или на други неодређени начин (став 1). За ово кривично дјело била је прописана казна затвора до једне године. У ставу 2 прописан је тежи облик дјела који је постојао ако је дјело из претходног става учињено у заштитној шуми, националном парку или у другим шумама са посебном намјеном и за то се дјело кажњавало строжом казном, од три мјесеца до три године. За постојање кривичног дјела пустошења шума извршеног сјечом противно прописима или наредбама надлежних органа, потребно је да су сјечом оборена стабла у шуми на таквом мјесту да према броју стабла и површини која је захваћена сјечом, та сјеча представља пустошење шуме. Дакле, није било довољно само да се посијече једно стабло јер природа ће то надокнадити и шума неће бити опустошена, већ је потребно да остане већа голет или на мјесту гдје недостатак те шуме изазива друге посљедице или се тешко обнавља.

Кривични законик Републике Српске из 2000. године први пут у домаћем законодавству, у глави тридесет трећој, као групни заштитни објект уређује кривична дјела против животне средине, гдје у члану 425 прописује и кривично дјело пустошење шуме. Тиме се оно јасно одређује као чисто кривично дјело против животне средине јер се шума штити прије свега као дио животне средине, са свим вриједностима које из тога произлазе. То значи да се кривичним законодавством доминантно штити животна средина, а посљедично уз то и привреда и имовина. Само дјело се састоји у вршењу сјече или у крчењу шуме, у подбјељивању стабала, у пустошењу шуме на други начин или у обарању више стабала у парку или дрвореду супротно прописима или наредбама надлежних органа⁸. Примарни објект заштите је шума као свако земљиште које је обрашло

⁸ К. Турковић, Коментар Казненог закона, Загреб, 2013, стр. 280.

шумским дрвећем. Међутим, по први пут законодавац непотребно, из разлога о којима је било говора, проширује објект заштите и на парк или дрворед. Да би се радило о оштећењу или уништењу, оно мора да буде у већем обиму, што представља фактичко питање у сваком конкретном случају. Радња извршења одређена је алтернативно као сјеча или крчење шуме, подбјелјивање стабала, обарање више стабала у парку или дрвореду и на други начин. За постојање кривичног дјела довољно је да учинилац предузме само једну од тих радњи, а ко предузме више радњи неће се радити о реалном већ привидном стицају и кривично дјело ће се квалификовати према оној радњи која је доминантна (нпр. подбјелјивање). Битно је да се радња извршења предузима супротно прописима или наредбама надлежних органа, што указује на бланкетни карактер самог дјела. Ово кривично дјело може извршити свако лице са умишљајем. Остаје нејасно зашто законодавац у елементе бића овог кривичног дјела уноси радњу обарања која је својствена кривичном дјелу шумске крађе због његовог дистанцирања од кривичног дјела обичне крађе. Што се тиче запријеђене казне, сада се за ово дјело кажњава новчаном казном или казном затвора до једне године.

Квалификовани облик дјела, за који је прописана казна затвора од три мјесеца до три године, постоји ако је радња извршења предузета у заштићеној шуми, националном парку и у другим шумама са посебном намјеном, што мора бити обухваћено умишљајем учиниоца.

У процесу хармонизације кривичног законодавства у Босни и Херцеговини донесен је 2003. године и нови Кривични закон Републике Српске. Овај закон је у глави тридесет трећој задржао ранију концепцију прописивања посебне групе кривичних дјела против животне средине и у оквиру те групе дјела, на идентичан начин као и у претходном Кривичном законнику, прописао кривична дјела пустошења шума у члану 431 и шумске крађе у члану 430. Закон је у међувремену мијењан неколико пута али без измјене у дијелу који се односи на кривична дјела пустошења шума и шумске крађе.

Кривични законик Републике Српске из 2017. године задржава кривично дјело пустошења шума у члану 388 у групи кривичних дјела против животне средине, глава двадесет девета, са истим елементима бића основног и квалификованог облика дјела.

Међутим, слиједећи тренд поштравања кривичноправне репресије изражен у том закону, за основни облик кривичног дјела прописује казну затвора од шест мјесеци до три године, а за квалификовани облик

од једне до пет година⁹. Сматрамо да се ово поштравање са становишта превенције може оправдати јер су та дјела према општим сазнањима у порасту али оно, као и сва досадашња законска рјешења, није засновано на статистичким, социолошким, криминолошким и другим неопходним истраживањима која треба да претходе оваквом захвату у казнене окви-ре. Ово дјело је увијек било спорадичнио, док је кривично дјело шумске крађе било срж проблема и представљало највећу опасности по шуму и шумско богатство. Зато се ширење казнене репресије показује као потпуно непознавање суштине проблема и чисто законодавна популистика, лишена реалне животне подлоге, која не служи оној сврси и циљу која треба да се постиже кривичним законодавством.

5. Кривично дјело шумска крађа

У давна времена није се размишљало о заштити животне средине нити је постојао тај појам али добро се знало да без дрвета није могуће преживјети зиму, припремити храну, убрати плодове, пронаћи пчеле и мед, изградити стамбене и привредне објекте, мостове, бродове и слично. Зато су шуме одувијек уживале посебну заштиту својих власника и државе од неовлашћене сјече. Шуме су биле станишта дивљачи којом су се људи још од првобитне заједнице прехрањивали, а касније цареви и краљеви уживали у лову који је на племениту дивљач био резервисан само за њих. Шуме су служиле као склоништа за вријеме ратова и буна и штитиле становништво од истребљења. Упоредо са тим, шуме су крчене како би се добила обрадива површина за усјеве и пашњаци за стоку, па је одувијек постојао проблем одговарајућег односа између користи од смањења површине под шумом њеним крчењем и сјечом и заштите задржавањем или повећањем постојећих површина. Са напретком науке развила се свијест и о њиховој улози у заштити животне средине, о чему смо већ раније говорили. Зато је држава уз помоћ науке преузела улогу у уређењу искоришћавања шума, пошумљавања голети и заштити шума од неовлашћене сјече и крчења. Све то је регулисано посебним законима о шумама, правилницима и другим подзаконским актима. Многи од тих прописа усклађени су и са међународним актима о заштити животне средине, јер је заштита шума интерес цјелокупног човјечанства.

⁹ Д. Јовашевић, Љ. Митровић и В. Икановић, Коментар Кривичног законика Републике Српске. 1. издање, Службени гласник Републике Српске, Бања Лука, 2017. стр. 694–695.

У заштити шума путем кривичног законодавства одувијек је посебно мјесто заузимало кривично дјело шумске крађе, као један од привилегованих облика крађе. Доласком Аустроугарске монархије на просторе Босне и Херцеговине, чврстом законском регулативом уређен је статус шума и шумског богатства. Аустроугарска није само експлоатисала шуму и шумско богатство, као што се то често неистинито приказује, већ је низом закона уредила њену планску експлоатацију, заштиту и обнављање. Понашајући се као да је ова територија за сва времена њена, она је уредила заштиту шуме путем планске и контролисане експлоатације али и пошумљавања, које превазилази број посјечених стабала и на тај начин повећавала површине под шумама, а што се не би могло рећи за наше понашање посљедње деценије прошлог и првих деценија овог вијека. У тој заштити, поред строге лугарске службе, кривичноправна заштита имала је важну улогу. У кривичноправној заштити владар је настојао да поступа разумно, цијенећи и положај својих, махом сиромашних поданика, који нису имали шуме да обезбиједи огрев за зиму. Да би им омогућио да презиме, дозвољавао је да свако домаћинство усијече у државној шуми онолико дрвета колико му је потребно да презими. С обзиром на то да су то била мала домаћинства, мале куће и скромна потрошња, то су и количине за данашње појмове биле мале и кретале се до једног кубног метра. То су дуго времена задржале и нове власти на овим просторима, у посљедње вријеме неоправдано вишеструко повећавајући ту количину, о чему ће бити говора касније. Законодавац Републике Српске је чак ово дјело утопио у кривично дјело крађе, не поштујући или не схватајући његову суштину и циљ прописивања као посебног кривичног дјела. На ово указујемо због тога да се лакше схвати зашто је кривично дјело шумске крађе издвојено из кривичног дјела крађе у посебну групу кривичних дјела, као један од њених привилегованих облика.

У преузетом Кривичном закону Републике Српске – Посебни дио, кривично дјело шумске крађе из члана 143 било је, као и у ранијем закону СР БиХ, у групи кривичних дјела против привреде. Радња извршења одређена је као обарање једног или више стабала у шуми у количини дрвета која прелази два кубна метра, ако се обарање врши ради крађе, дакле ради прибављања противправне имовинске користи (став 1). Под бићем кривичног дјела подразумијева се само скуп објективних и субјективних обиљежја, које излазе из законског описа и дефинишу као диферентна обиљежја, такође успостављају разлику тог дјела од свих других. Због тога се суштина дјела шумске крађе не може редуковати само на оба-

рање једног или више стабала у (туђој) шуми преко одређене количине, премда стоји да је ово дјело довршено самим обарањем стабала.

За постојање дјела обарање стабала мора се учинити “ради крађе”. То је дакле, финална дјелатност или дјелатност усмјерена ка тачно одређеном циљу који се, у моменту извођења саме дјелатности (тј. обарање стабала) мора одразити у релевантним секторима (свијест и вољи) психе учиниоца. Ради се у ствари о томе да је законодавац из бића кривичног дјела крађе издвојио посебно биће кривичног дјела шумске крађе, које је дефинисано посебним објектом (стабло у шуми) и особеним моделом радње извршења, примјереним специфичности самог дјела и тако у коначном резултату, успоставио један специјални, привилеговани облик кривичног дјела крађе. Овдје се, дакле, ради односу општег и специјалног дјела, а по диктату суштине овог односа, стицаја између тих дјела нема и може постојати само специјално дјело.

Кривично дјело шумске крађе може се извршити само са умишљајем. Да би ово дјело постојало, обарање стабала мора се учинити “ради крађе” то је, дакле, финална дјелатност или дјелатност усмјерена ка тачно одређеном циљу, који се у моменту извођења саме дјелатности (тј. обарање стабала) мора одразити у релевантним секторима (свијести и воље) психе учиниоца. Одузети (у смислу кривичног дјела крађе) значи прекинути туђе и засновати своје притежење на покретној ствари. Учиниоца већ у самом моменту обарања стабла прекида туђе и заснива своје притежење на стаблу. Већ у овој тачки, а ријеч је о радњи извршења, дјело шумске крађе захтијева дјело крађе и битно укида његову аутономност. Уколико учинилац у вријеме извршења дјела није био свјестан да обара дрво у туђој шуми, пошто је био у ујверењу да је шума његово власништво, тада би се он стварно налазио у заблуди која искључује умишљај, а тиме и кривичну одговорност за дјело шумске крађе.

Код кривичног дјела шумске крађе количина одузетог дрвета мора бити изражена у кубним, а не у просторним метрима. За ово кривично дјело била је прописана новчана или казна затвора до једне године. У ставу 2 прописан је тежи облик дјела који је постојао ако је дјело из претходног става учињено у намјери продаје обореног дрвета или количини већој од пет метара или у заштитној шуми, националном парку или у другој шуми са посебном намјеном и за то се дјело кажњавало строжом казном од три мјесеца до три године.

Кривични законик Републике Српске из 2000. године, као што смо већ рекли, први пут у домаћем законодавству, у глави тридесет трећој,

као групни заштитни објект уређује кривична дјела против животне средине, гдје у члану 424 прописује и кривично дјело шумске крађе. Тако се оно први пут, заједно са кривичним дјелом пустошења шума, издваја у посебну групу и одређује као чисто кривично дјело против животне средине.

Елементи бића основног кривичног дјела остали су потпуно исти као и код кривичног дјела шумске крађе у претходном закону, осим што се тражи да је количина обореног дрвета, умјесто од два, већа од три кубна метра, а за квалификовани облик захтијева да је количина обореног дрвета већа од осам кубних метара, умјесто ранијих пет. Такође, казне су сада строже и за основни облик из става 1 забрањена је новчана казна или казна затвора до двије године, а за тежи облик из става 2 казна затвора од шест мјесеци до пет година и новчана казна.

Кривични закон Републике Српске из 2003. године је у глави тридесет трећој задржао посебну групу кривичних дјела против животне средине и на исти начин као и у претходном закону прописао кривично дјело шумске крађе у члану 430. У међувремену је мијењан неколико пута али без измјена у дијелу који се односи на ово кривично дјело.

Кривични законик Републике Српске из 2017. године из необјашњивих разлога прави радикалан заокрет и кривично дјело шумске крађе, као посебно кривично дјело, брише из групе кривичних дјела против животне средине и законика уопште. Он у глави двадесетој, у групи кривичних дјела против имовине код кривичног дјела крађе из члана 224 став 3, прописује кажњавање новчаном или казном затвора до једне године оног ко ради крађе обори стабла у количини већој од пет кубних метара.¹⁰ У ставу 4 прописано је да ће се казнити казном затвора од једне до пет година и новчаном казном онај ко дјело из става 3 учини у намјери да оборено дрво прода или ако је количина обореног дрвета већа од петнаест кубних метара или је дјело учињено у заштитној шуми, националном парку или другој шуми с посебном намјеном. Сљедећим ставом 4 прописује се кажњавање казном затвора од три до десет година и новчаном казном, ако је дјело из става 3 учињено у намјери да се оборено дрво прода и ако је количина обореног дрвета већа од сто кубних метара. Дакле, овдје законодавац не прописује посебно кривично дјело шумске крађе већ само прописује кажњавање ако су предмет крађе стабла у шуми.

¹⁰ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, Коментар Кривичног законика Републике Српске. 1. издање, Службени гласник Републике Српске, Бања Лука, 2017. стр. 428 – 429.

Овакво рјешење је погрешно и погубно за заштиту шуме и животне средине и представља резултат потпуног несхватања разлога и потребе постојања кривичног дјела шумске крађе, као посебног кривичног дјела у групи кривичних дјела против животне средине. Објект заштите кривичних дјела против имовине јесте имовина или право на имовину као једно од основних, природних, универзалних људских права. Кривичним дјелом шумске крађе штитила се и имовина, као што се она штити и низом других кривичних дјела која су сврстана у друге групе кривичних дјела. Међутим, овдје није примарни интерес заштита имовине већ заштита шуме као дијела животне средине, а у спречи са другим законодавством које ту заштиту обезбјеђује. Због тога је кривично дјело шумске крађе и постојало као посебно кривично дјело са бланкетном диспозицијом и могло се починити само ако учинилац повриједи или поступи супротно прописима који уређују област заштите и газдовања шумама. Овако огољено и у имовинске деликте смјештено сјело не служи ничему, већ само представља један неуспјели експеримент законодавца који не води рачуна о правилима науке кривичног права и рјешењима у упоредном законодавству. Посебно чуди и забрињава олако повишење количине обореног дрвета на пет кубних метара код првог степена кажњавања, а чак петнаест и сто кубних метра код прага теже запријеђених казни. Ово степеновање је можда имало смисла када је то било посебно кривично дјело, а сада је лишено било какве логике и сврхе и судара се са одредбом става 2 тог члана да се, ако је прибављена корист од 300 КМ, кажњава новчаном казном или казном затвора до једне године и става 8 да се за то дјело гони по приједлогу. Не смијемо заборавити да се у бившој СФРЈ (СР БиХ) пошло од једног кубног метра за основни облик, а пет кубних метара за тежи облик, док сада олако подижемо количину која је потребна за постојање кривичног дјела. У вријеме када се сјеча врши моторним тестерама, превоз специјалним и снажним возилима са великим капацитетом, отвара се пут за велике злоупотребе и бјесомучну пљачку шумског блага и уништавање шумског покривача. То значи да камион натоварен обловином до пет кубика може сасвим мирно да сваки дан извози из шуме најквалитетније дрво, а да за то учинилац евентуално буде само прекршајно кажњен. Ово је примјер како лоша законска норма погодује учиниоцима кривичних дјела и не штити основно благо једне државе и народа, као економску вриједност и, што је још важније, дио животне средине.¹¹

¹¹ В. Икановић, (2018). Нова кривична дјела против имовине у кривичном законнику

Овакво законско рјешење било је у радовима појединих аутора подвргнуто озбиљној критици¹². То није једино контроверзно рјешење у законику тако да је, неубичајено за један системски закон који је представљен као капитално дјело високе вриједности, веома брзо дошло до његових измјена. Те измјене које су услиједиле 2021. године поново у члану 224а као посебно дјело враћају кривично дјело шумске крађе. Али законодавац је из необјашњивих разлога и даље остао досљедан да га прописује у групи кривичних дјела против имовине, а не у групи кривичних дјела против животне средине. Законодавац тиме показује да шуму посматра као извор материјалне користи, богаћења и прије свега као ресурс за добит и пословање, а не као дио животне средине без кога нема опстанка. Због небриге за шуму, немилосрдног експлоатисања, голе сјече и шпекулација због којих су шумска газдинства на рубу пропасти, све то је и потврђено. Значи, сада умјесто прописивања посебног кажњавања за одређен облик крађе (шумских стабала) у оквиру кривичног дјела крађе, закон ствара ново кривично дјело шумске крађе у групи имовинских кривичних дјела.

Сву своју недосљедност, затвореност за аргументоване критике на рачун промашених рјешења и лутање у једној осјетљивој материји, законодавац посебно показује прописивањем другачије количине обореног дрвета и другачијих казнених оквира од оних које је прописивао само двије године раније у основном тексту Законика. Кривично дјело из става 1 сада чини ко ради крађе у шуми обори стабла у количини већој од пет кубних метара и он ће се казнити новчаном казном или казном затвора до двије године (у основном тексту новчана казна или казна затвора до једне године). Тежи облик из става 2 постоји ако је дјело из става 1 овог члана учињено у намјери продаје или ако је количина обореног дрвета већа од двадесет кубних метара (раније петнаест), и за њега је прописана кумулативна казна затвора од једне до пет година и новчана казна (исто као у основном тексту). Још тежи облик је прописан у ставу 3 ако је дјело из става 1 или 2 овог члана учињено у заштитној шуми, националном парку или другој шуми с посебном намјеном, или ако је количина обореног дрвета већа од сто кубних метара, а учинилац ће се тада казнити кумулативно казном затвора од двије до осам година и новчаном казном (у основном тексту кумулативно казна затвора од три

Републике Српске, Правна ријеч, Бања Лука, 2018, стр. 58 – 60).

¹² *Ibid*, стр. 53 – 68.

до десет година и новчана казна). У ставу 4 прописано је обавезно одузимање стабала. Сво лутање законодавца видљиво је из тога што само годину дана послије доношења ранијег законика, умјесто количине од петнаест кубних метара, у ставу 2 његових измјена одређује количину од двадесет кубних метара дрвета.

Шта је било пресудно да се сада подиже праг кажњивости и тиме ублажава репресија по основу оборене количине дрвета остаје нејасно, јер за то предлагач закона није дао образложење. Посебан проблем представља необјашњиво мијењање казних распона гдје се за основни облик дјела прописује виши посебни максимум од двије године умјесто ранијег од годину дана. С друге стране, када се украде више кажњава се блаже јер у ставу 3 посебни максимум се са казне затвора од десет година смањује на казну затвора од осам година затвора. Наравно, и за ово изостаје образложење предлагача закона.

Сматрамо да је необјашњиво лутање законодавца око дефинисања заштиног објекта кривичног дјела шумске крађе, његово неоправдано сврставање у групу кривичних дјела против имовине и неодговарајуће одређивање елемената бића тог дјела и казних оквира, проузроковало правну несигурност и ослабило кривичноправну заштиту шуме и шумског богатства Републике Српске. Томе је посебно допринијело подизање потребне количине обореног дрвета да би се остварила обиљежја кривичног дјела у ситуацији када су шуме нападнуте од крадљиваца више но икад у нашој историји. И умјесто да ту количину снижава и тиме проширује праг репресије и појачава заштиту, законодавац иде у супротном смјеру. Повећање казних распона представља својеврсан смоквин лист за лоше законско рјешење у том сегменту и не надокнађује пропуст у заштити изазван смањењем количине обореног дрвета. Овако се на кривичноправну област проширује зона прекршајне заштите, која је потпуно неадекватна у заштити од радњи које традиционално представљају кривичноправну материју. Сјетимо се само да је некада законодавац пошао од количине обореног дрвета од једног кубног метра и то у вријеме када смо били богатији шумама, а оне биле мање изложене крађи и самовољној експлоатацији.

Закључак

Један од незамјењивих инструмената којима се штити шума и шумско богатство сваке државе јесте и кривично право. У ранијем кривичном законодавству, поред осталих кривичних дјела, та је заштита обезбјеђивана прописивањем кривичних дјела шумске крађе и пустошења шума. Ова кривична дјела била су прописана са јасним и примјереним елементима, као и санкцијама које су се за та дјела могле изрећи њиховим учиниоцима. Развој друштва, технике, производње и осталих дијелова захтијевао је одређена прилагођавања којима би се та заштита употпунила и проширила.

Значајан корак у том правцу учињен је када су ова два дјела 2000. године сврстана у посебну групу кривичних дјела против животне средине. Пропуштено је да се последије тога заштита прошири код пустошења шума њиховим уништавањем ради израде забавних паркова, стаза за мото трке, пошумљавањем страним врстама дрвећа (пауловнија и слично) које није са нашег подручја, а шкоди биотопу одузимајући му воду, мијењајући станишта животињских врста и ускраћујући им опстанак, изградњом топлана које користе дрвну масу у несразмјерним количинама и слично. Код кривичног дјела шумске крађе, умјесто да се вратимо на почетни праг количине обореног дрвета од једног кубног метра и три метра код квалификованог облика, кренуло се супротним смјером, повећавањем те количине. Тако се сада дешава да камион натоварен трупцима или огревним дрветом од пет кубика сасвим мирно свакодневно пролази поред полиције, чувара шума, јер је то дозвољено, односно може само да представља прекршај. И тако сваки дан по један прекршај, а нигдје кривичног дјела и шуме полако нестају. Сматрамо да је ово црвена линија која тражи хитну законодавну реформу у овом дијелу од стране струке која ће цијенити стање ствари на терену, консултовати стручњаке из шумарства и имати у виду рјешења из упоредног права али и међународне конвенције из ове области. Залажемо се за корјенито редефинисање кривичног дјела пустошења шума враћењем старих елемената и допуњавањем оних који су условљени савременим развојем. С друге стране, код кривичног дјела шумске крађе неопходно је хитно смањивање количине обореног дрвета код основног облика на један метар кубни а код квалификованог на три кубна метра. Треба имати у виду да се шума сада најмање краде ради сопственог огрева већ ради прибављања енормне имовинске користи. Када се све то уради, по-

већање казних распона остаје беспредметно и без значајнијег утицаја на заштиту шума.

Литература:

1. Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2017). Кривично право Републике Српске: посебни део. Бања Лука: Паневропски универзитет Апеирон (Бања Лука: Едиција Правна библиотека – Софоклес, књ. 41, 1. изд.).
2. Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2018). Коментар Кривичног законика Републике Српске. 1. изд. (Бања Лука: Службени гласник Републике Српске).
3. Икановић, В. (2018). Нова кривична дјела против имовине у кривичном законнику Републике. (Бања Лука: Правна ријеч: часопис за правну теорију и праксу).
4. Турковић, К. et al. (2013). Коментар Казненог закона. (Загреб).

Закони

1. Кривични закон СР БиХ („Службени лист СР Босне и Херцеговине“, бр. 16/77).
2. Кривични закон Републике Српске – Посебни дио („Службени гласник Републике Српске“, бр. 21/92).
3. Кривични законик Републике Српске (Службени гласник Републике Српске, бр. 22/00).
4. Кривични закон Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 49/03, 37/06, 70/06, 73/101/12 и 76/13).
5. Кривични законик Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 64/2017, 104/2018 – одлука УС, 15/2021 и 89/2021).

Prof. Veljko Ikanović, Ph. D¹³

**THE CRIMINAL OFFENSE OF FOREST THEFT AND
DEVASTATION OF FORESTS IN THE CRIMINAL LEGISLATION
OF THE REPUBLIC OF SRPSKA**

***Abstract:** In the paper, the author talks about the protection of forests in the Republic of Srpska through criminal legislation, which he observes within the framework of technological progress, economic needs, property transformation and the amended provisions of the criminal legislation that have been implemented. By studying only two criminal acts, forest areas and forest devastation, which relates to forest protection, he observes that the legislator does not follow the needs imposed by the modern development of society, but in the criminal legislation, the legality of state care and state retention. dreams of the existing provisions do not act in the interest of better protection of these common goods. For inexplicable reasons, in the last six years, the legislator made changes to the criminal offense twice, transferring it from the group of criminal offenses against the environment to the group of criminal offenses against property. This decision, for which the criminal-political reasons are not clear, can be addressed in a series of discussions, but not a single justification. With the aim of improving the criminal justice protection, the contemporary critically examines the changes made and gives suggestions in which direction they should move.*

***Key words:** forest, protection, theft, devastation, legislation.*

¹³ Judge of the Supreme Court of Republic of Srpska

SISTEM MEĐUNARODNIH STANDARDA I RAČUNARSKA KRIVIČNA DELA¹

Prof. dr Dragan Jovašević²

***Apstrakt:** Savremeno krivično zakonodavstvo niza razvijenih država u Evropi u sistemu krivičnih dela predviđa krivičnu odgovornost i kažnjivost za više računarskih krivičnih dela. Osnovu za njihovo kažnjavanje predstavljaju evropski standardi. Naime, Budimpeštanska konvencija uspostavila je pravila za propisivanje pojedinih računarskih krivičnih dela u nacionalnom zakonodavstvu, za odgovornost fizičkih i pravnih lica kao njihovih učinilaca, te za odmeravanje kazne. Tu se razlikuju dve vrste računarskih krivičnih dela. Jednu vrstu čine postojeća opšta krivična dela koja dobijaju nove oblike ispoljavanja jer se njihova radnja izvršenja preduzima uz pomoć ili upotrebom računara, računarskih sistema, odnosno računarske mreže. Drugu vrstu predstavljaju nova, do sada nepoznata, krivična dela koja se vrše na ovaj način. Svi ovi oblici protivpravnih delatnosti uz pomoć računara, kojima se povređuju ili ugrožavaju prava, interesi ili dobra drugih fizičkih ili pravnih lica, čine računarska krivična dela u čijoj se osnovi nalaze evropski standardi, o čijoj sadržini, karakteristikama i elementima govori ovaj rad.*

***Ključne reči:** računari, zloupotreba, krivično delo, protivpravnost, međunarodni dokumenti, standardi.*

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, email: jovas@prafak.ni.ac.rs.

1. Uvod

Na bazi relevantnih međunarodnih standarda univerzalnog (OUN) i regionalnog karaktera (Savet Evrope) u nizu država je poslednjih decenija izričito propisana krivična odgovornost fizičkih i pravnih lica za različita nedozvoljena, protivpravna ponašanja (činjenja ili nečinjenja) koja su preduzeta (zlo)upotrebom računarskih (kompjuterskih, informatičkih, informacionih, sajber) podataka, sistema ili uređaja. Na taj način neka već postojeća, klasična, opšta, konvencionalna krivična dela dobijaju nove oblike ili vidove ispoljavanja, ali se javljaju i nove inkriminacije kojima se povređuju ili ugrožavaju zaštićena dobra, vrednosti i interesi drugih fizičkih ili pravnih lica, pa i čitavih država, odnosno međunarodne zajednice u celini.

Savet Evrope³ je donošenjem, u prvom redu, Konvencije o viokotehnološkom (kibernetičkom, računarskom, informatičkom, sajber kriminalu) – *Convention on Cybercrime*, ETS 185 od 23. novembra 2001. godine⁴ postavio osnove jedinstvenog evropskog sistema materijalnog i procesnog krivičnog prava u oblasti saradnje država članica u suzbijanju različitih oblika i vidova računarskog (kibernetičkog, sajber, kompjuterskog, informacionog, informatičkog) kriminaliteta. Pri tome je sama evropska konvencija, poznata kao Budimpeštanska konvencija (čl. 2–13) propisala više krivičnih dela koja su upravljena protiv tajnosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i sistema. Na ovaj način postavljene su jedinstvene pravne osnove za pojedina nacionalna zakonodavstva država članica ove najbrojnije i najuticajnije političke evropske regionalne organizacije da preciznije odrede pojam, sadržinu, elemente, obeležja i karakteristike, te pojedine oblike ili vidove ispoljavanja različitih računarskih krivičnih dela, kao i da propišu krivične sankcije za njihove učinioce (fizička ili pravna lica)⁵.

2. Računarska krivična dela i evropski standardi

Kao rezultat višegodišnjih aktivnosti različitih međunarodnih subjekata, konačno je krajem novembra 2001. godine u Budimpešti usvojena Konvencija Saveta Evrope o visokotehnološkom kriminalu⁶. Ona predstavlja

³ B. Pavišić, *Kazeno pravo Vijeća Evrope*, Zagreb, 2006, str. 261–265.

⁴ Službeni glasnik Republike Srbije broj 19/2009.

⁵ D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Niš, 2011, str. 116–124.

⁶ M. Matulović, B. Pavišić, *Dokumenta Vijeća Evrope*, Zagreb, 2001, str. 177–185.

osnovni izvor evropskog krivičnog prava ili sistema međunarodnih standarda za sprečavanje i suzbijanje računarskog kriminaliteta u državama na evropskom kontinentu⁷. Konvencija u poglavlju prvom: “Upotreba termina” (član 1) određuje osnovne pojmove vezane za računarski kriminalitet. Prema ovim rešenjima, računarski sistem označava svaki uređaj ili grupu međusobno povezanih ili zavisnih uređaja, od kojih jedan ili više njih, na osnovu programa, vrši automatsku obradu podataka. Računarski podatak označava svako predstavljanje činjenica, informacija ili koncepata u obliku koji je podesan za njihovu obradu u računarskom sistemu, uključujući i odgovarajući program na osnovu koga računarski sistem obavlja svoju funkciju. S druge strane, pojam davalac usluge označava: a) svaki javni ili privatni subjekt koji korisnicima svoje usluge pruža mogućnost komuniciranja preko računarskog sistema i b) svaki drugi subjekt koji obrađuje ili čuva računarske podatke u ime takve komunikacione usluge ili korisnika takve usluge. Konačno, podatak o saobraćaju označava svaki računarski podatak koji se odnosi na komunikaciju preko računarskog sistema, proizvedenu od računarskog sistema koji je deo lanca komunikacije, a u kojoj su sadržani podaci o poreklu, odredištu, putanji, vremenu, datumu, veličini, trajanju ili vrsti predmetne usluge⁸.

Poglavlje drugo Konvencije o visokotehnološkom kriminalu: “Mere koje treba da se preduzmu na nacionalnom nivou”, u prvom delu pod nazivom: “Materijalno krivično pravo” propisuje pojedina računarska krivična dela, koja treba da propišu nacionalna krivična zakonodavstva uz obezbeđenje vrste i mere kazni⁹. Na ovom mestu su postavljene solidne pravne osnove za inkriminaciju pojedinih ponašanja u vezi ili povodom zloupotrebe računara, računarskih podataka ili računarskih sistema u krivičnom zakonodavstvu država članica Saveta Evrope¹⁰. Stoga su brojna rešenja prisutna u uporednom krivičnom zakonodavstvu, koja su zasnovana na ovim standardima, u većoj ili manjoj meri unificirana, odnosno standardizovana¹¹.

⁷ S. Emm Kareklas, Priručnik za krivično pravo Evropske unije, Beograd, 2009, str.94–97.

⁸ D. Jovašević, Računarski kriminalitet u Srbiji i evropski standardi, Evropsko zakonodavstvo, Beograd, broj 47–48/2014, str. 40–56.

⁹ M. Cetinić, Kompjuterska krivična dela i njihovi javni oblici, Pravni život, Beograd, broj 10/1998, str. 259–280.

¹⁰ R. Esser, Europaisches und International Strafrecht, Heidelberg, 2013, str.191–202.

¹¹ N. Tupačevski, Kompjuterski kriminalitet, Godišnjak na Pravniot fakulteta vo Skopje, Skopje, broj 34/1990-1991, str. 201–213.

Konvencija razlikuje sledeće grupe/vrste računarskih krivičnih dela. To su¹²: a) krivična dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i sistema, b) krivična dela u vezi sa računarima, c) krivična dela u vezi sa sadržajem i d) krivična dela u vezi sa kršenjem autorskih i srodnih prava. U sistem krivičnih dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i sistema spadaju sledeća krivična dela¹³: a) nezakonit pristup (član 2), b) nezakonito presretanje (član 3), c) ometanje podataka (član 4), d) ometanje sistema (član 5) i e) zloupotreba uređaja (član 6). Drugu grupu međunarodnih računarskih krivičnih dela predstavljaju: “Krivična dela u vezi sa računarima”. To su¹⁴: a) falsifikovanje u vezi sa računarima (član 7) i b) prevara u vezi sa računarima (član 8). U treću grupu međunarodnih računarskih krivičnih dela pod nazivom: “Krivična dela u vezi sa sadržajem” spadaju krivična dela u vezi sa dečijom pornografijom (član 9)¹⁵. Konačno, Konvencija predviđa (član 10): “Krivična dela u vezi sa kršenjem autorskih i srodnih prava”¹⁶. Za ova računarska krivična dela nacionalna zakonodavstva (član 13) su obavezna da propišu kazne kao “delotvorne, proporcionalne i odvraćajuće sankcije” (lišavanje slobode za fizička lica, odnosno novčanu kaznu za pravna lica).

Pored neposredne radnje izvršenja, kojom su ostvarena obeležja bića konkretnog računarskog krivičnog dela, odeljak peti: “Drugi oblici odgovornosti i sankcije” propisuje (član 11) odgovornost za posebne, specifične oblike ispoljavanja navedenih krivičnih dela. To su¹⁷: a) pokušaj krivičnog dela – umišljajno (sa namerom) započinjanje izvršenja nekog od računarskih krivičnih dela, bez prouzrokovanja krivičnopravno relevantne posledice i b) saučesništvo u obliku¹⁸: 1) pomaganja – kao namerno, umišljajno doprinosenje, omogućavanje, olakšavanje, stvaranje uslova ili pretpostavki drugom licu da izvrši računarska krivična dela i 2) podstrekavanje – kao namerno, umišljajno psihološko uticanje na volju drugog lica da donese novu ili učvrsti

¹² Grupa autora, Handbook of computer crime investigation, San Diego, 2004, str. 61–95.

¹³ K. Ambos, International Strafrecht, Munchen, 2011, str. 312–331.

¹⁴ S. Radulović, Zakonskim promenama ka efikasnijoj borbi protiv visokotehnološkog kriminala, Revija za bezbednost, Beograd, broj 4/2011, str. 282–294.

¹⁵ W. W. Bennett, K. M. Hess, Criminal investigation, Belmont, 2004, str. 106–129.

¹⁶ P. Cullen, Computer crime, Law and the Internet, Regulating Cyberspace, Oxford, 1997, str. 211–214.

¹⁷ B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, Krivično pravo 2, Sarajevo, 2016, str. 189–194.

¹⁸ E. Hilgedorf, B. Valerius, Computer und Internet Strafrecht, Heidelberg, 2012, str. 83–97.

postojeću, nedovoljno čvrstu odluku za izvršenje računarskih krivičnih dela¹⁹.

Za računarska krivična dela, shodno međunarodnim standardima, pored fizičkih lica, treba da odgovaraju i pravna lica (član 12) za što je neophodno ispunjenje sledećih uslova: a) ako je krivično delo izvršeno u njihovu korist, b) ako je krivično delo izvršilo bilo koje fizičko lice, delujući kao pojedinac ili kao član organa pravnog lica i c) ako fizičko lice ima rukovodeću ulogu u pravnom licu na osnovu: 1) ovlašćenja da zastupa pravno lice, 2) ovlašćenja da donosi odluke u ime pravnog lica i 3) ovlašćenja da vrši kontrolu unutar pravnog lica²⁰. Pored toga, odgovornost pravnih lica za učinjeno krivično delo uspostavlja se i u slučaju kada je nepostojanje nadzora ili kontrole rukovodećeg fizičkog lica omogućilo (olakšavalo, doprinelo) izvršenje nekog od računarskih krivičnih dela, pod uslovom da je konkretno delo izvršilo fizičko lice u korist upravo tog pravnog lica, na osnovu ovlašćenja pravnog lica²¹. Vežano za odgovornost pravnih lica²² za računarska krivična dela Konvencija predviđa još dva načela. To su²³: a) odgovornost pravnog lica može biti različito određena kao: krivična, prekršajna, građanska ili administrativna (upravna) i b) odgovornost pravnog lica ne isključuje istovremenu i paralelnu krivičnu odgovornost fizičkih lica koja su neposredno izvršila delo (odgovorno lice)²⁴.

3. Krivična dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i sistema

Prvu grupu međunarodnih računarskih krivičnih dela čine krivična dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i sistema (odeljak prvi, deo prvi: "Materijalno krivično pravo"). Ovde su sistematizovana sledeća krivična dela. To su²⁵: a) nezakonit pristup (član 2), b) nezakonito presretanje (član 3), c) ometanje podataka (član 4), d) ometanje sistema (član 5) i e) zloupotreba uređaja (član 6).

¹⁹ J. Pradel, G. Corstens, *Droit penal europeen*, Paris, 2002, str. 189–194.

²⁰ B. Pavišić, K. Kamber, I. Parenta, *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Rijeka, 2016, str. 127–141.

²¹ M. Simović, D. Jovašević, M. Simović, *Privredno kazneno pravo*, Banja Luka, 2015, str. 114–129.

²² P. Novoselec, *Uvod u gospodarsko kazneno pravo*, Zagreb, 2009, str. 56–81.

²³ M. Clinard, *Corporate crime*, New York, 1983, str. 118–127.

²⁴ Lj. Selinšek, *Gospodarsko kazneno pravo*, Ljubljana, 2006, str. 145–169.

²⁵ S. Lutovac, J. Račić, *Kompjuterski kriminal kao savremeni oblik kriminaliteta*, *Megatrend revija*, Beograd, broj 4/2021, str. 281–292.

Prvo računarsko krivično delo Konvencija predviđa (član 2) pod nazivom: “Nezakonit pristup”. Ono se sastoji u namernom protivpravnom pristupanju računarskom sistemu kao celini ili nekom njegovom delu kršenjem mera bezbednosti sa namerom pribavljanja računarskih podataka ili sa nekom drugom nečasnom (difamnom, besčastećom, niskom) namerom ili u vezi sa računarskim sistemom koji je povezan sa drugim računarskim sistemom. Iz navedenog opisa proizilazi da ovo krivično delo čine sledeći elementi bića. To su²⁶: a) objekt napada je višestruko određen kao: 1) tuđi računarski sistem kao celina, 2) bilo koji deo računarskog sistema i 3) računarski sistem koji je povezan sa drugim računarskim sistemom, b) radnja izvršenja je određena kao pristupanje računarskom sistemu kao celini ili nekom njegovom delu u smislu ulaska u isti, odnosno njegovog korišćenja, upotrebe, neposredno ili posredno, c) radnja izvršenja se preduzima protivpravno, neovlašćeno, kršenjem domaćih ili međunarodnih propisa, d) radnja izvršenja se preduzima na određeni način – kršenjem mera bezbednosti i e) radnja izvršenja se preduzima sa određenim namerama kao što su: 1) namera pribavljanja računarskih podataka i 2) druga nečasna, difamna (niska, besčasteća) namera. Ova namera mora da postoji na strani učinioca u vreme preduzimanja radnje izvršenja konkretnog krivičnog dela, ali ona ne mora da bude ostvarena u svakom konkretnom slučaju. Postojanje namere ukazuje na direktan umišljaj kao oblik krivice učinioca.

Član 3 Konvencije predviđa krivično delo: “Nezakonito presretanje” koje se sastoji u protivpravnom presretanju prenosa računarskih podataka koji nisu javne prirode, ka računarskom sistemu, od njega ili unutar samog sistema, uključujući i elektromagnetna emitovanja iz računarskog sistema kojim se prenose takvi podaci, kada je učinjeno uz pomoć tehničkih uređaja sa nečasnom namerom ili u vezi sa računarskim sistemom koji je povezan sa drugim računarskim sistemom. Krivično delo iz člana 3 Konvencije karakterišu sledeći konstitutivni elementi²⁷: a) objekt napada je računarski podatak koji nije javne prirode, b) radnju izvršenja predstavlja presretanje prenosa (preuzimanje, preusmeravanje, korišćenje, upotreba) privatnih računarskih podataka, dakle, podataka koji nisu javne prirode ka drugom računarskom sistemu, od njega ili unutar samog sistema, uključujući i elektromagnetna

²⁶ O. Bakreski, T. Milešeska, *Bezbednost na informacii i kritičnata infrastruktura*, Skopje, 2021, str. 109–121.

²⁷ D. Jovašević, *Računarski kriminalitet u Srbiji i evropski standardi*, Evropsko zakonodavstvo, Beograd, broj 47-48/2014, str. 40–56.

emitovanja iz računarskog sistema kojim se prenose takvi podaci, c) radnja izvršenja se preduzima protivpravno – kršenjem pozitivnih propisa, d) radnja izvršenja se preduzima na poseban, specifičan način – uz pomoć tehničkih uređaja i e) radnja izvršenja se preduzima sa određenom namerom kao motivom. To je nečasna (niska, difamna) namera, čiju “nečasnost” kao faktičko pitanje utvrđuje sud u konkretnom slučaju uzimajući u obzir subjektivne i objektivne elemente dela i ličnosti njegovog učinioca.

“Ometanje podataka” predstavlja sledeće računarsko krivično delo predviđeno u članu 4 Konvencije o visokotehnološkom kriminalu. Ovo se delo sastoji u protivpravnom oštećenju, brisanju, pogoršanju, menjanju ili prikrivanju računarskih podataka ako su na taj način prouzrokovane teške posledice²⁸. Objekt napada ovog dela je računarski podatak. Radnja izvršenja obuhvata više alternativno propisanih delatnosti²⁹: a) oštećenje – delovanje na oblik, supstancu ili strukturu predmeta tako da je privremeno ili delimično neupotrebljiv za prvobitnu namenu, ali se ta upotrebljivost može ponovo uspostaviti popravkom oštećenog dela ili njegovom zamenom novim delom, b) brisanje – uklanjanje postojećeg predmeta sa mesta na kome se do tada nalazio, c) pogoršanje – dovođenje podatka u teže, neupotrebljivo stanje, d) menjanje – promena postojećeg podatka u smislu njegovog položaja, oblika, upotrebljivosti ili sadržine i e) prikrivanje – premeštanje predmeta sa mesta na kome se do tada nalazio, koje je bilo svim poznato sklanjanjem na drugo skriveno, najčešće nepoznato mesto. Za postojanje ovog krivičnog dela potrebno je da je radnja izvršenja preduzeta³⁰: a) protivpravno – kršenjem postojećih propisa i b) tako da je dovela do posledice povrede u vidu prouzrokovanja teških posledica. Kada su nastupele posledice “teške”, predstavlja faktičko pitanje koje sud ceni u konkretnom slučaju na bazi izvedenih ličnih, odnosno materijalnih izvora dokaza. Težina posledice utvrđuje se prema vremenu preduzimanja radnje izvršenja.

Sledeće računarsko krivično delo iz člana 5 Konvencije nosi naziv: “Ometanje sistema”³¹. Ovo se delo sastoji u protivpravnom ozbiljnom ome-

²⁸ D. Spasojević, Otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela učinjenih zloupotrebom računarske mreže od maloletnika, *Pravni život*, Beograd, broj 2/2019, str. 675–688.

²⁹ S. Nikolovska, *Metodika na istraživanje kompjuterska kriminaliteta*, Skopje, 2013, str. 117–126.

³⁰ J. Matijašević, *Krivičnopravna regulativa računarskog kriminaliteta*, Novi Sad, 2013, str. 73–85.

³¹ B. Vučković, V. Vučković, *Računarski kriminal*, Zbornik radova, *Pravo i digitalne tehnologije*, Novi Sad, 2019, str. 54–64.

tanju rada računarskog sistema unošenjem, prenošenjem, oštećenjem, brisanjem, pogoršanjem, menjanjem ili prikriivanjem računarskih podataka. Njega čine sledeći konstitutivni elementi³²: a) objekat napada je računarski podatak, b) radnja izvršenja je određena kao ometanje (u vidu otežavanja, usložavanja, uslovljavanja) normalnog, urednog, kvalitetnog, zakonitog ili efikasnog rada računarskog sistema, c) radnja izvršenja se preduzima protivpravno, kršenjem pozitivnih propisa, d) radnja izvršenja se preduzima “ozbiljno” – dakle, značajnije, u većoj meri ili većem obimu ili u dužem trajanju i e) radnja izvršenja se preduzima na određeni način: 1) unošenjem – upisivanjem novog do tada nepostojećeg podatka, 2) prenošenjem – preuzimanjem, daljim deljenjem, širenjem postojećeg podatka, 3) oštećenjem – prouzrokoivanjem štete na podatku delovanjem na njegov oblik ili supstancu čime se otežava rad, 4) brisanjem – uklanjanjem podatka sa postojećeg mesta, 5) pogoršanjem, 6) menjanjem – promenom položaja, oblika ili sadržine podatka ili 7) prikriivanjem – činjenjem nedostupnim usled premeštanja podatka sa postojećeg na drugo skriveno, najčešće nepoznato mesto.

“Zloupotreba uređaja” poslednje je međunarodno računarsko krivično delo predviđeno u članu 6 Budimpeštanske konvencije. Ovo je pripremna, prethodna faza za izvršenje nekog od prethodnih računarskih krivičnih dela, koja je zbog visokog stepena težine i opasnosti dela i visokog stepena krivice učinioca dobilo karakter samostalne inkriminacije. Delo³³ se sastoji u namernoj, protivpravnoj proizvodnji, prodaji, nabavljanju radi upotrebe, uvozu, distribuciji ili stavljanju na raspolaganje u drugom obliku uređaja, uključujući i računarski program, napravljenog ili prilagođenog prvenstveno u svrhu izvršenja nekog od navedenih računarskih dela ili računarske lozinke, pristupne šifre ili sličnog podatka pomoću kojeg može da se pristupi računarskom sistemu kao celini ili nekom njegovom delu sa namerom da se koristi u svrhu izvršenja nekog od navedenih računarskih dela ili u posedovanju nekog od nabrojanih predmeta sa namerom da se koristi u svrhu izvršenja nekog od računarskih krivičnih dela³⁴.

Krivično delo³⁵ iz člana 6 Konvencije čine sledeći elementi bića:

³² Z. Grujić, *Kompjuterski kriminal – specifičnosti i savremeni izazovi*, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, broj 80/2018, str. 325–346.

³³ S. Lutovac, J. Račić, *Kompjuterski kriminal kao savremeni oblik kriminaliteta*, *Megatrend revija*, Beograd, broj 4/2021, str. 281–292.

³⁴ D. Jovašević, *Obeležja kompjuterskog kriminaliteta*, *Pravni informator*, Beograd, broj 3/1998, str. 56–62.

³⁵ D. Jovašević, *Krivičnopravna zaštita bezbednosti računarskih podataka*, *Pravni informator*,

a) objekt napada je višestruko alternativno određen kao: 1) računarski uređaj, 2) računarski program, 3) računarska lozinka, 4) pristupna šifra i 5) podatak pomoću kojeg se može pristupiti tuđem računarskom sistemu kao celini ili njegovom delu. Bitno je za postojanje dela da su ovi objekti napravljeni ili prilagođeni u svrhu izvršenja nekog od računarskih krivičnih dela,

b) radnju izvršenja čini više alternativno propisanih delatnosti. To su³⁶: 1) proizvodnja – pravljenje, sačinjavanje, izrada novog do tada nepostojećeg predmeta, 2) prodaja – teretno raspolaganje, ustupanje, zamena predmeta za domaći ili inostrani novac, 3) nabavljanje – pribavljanje, dolaženje u posed, u državinu na bilo koji način predmeta radi upotrebe, 4) uvoz – unošenje predmeta u državu iz inostranstva, 5) distribucija – činjenje dostupnim predmeta na bilo koji način, 6) stavljanje na raspolaganje – pomaganje u vidu omogućavanja ili olakšavanja drugom licu da dođe u posed predmeta i 7) posedovanje – neposredna ili posredna državinska, faktička vlast na predmetu,

c) radnja izvršenja preduzima se protivpravno – protivno važećim propisima njihovim svesnim kršenjem ili propuštanjem njihove primene,

d) radnja izvršenja se preduzima sa određenom namerom – namerom učinioca da se ova sredstva koriste u svrhu, sa ciljem izvršenja nekog od računarskih krivičnih dela, bez obzira na to da li je uopšte ova namera realizovana ili ne. Ova namera mora da motiviše učinioca na preduzimanje radnje izvršenja, pa zato ona mora da postoji kod učinioca upravo u vreme izvršenja dela i

e) oblik krivice učinioca je direktan umišljaj koji kvalifikuje navedena namera.

Ovog krivičnog dela nema u slučaju kada proizvodnja, prodaja, nabavljanje radi upotrebe, uvoz, distribucija i drugi oblici stavljanja na raspolaganje ili posedovanje navedenih predmeta ne služe u svrhu izvršenja računarskih krivičnih dela, kao, na primer, kada služe za ovlašćeno testiranje ili zaštitu računarskog sistema.

4. Krivična dela u vezi sa računarima

Budimpeštanska konvencija u odeljku drugom: “Materijalno krivično pravo” predviđa dva krivična dela u vezi sa računarima. To su: a) falsifikovanje u vezi sa računarima (član 7) i b) prevara u vezi sa računarima (član 8).

Beograd, broj 6/2003, str. 53–58.

³⁶ J. Clough, *Principles of Cybercrime*, Cambridge, 2010, str. 123–137.

Falsifikovanje u vezi sa računarima³⁷ (član 7) definisano je kao umišljajno (namerno) i protivpravno unošenje, menjanje, brisanje ili prikrivanje računarskih podataka koje za posledicu ima neverodostojnost podataka s ciljem da se oni smatraju verodostojnim i da se sa njima u pravnom saobraćaju postupa kao da su verodostojni, bez obzira na to da li su ti podaci direktno čitljivi i razumljivi, s tim što se ono može vršiti sa namerom učinioca za obmanu ili sa drugom nečasnom namerom³⁸.

Ovo krivično delo čine sledeći konstitutivni elementi: a) radnja izvršenja se sastoji iz više alternativno propisanih delatnosti kao što su: 1) unošenje – upis novog do tada nepostojećeg podatka, 2) menjanje – promena položaja, oblika ili sadržine nekog već unetog, postojećeg podatka, 3) brisanje – uklanjanje nekog postojećeg podatka tako da postaje neupotrebljiv i 4) prikrivanje – nesaopštavanje, prećutkivanje nekog postojećeg podatka, premeštanjem sa postojećeg mesta na drugo skriveno, najčešće nepoznato mesto, b) radnja izvršenja se preduzima u odnosu na određeni objekt napada – računarski podatak, c) posledica dela je povreda u vidu neverodostojnosti (neistinitosti) računarskog podatka, d) radnja izvršenja se preduzima sa određenim ciljem – s ciljem da se računarski podaci smatraju verodostojnim i da se sa njima u pravnom saobraćaju postupa kao da su verodostojni, bez obzira na to da li su ti podaci direktno čitljivi i razumljivi. Ovako određeni cilj treba da postoji na strani učinioca upravo u vreme preduzimanja radnje izvršenja, koju takav cilj zapravo motiviše, usmerava, bez obzira na to da li je ovaj cilj ostvaren, postignut u konkretnom slučaju ili ne, e) radnja izvršenja se preduzima na određeni način – protivpravno, kršenjem zakona, drugih propisa ili opštih akata, f) oblik krivice učinioca je direktan umišljaj koji kvalifikuje namera ili cilj učinioca i g) radnja izvršenja se može preduzeti sa posebnom vrstom namere. Za ovo delo je bitno da namera učinioca postoji upravo u vreme preduzimanja radnje izvršenja, ali takva namera u konkretnom slučaju ne mora biti ostvarena. Ta namera može da se javi kao: 1) namera učinioca za obmanu (dovođenje ili održavanje u zabludi drugog lica o postojanju ili nepostojanju nekih činjenica) i 2) druga slična nečasna (beščasteća, difamna, niska) namera³⁹.

³⁷ D. Spasojević, Otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela učinjenih zloupotrebom računarske mreže od maloletnika, *Pravni život*, Beograd, broj 2/2019, str. 675–688.

³⁸ B. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010, str. 87–92.

³⁹ D. Jovašević, T. Hašimbegović, *Krivična dela falsifikovanja*, Beograd, 2000, str. 29–37.

Drugo računarsko krivično delo u vezi sa računarima nosi naziv: “Prevara u vezi sa računarima” (član 8)⁴⁰. Ovo se krivično delo sastoji u nanošenju imovinske štete drugom licu, kada je učinjeno sa namerom i protivpravno sledećim delatnostima: a) unošenje, menjanje, brisanje ili prikrivanje računarskih podataka i b) svako ometanje rada računarskog sistema, sa prevarnom ili nečasnom namerom da se neovlašćeno pribavi protivpravna imovinska korist za sebe ili drugoga.

Ovo krivično delo čine sledeće karakteristike njegovog bića. To su⁴¹: a) radnju izvršenja čine sledeće alternativno propisane delatnosti: 1) unošenje – upis novog do tada nepostojećeg podatka, 2) menjanje – promena položaja, oblika ili sadržine nekog postojećeg podatka, 3) brisanje – uklanjanje, činjenje nedostupnim nekog postojećeg podatka, 4) prikrivanje – nesaopštavanje, prećutkivanje nekog postojećeg podatka tako da ne može biti saznata njegoa sadržina i 5) ometanje – remećenje urednog, kvalitetnog, efikasnog i zakonitog rada računarskog sistema⁴², b) radnja izvršenja se preduzima u odnosu na određeni objekt napada: 1) računarski podatak i 2) računarski sistem, c) radnja izvršenja se preduzima na određeni način – protivpravno, kršenjem pozitivnih propisa, d) posledica dela je povreda u vidu nanošenja, prouzrokovanja imovinske (materijalne, ekonomske) štete drugom (fizičkom ili pravnom) licu, bez obzira na visinu, e) oblik krivice učinioca je direktan umišljaj koji kvalifikuje namera učinioca i f) radnja izvršenja se preduzima sa određenom namerom – prevarnom ili nečasnom namerom da se neovlašćeno pribavi protivpravna imovinska korist za sebe ili drugo fizičko ili pravno lice, pri čemu ova namera ne mora biti ostvarena u konkretnom slučaju.

5. Krivična dela u vezi sa sadržajem

U odeljku trećem Konvencija iz 2001. godine predviđa: “Krivična dela u vezi sa sadržajem” (član 9). Na ovom mestu su određeni opis, karakteristike i sadržina: “Krivičnog dela u vezi sa dečijom pornografijom”⁴³. To su “por-

⁴⁰ D. Jovašević, Računarska prevara – krivična odgovornost i kažnjivost u međunarodnom i nacionalnom pravu, Zbornik radova, Pravo i digitalizacija, Niš, 2021, str. 51–73.

⁴¹ M. Milošević, Internet prevare – savremeni način izvršenja i mere samozaštite, Izbor sudske prakse, Beograd, broj 2/2021, str. 5–7.

⁴² V. Božić, Cyber kriminalitet sa osvrtom na pandemiju Covid-19, Zbornik radova, Covid-19 – izazovi i posledice, Brčko, 2021, str. 155–169.

⁴³ M. Vučurević, Pornografija od pećine do sajber prostora, Beograd, 2014, str. 45–53.

nografska računarska krivična dela⁴⁴. “Dečja pornografija” (član 9 stav 2)⁴⁵ obuhvata pornografski materijal koji vizuelno prikazuje⁴⁶: a) maloletnika koji učestvuje u eksplicitno seksualnoj radnji, b) lice koje izgleda kao maloletnik koje učestvuje u eksplicitno seksualnoj radnji i c) realistične slike koje predstavljaju maloletnika koji učestvuje u eksplicitno seksualnoj radnji⁴⁷. Pri tome se kao „maloletnik” smatra lice koje je mlađe od 18 godina, s tim što pojedine države mogu da postave nižu starosnu granicu, koja nije manja od 16 godina.

Kao krivično delo u vezi sa dečijom pornografijom⁴⁸ smatra se namerno (umišljajno) i protivpravno preduzimanje sledećih, alternativno propisanih radnji izvršenja⁴⁹: a) proizvodnja – stvaranje, sačinjavanje, pravljenje u bilo kom obliku i na bilo koji način dečije pornografije, u svrhu njene distribucije preko računarskog sistema, bez obzira na to da li je ovako određena svrha u konkretnoj situaciji zaista i ostvarena, b) nuđenje (pokušaj) ili činjenje dostupnim dečije pornografije preko računarskog sistema, c) distribucija – činjenje pristupačnim individualno nedređenom broju lica ili prenošenje dečije pornografije preko računarskog sistema⁵⁰, d) nabavljanje – pribavljanje, dolaženje u posed, državinu dečije pornografije preko računarskog sistema, za sebe ili za drugo lice (gde je inkriminisana pripremna radnja) i e) posedovanje – neposredna ili posredna državinska, faktička vlast nad predmetom dečije pornografije u računarskom sistemu ili na medijumima za čuvanje računarskih podataka⁵¹.

6. Krivična dela u vezi sa kršenjem autorskih i srodnih prava

U okviru materijalnog krivičnog prava, u odeljku četvrtom sistematizovana su: ”Krivična dela u vezi sa kršenjem autorskih i srodnih prava” (član 10) na najopštiji način kao “kršenje autorskih prava”. Ovakvo određivanje opisa inkriminacije ukazuje na blanketnu dispoziciju. Naime, pojam, sadržinu, vrste i sistem zaštite autorskih prava uređuju drugi vankrivičniopravni

⁴⁴ Lj. Prelić, *Pornografija – porok ili kriminal*, Beograd, 1987, str. 67–92.

⁴⁵ W. Gombrowicz, *Pornografija*, Krakow, 1994, str. 81–98.

⁴⁶ G. Tribuson, *Dejiny pornografie*, Bratislava, 2008, str. 78–96.

⁴⁷ I. O’Donell, C. Milner, *Child Pornography*, Cullompton, 2009, str. 29–43.

⁴⁸ R. Sullivan, *Pornography*, Cambridge, Malden, 2015, str. 95–118.

⁴⁹ D. Spasojević, *Otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela učinjenih zloupotrebom računarske mreže od maloletnika*, Pravni život, Beograd, broj 2/2019, str. 675–688.

⁵⁰ A. Gillespe, *Child Pornography*, Abingdon, Routledge, 2011, str. 49–67.

⁵¹ V. Babić, *Dečija pornografija i internet – interdisciplinarni ogledi*, Vitez, 2013, str. 49–73.

propisi domaćeg i međunarodnog karaktera (najčešće nacionalni zakoni o autorskim i srodnim pravima, o patentnim pravima, o industrijskoj svojini i sl.). Konvencija ova krivična dela određuje kao kršenje autorskih i srodnih prava koja su propisana: a) u zakonima države ugovornice, b) u skladu sa obavezama koje su preuzete po Pariskom ugovoru od 24. jula 1971. godine, kojim je revidirana Bernska konvencija za zaštitu književnih i umetničkih dela, c) u skladu sa Sporazumom o komercijalnim aspektima prava na intelektualnu svojinu i d) shodno WIPO Ugovoru o autorskom pravu (koji utvrđuje Svetska organizacija za intelektualnu svojinu).

U konkretnom slučaju nema protivpravnosti, odnosno nema krivičnog dela u slučaju postupanja učinioca pod sledećim uslovima: a) ako se odnosi na moralna prava koja su sadržana u međunarodnim konvencijama (Pariskoj, Bernskoj i dr.), b) ako su dela učinjena dobrovoljno, c) ako su dela učinjena u obimu koji im daje komercijalni karakter i d) ako su dela učinjena preko računarskog sistema. Kao kršenje prava koja su "srodna" autorskim pravima javlja se krivično delo koje se sastoji u kršenju srodnih prava koja su definisana u: a) zakonima države ugovornice koji se odnose na obaveze koje su preuzete po Međunarodnoj konvenciji o zaštiti izvođača, proizvođača fonograma i ustanova za radio-difuziju (Rimska konvencija), b) Sporazumu o komercijalnim aspektima prava na intelektualnu svojinu i c) WIPO Ugovoru o interpretacijama i fonogramima. I u ovom slučaju Konvencija predviđa poseban osnov isključenja protivpravnosti postupanja učinioca ako se delo odnosi na: a) moralna prava koja su sadržana u međunarodnim konvencijama, b) radnju koja je učinjena dobrovoljno, c) radnju koja je preduzeta u obimu koji ih kvalifikuje da imaju komercijalni karakter i d) radnju koja je učinjena preko računarskog sistema.

7. Krivična dela rasističke i ksenofobične prirode

Države članice Saveta Evrope, kao i druge države potpisnice Konvencije o visokotehnoškom kriminalu, u cilju ostvarivanja efikasne borbe sa naraslim različitim oblicima, odnosno vidovima računarskog (visokotehnoškog) kriminaliteta, dve godine kasnije (januar 2003. godine) u Strazburu su usvojile Dodatni protokol uz Konvenciju o visokotehnoškom kriminalu koji se odnosi na inkriminaciju dela rasističke i ksenofobične prirode izvršenih preko računarskih sistema⁵². Naime, polazeći od cilja Saveta Evrope – da

⁵² J. Clough, *Principles of Cybercrime*, Cambridge, 2010, str. 151–164.

se postigne što veće jedinstvo među svojim članicama, te da su sva ljudska bića rođena slobodna i jednaka u svom dostojanstvu i pravima, ova regionalna organizacija naglašava potrebu za obezbeđenjem pune i delotvorne primene svih ljudskih prava bez bilo kakve diskriminacije ili razlika, kao što je to zagarantovano u evropskim i drugim međunarodnim instrumentima⁵³. U tom smislu je opravdano uverenje da radnje rasističke i ksenofobične prirode predstavljaju kršenje ljudskih prava i pretnju vladavini prava i demokratskoj stabilnosti. Zato preovlađuje uverenje da domaće i međunarodno pravo⁵⁴ treba prvenstveno da obezbedi adekvatne pravne odgovore na propagandu, rasističke i ksenofobične prirode, posebno propagandu koja je učinjena preko računarskih sistema. Pri tome se polazi od rešenja Budimpeštanske konvencije o visokotehnološkom kriminalu koja predviđa savremena i prilagodljiva sredstva međunarodne saradnje, kao i potrebu harmonizacije materijalnopравnih odredaba u vezi sa borbom protiv rasističke i ksenofobične propagande u nacionalnim krivičnopравnim sistemima⁵⁵.

Savet Evrope je svestan činjenice da u savremenom dobu računarski sistemi nude brojna i raznolika sredstva koja olakšavaju slobodu izražavanja i komunikaciju širom sveta, ali su na taj način ostavljene mogućnosti za njihovu zloupotrebu od strane nesavesnih, neodgovornih i zlonamernih pojedinaca ili grupa. Pri tome postoji opravdana bojazan od rizika nenamenskog korišćenja ili zloupotrebe takvih računarskih sistema radi širenja rasističke i ksenofobične propagande⁵⁶. S druge strane, nepodeljeno je uverenje da sloboda izražavanja čoveka (građanina) predstavlja jednu od najvažnijih osnova demokratskog društva, ali i jedan od osnovnih uslova za njegov progres i za razvoj svakog ljudskog bića. Vodeći računa o potrebi obezbeđenja odgovarajuće ravnoteže između slobode izražavanja čoveka i delotvorne, efikasne, zakonite i kvalitetne borbe protiv svih radnji rasističke i ksenofobične prirode, Savet Evrope⁵⁷ je prepoznao da ovaj protokol treba da spreči, predupredi razne rasističke i ksenofobične napade na slobode i prava drugih ljudi, uzimajući u obzir relevantne međunarodne pravne instrumente, a posebno Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i njen dodatni protokol broj 12

⁵³ B. Pavišić, *Kazneno pravo Vijeća Evrope*, Zagreb, 2006, str. 261–265.

⁵⁴ A. Završnik, *Kibernetika kriminaliteta*, Ljubljana, 2015, str. 83–97.

⁵⁵ M. Zvrlevski, S. Andononova, V. Miloševski, *Priročnik za kompjuterski kriminal*, Skopje, 2014, str. 119–135.

⁵⁶ J. Kouch, *Cyber Crime*, Praha, 2016, str. 95–114.

⁵⁷ D. Jovašević, *Računarski kriminalitet u Srbiji i evropski standardi*, Evropsko zakonodavstvo, Beograd, broj 47-48/2014, str. 40–56.

u vezi sa opštom zabranom diskriminacije⁵⁸.

Tom naporu međunarodne zajednice u regionalnim razmerama (Evropa) treba takođe da doprinesu i drugi postojeći međunarodni dokumenti⁵⁹: a) Konvencija Saveta Evrope o saradnji u oblasti kaznene politike, b) Konvencija o visokotehnološkom kriminalu, c) Međunarodna konvencija Ujedinjenih nacija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije i d) Zajednička akcija Evropske unije od 15. jula 1996. godine usvojena od strane Saveta na osnovu člana K.3 Ugovora o Evropskoj uniji, u vezi sa akcijom u borbi protiv rasizma i ksenofobije, i drugi⁶⁰.

Svrha usvajanja Dodatnog protokola uz Konvenciju o visokotehnološkom kriminalu⁶¹ koji se odnosi na inkriminaciju dela rasističke i ksenofobične prirode izvršenih preko računarskih sistema (član 1 poglavlje prvo pod nazivom: “Opšte odredbe”) jeste da dopuni njene odredbe u vezi sa inkriminacijama radnji rasističke i ksenofobične prirode koje su učinjene preko (putem, posredstvom) računarskih sistema⁶². Stoga Protokol određuje: “rasistički i ksenofobični material” (član 2) kao pisani materijal, sliku ili svako drugo predstavljanje ideja ili teorija koje zagovaraju, promovišu ili podstrekavaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje, protiv bilo kojeg pojedinca ili grupe pojedinaca, zasnovano na rasi, boji kože, naslednom, nacionalnom ili etničkom poreklu, kao i veri, ako se koriste kao izgovor za bilo koji od tih faktora⁶³.

Već u poglavlju drugom koji nosi naziv: “Mere koje treba da se preduzmu na nacionalnom nivou” Dopunski protokol ukazuje na problem širenja rasističkog i ksenofobičnog materijala preko računarskih sistema⁶⁴. Zato se države potpisnice Protokola obavezuju da u nacionalnom zakonodavstvu usvoje odgovarajuće mere za inkriminaciju krivičnog dela pod nazivom: “Širenje rasističkog i ksenofobičnog materijala preko računarskih sistema”⁶⁵. Radi se o samostalnoj inkriminaciji podstrekavanja kao radnje izvršenja (a

⁵⁸ R. Moore, *Cyber Crime*, New York, 2005, str. 171–189.

⁵⁹ E. Hilgedorf, B. Valerius, *Computer und Internet Strafrecht*, Heidelberg, 2012, str. 83–97.

⁶⁰ Dž. Vestbi, *Međunarodni vodič za borbu protiv kompjuterskog kriminaliteta*, Beograd, 2004, str. 61–69.

⁶¹ B. Pavišić, K. Kamber, I. Parenta, *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Rijeka, 2016, str. 127–141.

⁶² S. Emm Kareklas, *Priručnik za krivično pravo Evropske unije*, Beograd, 2009, str. 94–97.

⁶³ V. Babić, *Kompjuterski kriminal*, Sarajevo, 2009, str. 69–83.

⁶⁴ R. Esser, *Europaisches und Internationales Strafrecht*, Heidelberg, 2013, str. 391–402.

⁶⁵ M. Šepec, *Kazniva dejanja kibernetičkog kriminaliteta*, doktorska disertacija, neobjavljena, Ljubljana, 2015, str. 119–132.

ne kao oblika saučesništva) krivičnog dela. Ovo se krivično delo sastoji u namernom i protivpravnom širenju ili na drugi način činjenju dostupnim javnosti, preko računarskog sistema, rasističkog i ksenofobičnog materijala. Delo čine sledeći konstitutivni elementi. To su⁶⁶: a) objekt napada je rasistički i ksenofobični materijal, b) radnja izvršenja se sastoji iz sledećih delatnosti: 1) širenje – usmeno ili pismeno, neposredno ili posredno, na bilo koji način ili bilo kojim sredstvom podstrekavanje (umišljajno navođenje, stvaranje nove ili učvršćivanje postojeće odluke) i 2) činjenje dostupnim – pomaganje, omogućavanje, olakšavanje javnosti da se dođe do kontakta ili do saznanja, c) radnja izvršenja se preduzima na određeni način – protivpravno, dakle, kršenjem propisa i d) oblik krivice učinioa je umišljaj (namera). Izuzetno (stav 2), ovo krivično delo ne postoji ako se delatnost lica sastoji u ponašanju prema rasističkom i ksenofobičnom materijalu u vidu zagovaranja, promovisanja ili podsticanja diskriminacije, pod uslovom da ona nije povezana sa mržnjom ili nasiljem.

Dodatni protokol uz Konvenciju o visokotehnoškom kriminalu koji se odnosi na inkriminaciju dela rasističke i ksenofobične prirode izvršenih preko računarskih sistema postavlja osnove za nacionalna zakonodavstva da inkriminišu takođe i sledeća nedozvoljena, protivpravna ponašanja, kao što su⁶⁷: a) pretnja motivisana rasizmom i ksenofobijom (član 4), b) uvreda motivisana rasizmom i ksenofobijom (član 5) i c) poricanje, značajno umanjivanje, odobravanje ili opravdavanje genocida ili zločina protiv čovečnosti (član 6). Specifična je odredba Dopunskog protokola (član 7) pod nazivom: “Pomaganje i podstrekavanje” kojom je propisana krivična odgovornost za saučesničke radnje koje su zbog visokog stepena težine i opasnosti dobile karakter, prirodu i oblik samostalnog krivičnog dela. Naime, svaka strana ugovornica se na ovaj način obavezuje da u domaćem pravu propiše “namerno i protivpravno pomaganje i podstrekavanje na izvršenje nekog od krivičnih dela u vezi sa rasističkim i ksenofobičnim materijalom”⁶⁸.

Prvo krivično delo iz ovog međunarodnog dokumenta nosi naziv: “Pretnja motivisana rasizmom i ksenofobijom” (član 4)⁶⁹. Ovo se krivično

⁶⁶ N. Peršak et al., Računalniška/kibernetička kriminaliteta v Sloveniji, Ljubljana, 2006, str. 86–97.

⁶⁷ S. Nikolovska, Kompjuterskiot kriminalitet kako seriozna zakana na bezbednost, Zbornik trudova, Bezbednost i ekološka bezbednost, Ohrid, 2010, str. 308–322.

⁶⁸ S. Franjić, Kaznena djela računarskog kriminaliteta u Republici Hrvatskoj, Pravne teme, Novi Pazar, broj 10/2017, str. 105–114.

⁶⁹ A. Ijeh, K. Curran, Crime science and digital forensics, Boca Raton, 2021, str. 94–122.

delo sastoji u namernoj i protivpravnoj pretnji, preko računarskog sistema, uz izvršenje teškog krivičnog dela koje je kao takvo propisano u domaćem pravu: a) licima zbog toga što pripadaju grupi, koja se razlikuje po rasi, boji kože, naslednom, nacionalnom ili etničkom poreklu, kao i veri, ako se koriste kao izgovor za bilo koji od ovih faktora ili b) grupi lica koja se razlikuje po bilo kojoj od ovih osobina.

Radnju izvršenja u ovom slučaju čini pretnja (blaži oblik prinude). To je usmena ili pismena izjava volje ili misli kojom se najavljuje, stavlja u izgled primena, nanošenje nekog zla. Ona može biti neposredna (direktna) ili posredna (indirektna), pri čemu može da se preduzima i na simboličan način (simbolima, pokretima ruku ili prstiju, gestovima, mimikom, konkludentnim radnjama). Za postojanje ovog krivičnog dela potrebno je ispunjenje sledećih elemenata. Tako se radnja izvršenja (pretnja) preduzima⁷⁰: a) u odnosu na određeni objekt napada – rasistički ili ksenofobični materijal, b) sa određenim oblikom krivice – direktnim umišljajem učinioca koji kvalifikuje posebna vrsta pobude – diskriminacija prema: 1) licima zbog toga što pripadaju grupi, koja se razlikuje po rasi, boji kože, naslednom, nacionalnom ili etničkom poreklu, kao i veri, ako se koriste kao izgovor za bilo koji od ovih faktora ili 2) grupi lica koja se razlikuje po bilo kojoj od ovih osobina, c) na određeni način – protivpravno, d) određenim sredstvom – preko računarskog sistema i e) sa određenim ciljem – sa ciljem izvršenja teškog krivičnog dela propisanog u domaćem krivičnom zakonu/zakoniku.

Sledeće krivično delo propisano je članom 5 Dodatnog protokola uz Konvenciju o visokotehnološkom kriminalu koji se odnosi na inkriminaciju dela rasističke i ksenofobične prirode izvršenih preko računarskih sistema i nosi naziv: “Uvreda motivisana rasizmom i ksenofobijom”⁷¹. Prema ovom rešenju, u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu treba uspostaviti krivičnu odgovornost i kažnjivost za namerno i protivpravno: javno vređanje, preko računarskog sistema: a) lica zbog toga što pripadaju grupi, koja se razlikuje po rasi, boji kože, naslednom, nacionalnom ili etničkom poreklu, kao i veri ako se koriste kao izgovor za bilo koji od ovih faktora ili b) grupe lica koja se razlikuje po bilo kojoj od ovih osobina⁷². Ovde se radi o javnoj uvredi (kri-

⁷⁰ B. Neison, A. Phillips, E. Steuart, Guide to computer forensics and investigations, Boston, 2019, str. 75–93.

⁷¹ D. Kevrić, Visokotehnološki (kompjuterski) kriminalitet – primjena materijalnog prava iz te oblasti, Pravo i pravda, Sarajevo, broj 1/2017, str. 295–309.

⁷² I. Joksić, V. Mitrić, V. Rajaković, Bezbednost računarskih podataka u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, Zbornik radova, Prilagođavanje pravne regulative

vičnom delo koje se javno, na mestu, na način, pod uslovima ili okolnostima koji su dostupni individualno neodređenom broju ljudi) – pri čemu se povređuje čast, odnosno ugled (kao skup moralnih, nematerijalnih vrednosti) nekog lica. Bitno je za postojanje ovog krivičnog dela da se radnja izvršenja preduzima⁷³: a) sa određenom diskriminatorском pobudom (koja kvalifikuje direktan umišljaj kao oblik krivice) i b) sa određenim sredstvom – preko računarskog sistema. Pored toga, ova inkriminacija može biti dopunjena vrstom, prirodom i karakterom prouzrokovane posledice – povreda u vidu izlaganja mržnji, preziru ili poruzi jednog ili grupe lica⁷⁴.

Konačno, član 6 Dodatnog protokola predviđa međunarodno krivično delo pod nazivom: “Poricanje, značajno umanjivanje, odobravanje ili opravdavanje genocida ili zločina protiv čovečnosti”⁷⁵. Za krivičnu odgovornost, odnosno kažnjivost potrebno je izvršenje dela sa namerom i protivpravno, kao što je⁷⁶: distribucija ili na drugi način činjenje dostupnim javnosti, preko računarskog sistema, materijala koji poriču, značajno umanjuju, odobravaju ili opravdavaju dela koja predstavljaju genocid ili zločine protiv čovečnosti, propisane međunarodnim pravom i priznatim kao takvim konačnim i obavezujućim odlukama Međunarodnog vojnog tribunala (tzv. Nirnberškog suda) ili drugog međunarodnog suda osnovanog međunarodnim instrumentima čiju nadležnost priznaje odgovarajuća država. Radnju izvršenja ovog krivičnog dela čine sledeće alternativno propisane delatnosti: a) distribucija – omogućavanje drugim, individualno neodređenim licima da dođu do saznanja ili u posed materijala i b) činjenje materijala dostupnim javnosti na drugi način. Za postojanje dela potrebno je da se radnja izvršenja preduzima⁷⁷: 1) na određeni način – preko računarskog sistema i 2) u odnosu na određeni objekt napada – materijal koji se odnosi na: a) poricanje – izričito ili prećutno negiranje, b) značajno umanjivanje – minimiziranje, c) odobravanje – prihvatanje, saglašavanje i d) opravdavanje, pod uslovom da se ove delatnosti odnose na krivična dela koja predstavljaju genocid ili zločin protiv čovečnosti, pod uslovom da

aktuelnim trendovima u regionu, Novi Sad, 2015, str. 227–237.

⁷³ H. Hanić, M. Sućeska, *Kompjuterski kriminal – pojavni oblici i preventiva*, Sarajevo, 2008, str. 89–117.

⁷⁴ D. Vuletić, *Bezbednost u sajber prostoru*, Beograd, 2012, str. 72–95.

⁷⁵ S. Franjić, *Geneza računalnog kriminaliteta, Kriminalističke teme*, Sarajevo, broj 3-4/2015, str. 53–70.

⁷⁶ M. Budimlić, P. Puharić, *Kompjuterski kriminalitet – kriminološki, krivičnopravni, kriminalistički i sigurnosni aspekt*, Sarajevo, 2003, str. 151–174.

⁷⁷ I. Walden, *Computer crimes and Digital Investigations*, Oxford, 2007, str. 119–136.

su takva dela: 1) propisana međunarodnim pravom i 2) priznata kao takva konačnim i obavezujućim odlukama (presudama) nadležnih međunarodnih sudskih organa⁷⁸.

Teži oblik ovog dela⁷⁹ postoji u slučaju ako se radnja izvršenja u bilo kom obliku ispoljavanja preduzima sa određenom namerom koja motiviše učinioca na preduzimanje radnje izvršenja, pri čemu ta namera postoji na strani učinioca upravo u vreme izvršenja dela, te ona kvalifikuje direktan umišljaj kao oblik krivice. To je namera da se izazove mržnja, diskriminacija ili nasilje protiv bilo kojeg pojedinca ili grupe koja je zasnovana na rasi, boji kože, naslednom ili nacionalnom ili etničkom poreklu, kao i veri, ako se to koristi kao izgovor za bilo koji od tih faktora, bez obzira na to da li je ova namera ostvarena u konkretnom slučaju.

8. Zaključak

Uz sve veću prisutnost digitalizacije u svim sferama društvenog života, sve češće dolazi do njene zloupotrebe. Tako se poslednjih decenija u okviru opštih, klasičnih krivičnih dela javljaju novi pojavni oblici ili vidovi ispoljavanja u slučaju preduzimanja njihove radnje izvršenja uz pomoć, korišćenjem, posredstvom, upotrebom računara, računarskih sistema ili računarske mreže. Istovremeno se javljaju nova, do sada nepoznata, krivična dela koja se vrše na ovaj način. Svi ovi oblici protivpravnih delatnosti uz pomoć računara, kojima se povređuju ili ugrožavaju prava, interesi ili dobra drugih fizičkih ili pravnih lica, čine sistem računarskih krivičnih dela. Na bazi brojnih međunarodnih dokumenata donetih poslednjih decenija u okviru Saveta Evrope, a posebno na bazi Konvencije o visokotehnološkom kriminalu (2001), odnosno Dopunskom protokolu koji se odnosi na inkriminaciju dela rasističke i ksenofobične prirode izvršenih preko računarskih sistema, uspostavljeni su temelji za nacionalna zakonodavstva za propisivanje pojedinih računarskih krivičnih dela, sa sistemom krivičnih sankcija, te pravilima o odgovornosti fizičkih i pravnih lica za njih. Stoga su brojna rešenja sistema računarskih krivičnih dela prisutna u uporednom krivičnom zakonodavstvu, koja su zasnovana na ovim standardima, u većoj ili manjoj meri unificirana, odnosno standardizo-

⁷⁸ S. Stanić, Savremeni oblici kompjuterskog kriminaliteta, Zbornik radova, Društvena reakcija na savremene oblike ugrožavanja bezbjednosti, Banja Luka, 2012, str. 125–134.

⁷⁹ A. Dedović, D. Stanojković, Kompjuterski kriminalitet – opšta razmatranja, Zbornik radova, Sigurnost i društvo, Mostar, 2021, str. 485–496.

vana.

Kao rezultat višegodišnjih aktivnosti različitih međunarodnih subjekata, Savet Evrope je 2001. godine usvojio Konvenciju o visokotehnoškom kriminalu koja predstavlja osnovni izvor evropskog krivičnog prava ili sistema međunarodnih standarda za sprečavanje i suzbijanje računarskog kriminaliteta na evropskom kontinentu. U prvom poglavlju: "Mere koje treba da se preduzmu na nacionalnom nivou" pod nazivom: "Materijalno krivično pravo" Konvencija daje pojam, opis, sadržinu i karakteristike pojedinih računarskih krivičnih dela, čime se uspostavlja sistem međunarodnih standarda ovih inkriminacija za nacionalna krivična zakonodavstva. Tako su postavljene pravne osnove za inkriminaciju delatnosti u vezi ili povodom zloupotrebe računara, računarskih podataka ili računarskih sistema u krivičnom zakonodavstvu država članica Saveta Evrope.

Interesantna su rešenja prema kojima Konvencija predviđa više grupa računarskih krivičnih dela za koje su propisane različite vrste kazni kao "delotvorne, proporcionalne i odvraćajuće sankcije", koje uključuju lišavanje slobode (za fizička lica), odnosno novčanu kaznu (za pravna lica). To su: 1) krivična dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka i sistema: a) nezakonit pristup (član 2), b) nezakonito presretanje (član 3), c) ometanje podataka (član 4), d) ometanje sistema (član 5) i e) zloupotreba uređaja (član 6), 2) krivična dela u vezi sa računarima: a) falsifikovanje u vezi sa računarima (član 7) i b) prevara u vezi sa računarima (član 8), 3) krivična dela u vezi sa sadržajem – krivična dela u vezi sa dečijom pornografijom (član 9) i 4) krivična dela u vezi sa kršenjem autorskih i srodnih prava (član 10).

Konvencija (član 11) takođe poznaje posebne, specifične oblike ispoljavanja računarskih krivičnih dela, kao što su: a) pokušaj krivičnog dela i b) saučesništvo u obliku: 1) pomaganja i 2) podstrekavanja. Konačno, pored fizičkih lica, za računarska krivična dela odgovaraju i pravna lica (član 12) pod sledećim uslovima: a) ako je krivično delo izvršeno u njihovu korist, b) ako je krivično delo izvršilo bilo koje fizičko lice, delujući kao pojedinac ili kao član organa pravnog lica i c) ako fizičko lice ima rukovodeću ulogu u pravnom licu na osnovu: 1) ovlašćenja da zastupa pravno lice, 2) ovlašćenja da donosi odluke u ime pravnog lica i 3) ovlašćenja da vrši kontrolu unutar pravnog lica. Ovakva rešenja poznaju danas brojna savremena evropska krivična zakonodavstva, uključujući i Republiku Srbiju, kao i države u okruženju.

Literatura

1. Ambos, K., *International Strafrecht*, Munchen, 2011.
2. Babić, V., *Kompjuterski kriminal*, Sarajevo, 2009.
3. Babić, V., *Dečija pornografija i internet – interdisciplinarni ogledi*, Vitez, 2013.
4. Bakreski, O., Milešeska, T., *Bezbednosta na informaciiite i kritičnata infrastruktura*, Skopje, 2021.
5. Bennett, W.W., Hess, K.M., *Criminal investigation*, Belmont, 2004.
6. Božić, V., Cyber kriminalitet sa osvrtom na pandemiju Covid-19, Zbornik radova *Covid-19 – izazovi i posljedice*, Brčko, 2021, str. 155–169.
7. Budimlić, M., Puharić, P., *Kompjuterski kriminalitet – kriminološki, krivičnopравни, kriminalistički i sigurnosni aspekt*, Sarajevo, 2003.
8. Cetinić, M., Kompjuterska krivična dela i njihovi pojavnici, *Pravni život*, Beograd, broj 10/1998, str. 259–280.
9. Clinard, M., *Corporate crime*, New York, 1983.
10. Clough, J., *Principles of Cybercrime*, Cambridge, 2010.
11. Cullen, P., *Computer crime, Law and the Internet, Regulating Cyberspace*, Oxford, 1997.
12. Dedović, A., Stanojković, D., Kompjuterski kriminalitet – opšta razmatranja, Zbornik radova, *Sigurnost i društvo*, Mostar, 2021, str. 485–496.
13. Emm Kareklas, S., *Priručnik za krivično pravo Evropske unije*, Beograd, 2009.
14. Esser, R., *Europaisches und International Strafrecht*, Heidelberg, 2013.
15. Franjić, S., Geneza računalnog kriminaliteta, *Kriminalističke teme*, Sarajevo, broj 3-4/2015, str. 53–70.
16. Franjić, S., Kaznena djela računarskog kriminaliteta u Republici Hrvatskoj, *Pravne teme*, Novi Pazar, broj 10/2017, str. 105–114.
17. Gillespe, A., *Child Pornography*, Abingdon, Routledge, 2011.
18. Gombrowicz, W., *Pornografija*, Krakow, 1994.
19. Grujić, Z., Kompjuterski kriminal – specifičnosti i savremeni izazovi, Zbornik *Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, broj 80/2018, str. 325–346.

20. Grupa autora, *Handbook of computer crime investigation*, San Diego, 2004.
21. Hanić, H., Sućeska, M., *Kompjuterski kriminal – pojavni oblici i preventiva*, Sarajevo, 2008.
22. Hilgedorf, E., Valerius, B., *Computer und Internet Strafrecht*, Heidelberg, 2012.
23. Ijeh, A., Curran, K., *Crime science and digital forensics*, Boca Raton, 2021.
24. Joksić, I., Mitrić, V., Rajaković, V., Bezbednost računarskih podataka u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, Zbornik radova *Prilagodavanje pravne regulative aktuelnim trendovima u regionu*, Novi Sad, 2015, str. 227–237.
25. Jovašević, D., Obeležja kompjuterskog kriminaliteta, *Pravni informator*, Beograd, broj 3/1998, str. 56–62.
26. Jovašević, D., Hašimbegović, T., *Krivična dela falsifikovanja*, Beograd, 2000.
27. Jovašević, D., Krivičnopravna zaštita bezbednosti računarskih podataka, *Pravni informator*, Beograd, broj 6/2003, str. 53–58.
28. Jovašević, D., *Međunarodno krivično pravo*, Niš, 2011.
29. Jovašević, D., Ikanović, V., *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka, 2015.
30. Jovašević, D., Računarski kriminalitet u Srbiji i evropski standardi, *Evropsko zakonodavstvo*, Beograd, broj 47-48/2014, str. 40–56.
31. Jovašević, D., Računarska prevara – krivična odgovornost i kažnjivost u međunarodnom i nacionalnom pravu, Zbornik radova, *Pravo i digitalizacija*, Niš, 2021, str. 51–73.
32. Kevrić, D., Visokotehnoški (kompjuterski) kriminalitet – primjena materijalnog prava iz te oblasti, *Pravo i pravda*, Sarajevo, broj 1/2017, str. 295–309.
33. Kouch, J., *Cyber Crime*, Praha, 2016.
34. Lutovac, S., Račić, J., Kompjuterski kriminal kao savremeni oblik kriminaliteta, *Megatrend revija*, Beograd, broj 4/2021, str. 281–292.
35. Matijašević, J., *Krivičnopravna regulativa računarskog kriminaliteta*, Novi Sad, 2013.

36. Matulović, M., Pavišić, B., *Dokumenta Vijeća Europe*, Zagreb, 2001.
37. Milošević, M., Internet prevare – savremeni način izvršenja i mere samozaštite, *Izbor sudske prakse*, Beograd, broj 2/2021, str. 5-7.
38. Moore, R., *Cyber Crime*, New York, 2005.
39. Neison, B., Phillips, A., Steuart, E., *Guide to computer forensics and investigations*, Boston, 2019.
40. Nikolovska, S., Kompjuterskiot kriminalitet kako seriozna zakana na bezbednost, Zbornik trudova, *Bezbednost i ekološka bezbednost*, Ohrid, 2010, str.308-322.
41. Nikolovska, S., *Metodika na istraživanje kompjuterska kriminaliteta*, Skopje, 2013.
42. Novoselec, P., *Uvod u gospodarsko kazneno pravo*, Zagreb, 2009.
43. O'Donnell, I., Milner, C., *Child Pornography*, Cullompton, 2009.
44. Pavišić, B., *Kazneno pravo Vijeća Evrope*, Zagreb, 2006.
45. Pavišić, B., Kamber, K., Parenta, I., *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Rijeka, 2016.
46. Peršak, N., et al., *Računalniška/kibernetička kriminaliteta v Sloveniji*, Ljubljana, 2006.
47. Petrović, B., Jovašević, D., *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010.
48. Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A., *Krivično pravo 2*, Sarajevo, 2016.
49. Pradel, J., Corstens, G., *Droit penal europeen*, Paris, 2002.
50. Prelić, Lj., *Pornografija – porok ili kriminal*, Beograd, 1987.
51. Radulović, S., Zakonskim promenama ka efikasnijoj borbi protiv visokotehnološkog kriminala, *Revija za bezbednost*, Beograd, broj 4/2011, str. 282–294.
52. Selinšek, Lj., *Gospodarsko kazneno pravo*, Ljubljana, 2006.
53. Simović, N., Jovašević, D., Simović, M., *Privredno kazneno pravo*, Banja Luka, 2015.
54. Službeni glasnik Republike Srbije broj 19/2009.
55. Spasojević, D., Otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela učinjenih zloupotrebom računarske mreže od maloletnika, *Pravni život*, Beograd, broj 2/2019, str. 675–688.

56. Stanić, S., Savremeni oblici kompjuterskog kriminaliteta, Zbornik radova, *Društvena reakcija na savremene oblike ugrožavanja bezbjednosti*, Banja Luka, 2012, str. 125–134.
57. Šepec, M., *Kazniva dejanja kibernetičkega kriminaliteta*, doktorska disertacija, neobjavljena, Ljubljana, 2015.
58. Sullivan, R., *Pornography*, Cambridge, Malden, 2015.
59. Tribuson, G., *Dejiny pornografije*, Bratislava, 2008.
60. Tupačevski, N., Kompjuterski kriminalitet, *Godišnjak na Pravniot fakulteta vo Skopje*, Skopje, broj 34/1990-1991, str. 201–213.
61. Vestbi, Dž., *Međunarodni vodič za borbu protiv kompjuterskog kriminaliteta*, Beograd, 2004.
62. Vučković, B., Vučković, V., Računarski kriminal, Zbornik radova, *Pravo i digitalne tehnologije*, Novi Sad, 2019, str. 54–64.
63. Vučurević, M., *Pornografija od pećine do sajber prostora*, Beograd, 2014.
64. Vuletić, D., *Bezbednost u sajber prostoru*, Beograd, 2004.
65. Završnik, A., *Kibernetička kriminaliteta*, Ljubljana, 2015.
66. Zvrlevski, M., Andononova, S., Miloševski, V., *Priručnik za kompjuterski kriminal*, Skopje, 2014.
67. Walden, I., *Computer crimes and Digital Investigations*, Oxford, 2007.

Prof. Dragan Jovašević, L.L.D.⁸⁰

SYSTEM OF INTERNATIONAL STANDARDS AND COMPUTER CRIMINAL OFFENSES

Summary: *The modern criminal legislation of a number of developed countries in Europe in the system of criminal offenses foresees criminal responsibility and punishment for several computer crimes. European standards are the basis for their punishment. Namely, the Budapest Convention established rules for the prescription of certain computer crimes in the national legislation, for the responsibility of natural and legal persons as their perpetrators, and for determining the punishment. There are two types of computer crimes. One type consists of existing general criminal acts that acquire new forms of expression because their execution is undertaken with the help or use of computers, computer systems, or computer networks. The second type is represented by new, so far unknown, criminal acts that are committed in this way. All these forms of illegal activities with the help of computers, which violate or threaten the rights, interests or goods of other physical or legal persons, constitute computer crimes, the basis of which are the European standards whose content, characteristics and elements are discussed in this paper.*

Key words: *computers, abuse, criminal offense, illegality, international documents, standards*

⁸⁰ Full Professor, Law faculty, University of Niš

ДВИЈЕ ДЕЦЕНИЈЕ ОДРЕДАБА О ОРГАНИЗОВАНОМ КРИМИНАЛИТЕТУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВНИ

Проф. др Миле Шикман*

Апстракт: Када је прије двадесет година уведено ново кривично законодавство у БиХ (кривични закони и закони о кривичном поступку), организовани криминалитет је био у фокусу пажње. То се огледало кроз одредбе ситуиране у општем и посебном дијелу кривичних закона, као и увођење посебних истражних радњи у законима о кривичном поступку, укључујући и друге процесне одредбе којима је третиран организовани криминалитет. Тако је дефинисан организовани криминалитет (група за организовани криминал), али и оно што он није (организована група), инкриминисана су појединачна кривична дјела организованог криминалитета, како она којима се формира организована криминална група (удруживање ради вршења кривичних дјела, организовани криминал), тако и она која врше њени припадници (типична кривична дјела за организовани криминалитет). Прописане су посебне истражне радње као потпуна новина до тада, што је требало да омогући ефикасније прикупљање доказа о организованом криминалитету, када то није било могуће прикупити на други начин. Истовремено, усвојени су и други закони (о одузимању имовине, прању новца и слично), а извршена је специјализација државних органа у сузбијању организованог криминалитета (посебна одјељења судова и тужилаштва, и сл.). Предмет овог рада

* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, mile.sikman@pf.unibl.org

је оцјена адекватности наведених кривичноправних норми, а у свјетлу двадесет година њихове имплементације у пракси.

Кључне ријечи: организовани криминалитет, кривични закон, закон о кривичном поступку, норма.

УВОД

Увођење одредаба о организованом криминалитету у кривично материјално и процесно законодавство била је једна од највећих новина 2003. године. То је заправо било и очекивано, с обзиром на то да је овај феномен већ тада био означен као једна од највећих пријетњи не само појединачним државама, већ и на међународном нивоу. Такође, у прилог усвајању одредаба о организованом криминалитету у домаће законодавство ишла је и чињеница да је те године ступила на снагу Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета¹. Ово је заправо прилика да пратимо развој и тог најзначајнијег међународноправног документа када је ријеч о супротстављању организованом криминалитету и његове имплементације у пракси². Дакле, било је прилична непознаница како ће се новоуведене одредбе имплементирати у пракси, почев од схватања организованог криминалитета, тј. дефинисања групе за организовани криминалитет, па до примјене посебних истражних радњи у конкретним предметима. Због тога је и било очекивано да ће се након одређеног времена приступити измјенама појединих норми, а све са циљем њихове адекватније примјене у пракси. Јубилеји, као што је двадесета годишњица од прописивања норми о

¹ БиХ је исте године прихватила и ратификовала Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета (Службени гласник БиХ, број: 03/2002).

² Види опширније: Tennant, I. 2021. Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History of the UN Convention Against Transnational Organized Crime. *Journal of Illicit Economies and Development*, 2(1), pp. 53–71. DOI: <https://doi.org/10.31389/jied.90>; Rose, C. (2020). The Creation of a Review Mechanism for the UN Convention Against Transnational Organized Crime and Its Protocols. *American Journal of International Law*, 114(1), 51–67. doi: 10.1017/ajil.2019.71; Mejia, T. B. (2021). The United Nations Convention against Transnational Organized Crime 20 Years from Its Adoption: Strengths, Achievements and Challenges Ahead. *Brill Research Perspectives in Transnational Crime*, 3(2-3), 3-21. <https://doi.org/10.1163/24680931-12340013>

организованом криминалитету, на неки начин су прилика да се сагледа ретроспектива и утврди тренутно стање посматране проблематике.

У раду ћемо приказати одредбе о организованом криминалитету у Кривичном закону БиХ³ [КЗ БиХ] и Закону о кривичном поступку БиХ⁴ [ЗКП БиХ], док ћемо указати на разлике у осталим кривичним и процесним законима у БиХ, и то: Кривичног законика Републике Српске⁵ [КЗ РС] и Закона о кривичном поступку Републике Српске⁶ [ЗКП РС], Кривичног закона Федерације БиХ⁷ [КЗ ФБиХ] и Закона о кривичном поступку Федерације БиХ⁸ [ЗКП ФБиХ], Кривичног закона Брчко дистрикта БиХ⁹ [КЗ БД БиХ] и Закона о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ¹⁰ [ЗКП БД БиХ]. Посебна пажња биће посвећена развоју ових норми у периоду од двадесет година, са освртом на њихову примјену у судској пракси. У том смислу сагледаћемо три питања:

У којој мјери су уведене норме усклађене са међународним законодавством, прије свега Конвенцијом Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета¹¹ из 2000. године и Оквир-

³ Кривични закон БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 и 47/2023.

⁴ Закон о кривичном поступку БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018.

⁵ Кривични законик Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, бр. 64/2017, 104/2018 – одлука УС, 15/2021, 89/2021 и 73/23.

⁶ Закон о кривичном поступку Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, бр. 53/2012, 91/2017, 66/2018 и 15/2021.

⁷ Кривични закон Федерације БиХ, Службене новине ФБиХ, бр. 36/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 и 31/2023.

Кривични закон Федерације БиХ, Службене новине ФБиХ, бр. 36/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 и 31/2023.

⁸ Закон о кривичном поступку Федерације БиХ, Службене новине ФБиХ, бр. 35/2003, 56/2003 – испр., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 и 74/2020.

⁹ Кривични закон Брчко дистрикта БиХ, Службени гласник Брчко дистрикта БиХ, бр. 19/2020 – пречишћен текст.

¹⁰ Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ, Службени гласник Брчко дистрикта БиХ, бр. 34/2013 – пречишћен текст, 27/2014, 3/2019 и 16/2020.

¹¹ United Nations Convention against Transnational Organized Crime, General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000.

ном одлуком Европске уније о борби против организованог криминалитета¹² из 2008. године¹³?

Одговарају ли описи бића кривичних дјела за све облике организованог криминалитета и одговарају ли прописане кривичне санкције за та кривична дјела потреби сузбијања организованог криминалитета?
и

У којој мјери су усаглашене одредбе о посебним истражним радњама прописане кривичним процесним законодавством у БиХ?

То ће бити основ за оцјену адекватности норми о организованом криминалитету у кривичном законодавству у БиХ. На овом мјесту је потребно указати на то да би оцјена адекватности норми о организованом криминалитету била потпуна, неопходно би било сагледати и друге правне прописе (нпр. законе о организацији судова и тужилаштва у БиХ, спречавању прања новца, одузимању нелегално стечене користи, итд.), што због обима рада неће бити могуће урадити.

ИНКРИМИНАЦИЈЕ О ОРГАНИЗОВАНОМ КРИМИНАЛИТЕТУ У МАТЕРИЈАЛНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БиХ

Како смо навели, норме о организованом криминалитету уведене су 2003. године у материјално кривично законодавство тада потпуно новим кривичним законима у БиХ¹⁴. Ипак, то није учињено на једнообразан начин и у сваком кривичном закону егзистирале су различите одредбе, мање или више усклађене, како међусобно тако и са међународно правним документима из ове области¹⁵. Тако је у КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ дефинисана организована група људи и злочиначка организација, док су у КЗ РС уведени слични појмови (организована криминална

¹² Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime, Official Journal of the European Union, L 300/42

¹³ Овај документ Европске уније о борби против организованог криминалитета БиХ није ни разматрала, будући да није чланица Европске уније. Ипак, како је БиХ у поступку придруживања Европској унији, приказали смо усаглашеност и са овим документом.

¹⁴ Види опширније коментаре о предметним одредбама: Бабић, М., Филиповић, Љ., Марковић, И., Рајић, З. (2005). *Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини*. Сарајево: Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија.

¹⁵ Прије свега мислимо на Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета из 2000. године, тзв. Палермо конвенцију.

група и злочиначка организација), али са другачијим садржајем¹⁶. Одредбе у КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ биле су великој мјери усклађене са Палермо конвенцијом из 2000. године, док наведене одредбе у КЗ РС нису, с обзиром на то да су представљале континуитет ранијег кривичног законодавства у Републици Српској¹⁷. У посебном дијелу кривичних закона у БиХ била су прописана кривична дјела којима се формира криминална организација, као и кривична дјела која врше припадници криминалне организације. Ова кривична дјела била су различито систематизована, као и са различитим степеном међусобне усклађености, као и усклађености са међународноправним документима.

Током времена норме о организованом криминалитету у кривичним законима у БиХ су више пута мијењане и допуњаване, тако да данас егзистирају сљедеће одредбе:

Одредбе којима се дефинише појам организованог криминалитета.

Одредбе којима се прописују кривична дјела којима се формира и/или приступа групи за организовани криминал и

Одредбе којима се прописују кривична дјела која врше припадници групе за организовани криминал.

Одредбе којима се дефинише појам организованог криминалитета садржане су у општем дијелу кривичних закона. КЗ БиХ у чл. 1 “организована група” дефинисана је као група људи која је формирана ради непосредног извршења кривичног дјела и која не мора да има формално дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру (ст. 21), док је “група за организовани криминал” група од три или више лица, која постоји у извјесном временском периоду и која дјелује споразумно с циљем чињења једног или више кривичних дјела за која се по закону може изрећи казна затвора преко три године или

¹⁶ Интересантан је био појам „злочиначка организација“ која је дефинисана као „удружење од најмање три лица чији чланови су се удружили ради вршења кривичних дјела. Дјеловање злочиначке организације вишег степена усмјерено је и према остваривању и задржавању надзора над појединим привредним или другим дјелатностима, при чему се користи застрашивањем или насиљем ради утицаја на друга лица да им приступе или им се повинују. Злочиначку организацију одликује висок степен повезаности чланова, унутрашња организација на основу односа хијерархије и дисциплине те подјеле рада. Злочиначка организација је основ појма организованог криминала“ (чл. 147 ст. 13 КЗ РС).

¹⁷ Управо је концепт организовања злочиначког удружења као посебног облика саучесништва које је познавало претходно законодавство као општу установу задржан и у новом законодавству задржао своје одређење, што је касније мијењано.

тежа казна, а ради стицања материјалне користи (ст. 2). У КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ ове одредбе су истовјетне, док КЗ РС користи другачије термине, “група” и “организована криминална група”, а у самој дефиницији овог другог термина прави разлику прецизирајући да у број чланова организоване криминалне групе улази и организатор или руководилац удружења (чл. 123 ст. 10). У односу на међународно правне документе, евидентне су термиолошке и материјалне разлике, тј. неусклађености. Термиолошке разлике требало би да буду мање битне¹⁸, јер су уведена два појма, од којих један дефинише организовани криминалитет, а други одређује што то није. Ипак, да то није тако, видљиво је кроз анализу судске праксе у предметима организованог криминалитета из које се уочава да се у кривичним поступцима за ова дјела не прави јасна разлика између ових појмова¹⁹. Материјална неусклађеност тиче се прије свега одређења појма тешког кривичног дјела, које је у кривичном законодавству у БиХ садржано у појму групе за организовани криминал, односно организоване криминалне групе. Овим одредбама прописано је да је група за организовани криминал формирана са циљем вршења једног или више кривичних дјела за која се по закону може изрећи казна затвора преко три године или тежа казна, док је међународним прописима доњи лимит одређен као казна од четири године или тежа казна. Овакав став законодавца код нас нема јасно упориште, посебно ако узмемо у обзир да је у процесном законодавству доњи лимит за одређивање посебних истражних радњи посљедњим измјенама подигнут на пет година.

¹⁸ Терминологија у великој мјери зависи и од превода из оригиналних докумената. Тако се у Конвенцији Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета (2000) користе термини “Organized criminal group” и “Structured group”, док су у Оквирној одлуци Европске уније (2008) то појмови “Criminal organisation” и “Structured association”. Уочава се да би еквивалентни преводи били “организована криминална група” и “структурирана група”, односно “криминална организација” и “структурисано удружење”. Такође, поред контекста превода, треба у обзир узети и правила српског језика и књижевности, нпр. да ли је исправно да два придјева буду један до другог у смислу превода енглеске конструкције “Organized criminal group” у “Организовану криминалну групу” или је исправнији превод “Група за организовани криминал”.

¹⁹ Види опширније: Шикман, М. (2019). Организовани криминалитет – криминалистичка и судска пракса у Босни и Херцеговини. У: *Казнена политика и превенција криминалитета*. Требиње: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 369–392.

Одредбе којима се прописују кривична дјела којима се формира и/или приступа групи за организовани криминал садржана су у посебном дијелу кривичних закона у БиХ. Тако су у КЗ БиХ у Глави XXII – Договор, припремање и организовани криминал инкриминисана појединачна кривична дјела, укључујући и кривична удруживање ради чињења кривичног дјела (чл. 249) и организовани криминал (чл. 250). Наведене инкриминације садржане су и у КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ, с тим да су ситуиране у групи кривичних дјела против правосуђа, а уведена је још једна инкриминација, учествовање у групи која је учинила кривично дјело (чл. 341 КЗ ФБиХ, чл. 355 КЗ БД БиХ). КЗ РС у групи кривичних дјела против јавног реда и мира прописује кривично дјело удруживање ради вршња кривичних дјела (чл. 365) и извршење кривичног дјела у саставу криминалног удружења (чл. 366), док је кривично дјело организовани криминал брисано²⁰. Међутим, у кривичном законодавству у БиХ постоје и друга кривична дјела са елементом удруживања у групу за организовани криминал, а која су систематизована у друге групе кривичних дјела²¹.

²⁰ Треба навести да је у КЗ РС кривично дјело организовани криминал егзистирало у периоду од 2006. године (када је уведено тадашњим измјенама КЗ РС) па до 2017. Године, када је брисано новим текстом КЗ РС. Наведено становиште могло би бити прихватљиво, узимајући у обзир да се и у упоредном кривичном законодавству избјегава називање кривичног дјела на овај начин, јер како наводе Стојановић и Коларић (2014): “Таква одредба би морала бити изузетно широко постављена, да би обухватила велики број понашања која би се могла подвести под тај појам, што би било у директној супротности са начелом легалитета и његовим сегментом *lex certa* који истиче да кривичним законом мора бити у што већој мјери прецизно одређено понашање које представља кривично дјело и казна за њега”. Стојановић, З., Коралић, Д. (2014). *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 106.

²¹ Мисли се на кривична дјела у вези са трговином људским бићима, односно организована међународна трговина људима (чл. 186а), организована трговина људима (чл. 210а КЗ ФБиХ, чл. 207а КЗ БД БиХ) и удруживање ради вршења трговине људима и трговине дјецом (чл. 147 КЗ РС). Поред ових кривичних дјела, КЗ РС, законодавац код једног броја кривичних дјела прописује квалификовани облик ако је дјело учињено саставу групе и/или организоване криминалне групе, и то: принуда (чл. 141 ст. 2), отмица (чл. 142 ст. 2), трговина људима (чл. 145 ст. 3), трговина дјецом (чл. 146 ст. 5), угрожавање сигурности (чл. 150 ст. 2), изнуда (чл. 232 ст. 3 и 4), уцјена (чл. 233 ст. 3 и 4), зеленаштво (чл. 235 ст. 3 и 4), напад на судију и јавног тужиоца (чл. 339 ст. 3), недозвољена производња и промет оружја и експлозивних материјала (чл. 361 ст. 2), насилничко понашање (чл. 362 ст. 2) и насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу (чл. 363 ст. 2). У: Шикман, М. (2017). *Инкриминације организованог криминалитета у новом Кривичном законнику Републике Српске*,

Истовремено, код појединих кривичних дјела, која су типична за организовани криминалитет, није учињено нити једно, нити друго²². Анализом наведених одредаба може се уочити да се међусобно разликују по називима појединачних кривичних дјела, као и описима бића кривичних дјела, укључујући и прописани казнени распон. С друге стране, ове одредбе усклађене су са Конвенцијом Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета и Оквирном одлуком Европске уније против организованог криминалитета, осим одредаба садржаних у КЗ РС које се тичу висине прописане казне за ова кривична дјела²³.

Одредбе којима се прописују кривична дјела која врше припадници групе за организовани криминал нису посебно издвојена као кривична дјела организованог криминалитета, већ су систематизована у кривичним законима у групе кривичних дјела којима припадају по сродности²⁴. Такво номотехничко рјешење је адекватно јер би у супротном довело у питање систематику кривичних закона с обзиром на хетерогеност кривичних дјела која врше припадници групе за организовани криминалитет. С обзиром на принцип паралелне и подијељене надлежности кривичног законодавства у БиХ²⁵, у кривичним законима систематизована су појединачна кривична дјела, при чему су, између

Правна ријеч, број 52/2017, 3690–396, стр. 385, 386.

²² На примјер, код кривичних дјела: искориштавање дјеце за порнографију (чл. 175), искориштавање компјутерске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дјела сексуалног злостављања или искориштавања дјетета (чл. 178), неовлаштена производа и стављање у промет опојних дрога (чл. 207), омогућавање уживања опојних дрога (чл. 208), разбојништво (чл. 227), прање новца (чл. 236), спречавање доказивања (чл. 336), или код кривична дјела против безбједности компјутерских података. У: Шикман, М. (2017). *оп. цит.*, стр. 386.

²³ Наиме, Оквирном одлуком Европске уније против организованог криминалитета, прописано је да кажњавање организовања и/или учешћа у криминалној групи буде у распону од двије до пет година, док је у КЗ РС тај распон од шест мјесеци до пет година за основни облик удруживања ради вршења кривичних дјела (чл. 365 ст. 1), односно једне до 15 година за основни облик извршење кривичног дјела у саставу криминалног удружења (чл. 366 ст. 1).

²⁴ Примјера ради, у КЗ РС ситуирана је посебна група кривичних дјела тероризма, у којој су наведене сва кривична дјела тероризма.

²⁵ Ради се о доста специфичном моделу уређења кривичноправне материје и њене регулативе, јер критеријуми расподеле надлежности нису јасно и експлицитно постављени, као што је то било у ранијем кривичном законодавству. Бабић, М. (2016). Материјално кривично законодавство у постдејтонској Босни и Херцеговини (питање надлежности и примјена), *Crimen* 7(3), 291–310, стр. 294.

осталог, кривична дјела са елементом иностраности систематизована у КЗ БиХ. Тако су нпр. кривична дјела међународна трговина људима (чл. 186) и организована међународна трговина људима (чл. 186а) систематизована у КЗ БиХ, док су кривична дјела трговина људима (чл. 145), трговина дјецом (чл. 146) и удруживање ради трговине људима и дјецом (чл. 147) систематизована у КЗ РС, као и аналогна кривична дјела у КЗ ФБиХ²⁶ и КЗ БД БиХ²⁷. Ипак, евидентно је да постојећи закони и унутар њих наведене инкриминације и даље нису у потпуности усклађене како са међународним стандардима у овој области, тако ни међусобно. Иако је одређивање конститутивних елемената кривичног дјела трговине људима у поменутих међународним документима имало за циљ стварање јединственог појма тог кривичног дјела ради ефикаснијег сузбијања трговине људима на међународном плану, у БиХ кривично дјело трговине људима није на јединствен начин прописано у КЗ БиХ, КЗ ФБиХ, КЗ РС и КЗ БД БиХ²⁸. То отежава разумијевање и примјену свакако комплексног законског описа овог кривичног дјела, као и разликовање овог кривичног дјела од других повезаних кривичних дјела.²⁹ Управо, однос ових кривичних дјела са сличним кривичним дјелима, које имају за циљ искориштавање других лица, доводи до низ нејасноћа у њиховој примјени, с обзиром на велике сличности али и “преклапања” елемената бића кривичних дјела³⁰. Слично је и са

²⁶ У КЗ ФБиХ систематизована су кривична дјела трговина људима (чл. 210а) и организована трговина људима (чл. 210б).

²⁷ У КЗ БД БиХ систематизована су кривична дјела трговина људима (чл. 207а) и организована трговина људима (чл. 207б).

²⁸ Прво што се уочава јесте да је кривично дјело трговине људима систематизовано у различите групе кривичних дјела. Тако је у КЗ БиХ кривично дјело међународна трговина људима уврштено у Главу XVII – Кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом, у КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ наведена кривична дјела су уврштена у Главу XIX тих закона – Кривична дјела против полне слободe и морала. У КЗ РС кривична дјела трговина људима и трговина дјецом налазе се у Глави XIII – Кривична дјела против слобода и права грађана.

²⁹ Филиповић, Љ. (2017). *Трговина људима: Приручник за обуку судија и тужитеља*. Сарајево: Мисија ОСЦЕ-а у БиХ.

³⁰ Нпр. аналитички преглед инкриминација трговине људима и сродних кривичних дјела, са посебним освртом на облике искориштавања, нуди комплетан преглед постојећих инкриминација по основи којих постоји могућност кривичног гоњења по више основа за исте облике искориштавања. Види опширније: Мујановић, Е. (2021). *Дефиниције облика експлоатације у трговини људима у кривичним законима у Босни и Херцеговини: Елементи бића кривичног дјела*, Сарајево: World Vison, стр. 7

другим кривичним дјелима, која због обима рада не могу бити предмет ове анализе. Овакво стање норми појединачних кривичних дјела организованог криминалитета може да представља озбиљан проблем у процјени стања организованог криминалитета, јер не постоји јасна структура кривичних дјела организованог криминалитета.

НОРМЕ О СУЗБИЈАЊУ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА У ПРОЦЕСНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БиХ

Када је прије двадесет година усвајано ново кривично процесно законодавство у БиХ, неки од кључних циљева који су постављени односили су се на стварање правног оквира који ће омогућити ефикасније супротстављање “растућој корупцији и организованом криминалитету, уграђивање нових метода у супротстављању сложеним облицима савременог криминалитета, убрзање кривичног поступка, поједностављење кривичног поступка за лакша кривична дјела, заштита права и слобода човјека и хармонизација кривичноправних прописа у Босни и Херцеговини”³¹. У том смислу прописивање посебних истражних радњи представљено је као једна од главних новина, посебно узимајући у обир чињеницу да до тада примјена ових радњи и није била дозвољена у прикупљању доказа³². Сходно наведеном, у кривичном процесном законодавству у БиХ у посебним главама закона прописане су посебне истражне радње (ЗКП БиХ, ЗКП РС, ЗКП ФБиХ, ЗКП БД БиХ), и то: врста посебних истражних радњи³³, кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње, надлежност за одређивање и трајање истражних радњи,

³¹ Сијерчић-Чолић, Х., Хаџиомерагић, М., Јурчевић, М., Кауриновић, Д., Симовић, М. (2005). *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, Сарајево: Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија, стр. 14.

³² Неке од радњи биле су у домену полицијског рада, као нпр. специјална опсервација, али материјали прикупљени овом радњом нису имали доказни значај у кривичном поступку.

³³ Чл. 116 ЗКП БиХ (чл. 234 ЗКП РС, чл. 130 ЗКП ФБиХ и чл. 116 ЗКП БД БиХ) прописане су посебне истражне радње и то: а) надзор и техничко снимање телекомуникација, б) приступ компјутерским системима и компјутерско срањење података, ц) надзор и техничко снимање просторија, д) тајно праћење и техничко снимање лица, транспортних средстава и предмета који стоје у вези с њима, е) коришћење прикривених истражитеља и коришћење информатора, ф) симулирани и контролисани откуп предмета и симулирано давање поткупнине, г) надзирани превоз и испорука предмета кривичног дјела.

материјал добијен предузимањем радњи и обавјештавање о предузетим радњама, “случајни налаз”, поступање без судске наредбе или изван њеног оквира и кориштење доказа прибављених посебним радњама. Треба навести да се у прописивању посебних истражних радњи у законима о кривичном поступку у БиХ испољавају и одређене разлике у погледу кривичних дјела за која се ове радње могу одредити³⁴, док је раније било разлика и у погледу врсте посебних истражних радњи³⁵. Поред тога, када је ријеч о сузбијању организованог криминалитета, значајно је навести одредбе садржане у процесним законима о радњама доказивања, затим надзору тужиоца на радом овлашћених службених лица, споразум о признању кривице, итд³⁶.

За разлику од норми о организованом криминалитету у материјалном законодавству, одредбе о посебним истражним радњама нису се у значајнијој мјери мијењале. Једна свеобухватнија измјена услиједила је 2017. Године, када је Уставни суд Босне и Херцеговине у пленарном сазиву, у предмету број У 5/16, рјешавајући по поднесеном захтјеву, утврдио да одредбе чл. 117 т. д) и чл. 118 ст. 3 ЗКП БиХ нису у складу са одредбама чл. I/2 у вези са чл. II/3.ф) Устава Босне и Херцеговине, о чему је донио Дјелимичну одлуку о допустивости и меритуму³⁷. Треба нагласити да је и у ранијој пракси Уставни суд Босне и Херцеговине водио уставне спорове у вези са примјеном посебних истражних радњи, којим приликама је и утврђивао одговарајуће ставове³⁸. У конкретној од-

³⁴ Ова разлика резултат је различитих кривичних дјела у кривичним законима за која се по закону могу одредити посебне истражне радње, као и казна затвора од три године.

³⁵ На примјер, чл. 226. ЗКП РС предвиђао је посебне истражне радње и услове за њихову примјену на исти начин као и ЗКП БиХ (чл. 116), с тим што се у оквиру тих мјера није предвиђао информатор, већ само прикривени истражитељи (тач. д). Каснијим измјенама закона наведено је усклађено.

³⁶ За потпуну анализу одредаба о организованом криминалитету које су ситуиране у процесним законима свакако би требало сагледати и ове, као и друге одредбе.

³⁷ Одлука Уставног суда БиХ број У-5/16, Службени гласник БиХ, бр. 49/17.

³⁸ Нпр. да телефонски разговори, иако нису изричито наведени, потпадају под појам приватног живота и кореспонденције у смислу члана 8 Европске конвенције, те да пресретање телефонских разговора представља мијешање јавних власти у право на поштовање приватног живота. Види детаљније: Симовић, М. (2019). Посебне истражне радње у борби против најтежих облика криминалитета у контексту међународних стандарда и Одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине број У 5/16 од 1. јуна 2017. У: *Правосудни форум за Босну и Херцеговину – Посебне истражне радње* (67–114), Сарајево: Уставни суд Босне и Херцеговине, стр. 77

луци, подносиатеља апелација оспорила је одредбе које се тичу кривичних дјела за која се могу одредити посебне истражне радње,³⁹ надлежност за одређивање и трајање посебних истражних радњи⁴⁰, те материјал добијен посебним истражним радњама⁴¹. Поменутом одлуком Уставног суда, како наводи професор Симовић, утврђено је да “постоје структуралне и начелне мањкавости, те неуставност и несагласност неколико одредаба Закона с Уставом и Европском конвенцијом. Уставни суд је у овој одлуци установио одређене уставне недостатке неусклађености новог модела кривичног поступка с тужилачком истрагом, истакавши при томе да он нема овлашћење да одлучује о избору овог модела. Такође, у поступку оцјене ове уставности, очигледно је да је Уставни суд прихватио динамичку или еволутивну интерпретацију кривичних одредаба Устава којом уважава потребу сталног унапређења кривичнопроцесног модела условљеног глобализацијом савременог друштва и правног поретка. Том одлуком је у значајној мјери спроведена конституционализација кривичног процесног права”⁴². У вези с тим, Уставни суд првенствено запажа да је законодавац као услов за продужење посебних истражних радњи употребио синтагму „посебно важни разлози”, што представља неодређен појам који ни у једној другој одредби Закона није коришћен. Из тога произлази да судија за претходни поступак нема прецизна мјерила у закону према којима би могао размотрити приједлог тужиоца за продужење посебних истражних радњи и сагласно томе приједлог одбити, односно усвојити и одредити продужење⁴³.

Сходно наведеном, извршене су измјене ЗКП БиХ⁴⁴ тако што је у чл. 117 (кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње) прописано да ове радње долазе у обзир и за тачно побројана

³⁹ Образлажући ове наводе, истакла је да је прописивањем на овакав начин омогућено да се изузетак претвори у правило, односно у кривично законодавство се уносе елементи несразмјерности, прекомјерности и скривене арбитарности.

⁴⁰ У образложењу наводи да се дуг период не може сматрати сразмјерним роком у односу на природу и потребу за ограничавањем уставних права.

⁴¹ Образлажући ове наводе истакла је да уређење посебних истражних радњи није сагласно Уставу зато што не постоји механизам којим би се обезбиједила судска контрола.

⁴² Симовић, М. (2019). *оп. цит.*, стр. 101

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Закон о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку БиХ, који је објављен у „Службеном гласнику БиХ” број 65/18 од 21. септембра 2018. године, а ступио је на снагу 29. септембра 2018. године.

кривична дјела (чл. 117 т. а, б, ц, д),⁴⁵ при чему је главна новина да се ове радње могу одредити за кривична дјела за која се по закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна (чл. 117 т. е), за разлику од ранијег рјешења када је доњи минимум био казна од три године. Као што се уочава, сужен је круг кривичних дјела за која се могу одредити примјене посебних истражних радњи, тако што је општа граница запријеђене казне подигнута са три на пет година затвора. На овај начин, законодавац је ограничио примјену посебних истражних радњи на тежа кривична дјела, што је свакако и њихова сврха прописивања⁴⁶. У чл. 118 (надлежност за одређивање и трајање истражних радњи) ст. 3 мијења се тако да се прецизира трајање посебних истражних радњи из чл. 116, а уводи се и нова синтагма “ако дају резултате и постоји разлог да се настави с њиховим спровођењем ради прикупљања доказа”, која представља основ за продужавање ових мјера. Ове измјене су битне због тога што су многе пресуде оспораване управо у погледу продужавања трајања посебних истражних радњи. Наиме, дијелом одредбе који гласи „посебно важних разлога“ повријеђено је начело владавине права и право на правично суђење зато што није јасан и транспарентан и оставља могућност арбитрарног тумачења и поступања тијела пред којим се води поступак⁴⁷.

Иако ова одлука није била обавезујућа за законодавца у Федерацији БиХ, Републици Српској и Брчко дистрикту БиХ, очигледно је да

⁴⁵ То су сљедећа кривична дјела: против интегритета Босне и Херцеговине, против човјечности и вриједности заштићених међународним правом, тероризма, изазивање националне, расне и вјерске мржње, раздора и нетрпељивости; противправно лишење слободе; неовлаштено прислушкивање и звучно или оптичко снимање; повреда слободе одређене бирача; кривотворење новца; кривотворење вриједносних папира; прање новца; утаја пореза или превара; кријумчарење; организовање групе људи или удружења за кријумчарење или растурање неоцаријене робе; царинска превара; примање дара и других облика користи; давање дара и других облика користи; примање дара или другог облика користи за трговину утицајем; давање награде или другог облика користи за трговину утицајем; злоупотреба положаја или овлашћења; противзаконито ослобађање лица лишеног слободе; помоћ починиоцу послјеге учињеног кривичног дјела; помоћ лицу које је оптужио међународни кривични суд; спречавање доказивања; откривање идентитета заштићеног свједока; ометање правде; удруживање ради чињења кривичних дјела и организовани криминал.

⁴⁶ Већ смо указали да одредбе у материјалном кривичном законодавству које се односе на организовани криминалитет као доњи лимит одређују казну затвора од три године.

⁴⁷ Одлука Уставног суда БиХ број У-5/16, Службени гласник БиХ, бр. 49/17.

су се исти одлучили да изврше усклађивање одредаба ЗКП ФБиХ, ЗКП РС и ЗКП БД БиХ на начин да су уведене аналогне одредбе у те законе.

ЗАКЉУЧАК

На основу приказане анализе правних норми о организованом криминалитету садржаних у материјалном и процесном кривичном законодавству, можемо одговорити на постављена питања:

норме материјалног кривичног законодавства у БиХ (КЗ БиХ, КЗ РС, КЗ ФБиХ, КЗ БД БиХ) које се односе на организовани криминалитет у великој мјери су усклађене са међународним законодавством, прије свега Конвенцијом Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета из 2000. године и Оквирном одлуком Европске уније о борби против организованог криминалитета из 2008. године. У дијелу који није усклађен, а тиче се доњег минимума од три године казне затвора који се сматра битним обиљежјем групе за организовани криминал, њиме се проширује зона понашања која се могу сматрати организованим криминалитетом, што може утицати на перципирање ове појаве. Наведено је и у супротности са прихваћеним рјешењем у кривичном процесном законодавству у БиХ, у дијелу којим се прописују примјене посебних истражних радњи за кривична дјела за која се по закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна.

описи бића кривичних дјела за све облике организованог криминалитета, укључујући прописане кривичне санкције за та кривична дјела нису у потпуности усклађена, као међусобно, унутар кривичног законодавства у БиХ (КЗ БиХ, КЗ РС, КЗ ФБиХ, КЗ БД БиХ), као ни са многобројним међународним документима који уређују појединачне области организованог криминалитета. На примјеру трговине људским бићима указали смо на обим неусклађености, док је слично и са другим кривичним дјелима типичним за организовани криминалитет.

одредбе о посебним истражним радњама у великој мјери су усаглашене са међународним стандардима у овој области, а све у циљу веће заштите гарантованих права и слобода. То значи да су створене законске претпоставке за сузбијање организованог криминалитета на напријед описани начин. Такође, ове одредбе су у великој мјери и међусобно усклађене, што у претходном периоду није био случај. Ипак, и даље се уочава да постоје одређене недоречености у погледу назива

појединих мјера,⁴⁸ затим недостатак одредаба којима би се регулисао начин примјене ових мјера⁴⁹ посебно узимајући у обзир чињеницу да њих предузимају искључиво полицијски органи. Поред тога, динамичне промјене у криминалном окружењу које су све више засноване на савременим технологијама од истражних органа захтијевају исто тако динамичан приступ. Најбољи примјер јесу актуелни поступци у чијем средишту су криптовани телефони и све оно што се тога тиче (масовни надзор телекомуникација, прибављање доказа, итд.)⁵⁰.

Наведене одговоре потребно је употпуни оцјеном казнене политике у конкретним кривичним предметима организованог криминалитета. Основ за такву врсту оцјене треба да буде анализа судске праксе из које је потребно утврдити обим и структуру кривичних дјела организованог криминалитета, те врсту изречених кривичних санкција, по висини казне, итд. У ранијим истраживањима у којима смо посматрали судску праксу у кривичним предметима организованог криминалитета⁵¹ могли смо уочити неколико особености. Као прво, уочава се да је у појединим случајевима “блага” казнена политика судова, што се огледа у изреченим казнама које су врло често ублажене испод законом прописаног ми-

⁴⁸ Нпр. назив мјере „надзор и техничко снимање телекомуникација“ може се сматрати прешироко одређеним, јер је и сам појам телекомуникација доста широк, а и он сам је доживио својеврсту трансформацију. Исто тако, назив мјере „надзор и техничко снимање просторија“ не регулише начин уласка у просторије, јер ова мјера подразумијева тајни улазак у просторије, ради вршења надзора, а што би било отклоњиво прецизирањем назива ове радње као нпр. тајни улазак ради вршења надзора и техничког снимања просторија. Види опширније: Шикман, М. (2017). *оп. цит.*, стр. 386.

⁴⁹ Код посебних истражних радњи нису конкретизовани начин и мјесто њиховог предузимања, што би значило да нису одређена посебним правилима о форми, те самим тим спадају у радње без посебне процесне форме. Ристић, Б. (2003). *Неки аспекти примјене новог кривичног законодавства, са освртом на посебне истражне радње*. Зборник радова „Реформа кривичног законодавства у Републици Српској“, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова (293–305), стр. 293

⁵⁰ Види опширније: Симовић, М., Шикман, М. (2023). Садржај шифроване комуникације (Ennetcom, Encrochat, Sky, есс, Аном, Exclu) као доказ у кривичном поступку. *Право и правда* 21(1), 227–254.

⁵¹ Шикман, М. (2019). Организовани криминалитет – криминалистичка и судска пракса у Босни и Херцеговини. У: *Казнена политика и превенција криминалитета*. Требиње: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу (369–392); Simović, M., Šikman, M. (2019). Adequacy of Penal Policy in Criminal Cases of Organized Crime. *Теме*, 43(4), 931–956.

нимума (више од 70% случајева). Разлог за то је дјелимично у чињеници да у појединим случајевима нису у потпуности основане оптужбе за организовани криминал, тј. група која је извршила конкретно кривично дјело нема све потребне елементе групе за организовани криминал⁵², већ евентуално организоване групе⁵³.

На основу наведеног, можемо оцијенити адекватности кривичног законодавства у БиХ, односно политику прописивања кривичноправних мјера и других инструмената за супротстављања организованом криминалитету. Евидентно је да су уведене норме о организованом криминалитету које су предмет међународноправних докумената, али истовремено је видљиво да нису у потпуности усклађене. Поред тога, као што је уочљиво, кривична дјела која имају обиљежја организованог криминалитета, било да се ради о кривичним дјелима којима се формира група за организовани криминал, било о онима која врше њени припадници, класификована су у различитим групама кривичних дјела. То је, с једне стране, и логично рјешење јер се ради о кривичним дјелима са плуралитетом заштитног објекта (вишеобјектна кривична дјела), док с друге стране, када се узме у обзир криминално политичко опредјељење у сузбијању организованог криминалитета, тежина ових кривичних дјела, запријеђена казна, карактеристике извршиоца, нарочито организатора и други критеријуми, онда би се могло размишљати о увођењу посебне главе (Кривична дјела организованог криминалитета), као што је то урађено код кривичних дјела тероризма (нпр. КЗ РС). У том смислу општи циљ био би омогућавање примјене материјалног кривичног права на конкретан случај, тј. утврђивање судском одлуком да ли је кривично

⁵² Наведено посебно имајући у виду како суштину феномена организованог криминалитета у теоријском смислу, тако и са становишта важеће законске дефиниције организованог криминала. Упореди: Шкулић, М. (2014). Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва. *НБП* 19(3), 1–26, стр. 23.

⁵³ Разматрајући сличну проблематику, професор Шкулић наводи: “У ствари, чини се да је тешко оправдати сврставање одређеног кривичног дјела у организовани криминал(итет), што у пракси примарно значи да оно спада у надлежност одговарајућих посебних судских одељења, осим када се по неком другом критеријуму ради о ‘посебно тешком кривичном дјелу’, а да се, када је ријеч о конкретном кривичном поступку за такво кривично дјело, конкретни окривљени истовремено кривично не гони и за кривично дјело удруживања ради вршења кривичних дјела, чије извршење по логици ствари представља суштинско обиљежје организованог криминал(итет)а”. Шкулић, М. (2014). *оп. цит.*, стр. 23–24.

дјело извршено, да ли га је извршио оптужени, да ли се оптуженом може изрећи кривична санкција.

Наведено указује на то да је потребно и даље развијати норме материјалног и процесног кривичног права које се тичу сузбијања организованог криминалитета. На то указује чињеница да је организовани криминалитет данас много већа пријетња него што је то био прије двадесет година, док је, с друге стране, далеко више држављана БиХ укључено у ове активности, како на међународном нивоу, тако и на простору БиХ.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бабић, М. (2016). Материјално кривично законодавство у постдејтонској Босни и Херцеговини (питање надлежности и примјена), *Crimen* 7(3), 291–310.
2. Бабић, М., Филиповић, Љ., Марковић, И., Рајић, З. (2005). *Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини*. Сарајево: Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија.
3. Филиповић, Љ. (2017). *Трговина људима: Приручник за обуку судија и тужитеља*. Сарајево: Мисија ОСЦЕ-а у БиХ.
4. Мујановић, Е. (2021). Дефиниције облика експлоатације у трговини људима у кривичним законима у Босни и Херцеговини: Елементи бића кривичног дјела, Сарајево: World Vison.
5. Одлука Уставног суда БиХ број У-5/16, Службени гласник БиХ, бр. 49/17.
6. Ристић, Б. (2003). *Неки аспекти примјене новог кривичног законодавства, са освртом на посебне истражне радње*. Зборник радова „Реформа кривичног законодавства у Републици Српској“, Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова (293–305).
7. Rose, С. (2020). The Creation of a Review Mechanism for the UN Convention Against Transnational Organized Crime and Its Protocols. *American Journal of International Law*, 114(1), 51-67. doi:10.1017/ajil.2019.71.
8. Мејја, Т. В. (2021). The United Nations Convention against Transnational Organized Crime 20 Years from Its Adoption: Strengths, Achievements and Challenges Ahead. *Brill Research Perspectives in Transnational Crime*, 3(2-3), 3–21. <https://doi.org/10.1163/24680931-12340013>

9. Сијерчић-Чолић, Х., Хадиомерагић, М., Јурчевић, М., Кауриновић, Д., Симовић, М. (2005). *Коментари закона о кривичном/казненом поступку у Босни и Херцеговини*, Сарајево: Савјет/Вијеће Европе и Европска комисија.
10. Симовић, М., Шикман, М. (2023). Садржај шифорване комуникације (Ennetcom, Encrochat, Sky.ess, Аном, Exclu) као доказ у кривичном поступку. *Право и правда* 21(1), 227–254.
11. Симовић, М. (2019). Посебне истражне радње у борби против најтежих облика криминалитета у контексту међународних стандарда и Одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине број У 5/16 од 1. јуна 2017. У: *Правосудни форум за Босну и Херцеговину – Посебне истражне радње* (67–114), Сарајево: Уставни суд Босне и Херцеговине.
12. Simović, M., Šikman, M. (2019). Adequacy of Penal Policy in Criminal Cases of Organized Crime. *Теме*, 43(4), 931–956.
13. Стојановић, З., Коралић, Д. (2014). *Кривичноправно сузбијање организованог криминалитета, тероризма и корупције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
14. Tennant, I. 2021. Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History of the UN Convention Against Transnational Organized Crime. *Journal of Illicit Economies and Development*, 2(1), pp. 53–71. DOI: <https://doi.org/10.31389/jied.90>
15. Шикман, М. (2019). Организовани криминалитет – криминалистичка и судска пракса у Босни и Херцеговини. У: *Казнена политика и превенција криминалитета*. Требиње: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу (369–392)
16. Шикман, М. (2017). Инкриминације организованог криминалитета у новом Кривичном закону Републике Српске, *Правна ријеч*, број 52/2017, 369–396.
17. Шкулић, М. (2014). Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва. *НБП* 19(3), 1–26.

Правни прописи:

1. Кривични закон БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 и 47/2023.
2. Закон о кривичном поступку БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 3/2003, 32/2003 – испр., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 – др. закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018.
3. Кривични законик Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, бр. 64/2017, 104/2018 – одлука УС, 15/2021, 89/2021 и 73/23.
4. Закон о кривичном поступку Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, бр. 53/2012, 91/2017, 66/2018 и 15/2021.
5. Кривични закон Федерације БиХ, Службене новине ФБиХ, бр. 36/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 и 31/2023.
6. Кривични закон Федерације БиХ, Службене новине ФБиХ, бр. 36/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 и 31/2023.
7. Закон о кривичном поступку Федерације БиХ, Службене новине ФБиХ, бр. 35/2003, 56/2003 – испр., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 и 74/2020.
8. Кривични закон Брчко дистрикта БиХ, Службени гласник Брчко дистрикта БиХ, бр. 19/2020 – пречишћен текст.
9. Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ, Службени гласник Брчко дистрикта БиХ, бр. 34/2013 – пречишћен текст, 27/2014, 3/2019 и 16/2020.
10. United Nations Convention against Transnational Organized Crime, General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000.
11. Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime, Official Journal of the European Union, L 300/42

Dr Mile Sikman, PhD**

TWO DECADES OF PROVISIONS ON ORGANIZED CRIME IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: *Twenty years ago, when new criminal legislation was introduced in BiH (criminal laws and laws on criminal procedure), organized crime was the focus of attention. This was reflected in the provisions located in the general and special part of the criminal laws, as well as the introduction of special investigative actions in the laws on criminal procedure, including other procedural provisions that dealt with organized crime. This is how organized crime is defined (organized crime group), but also what it is not (organized group), individual criminal acts of organized crime are incriminated, both those by which an organized criminal group is formed, and those committed by its members (typical criminal acts for organized crime). Special investigative actions were prescribed as a complete novelty until then, which should have enabled more efficient collection of evidence on organized crime, when it was not possible to collect it in any other way. At the same time, other laws were adopted (on confiscation of property, money laundering, etc.), and the specialization of state authorities in combating organized crime was carried out (special departments of courts and prosecutor's offices, etc.). The subject of this paper is the evaluation of the adequacy of the above norms, and in the light of twenty years of their implementation in practice.*

Keywords: *organized crime, criminal law, law on criminal procedure, norm.*

** Associate Professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, mile.sikman@pf.unibl.org

MLAĐI PUNOLETNICI U KRIVIČNOM POSTUPKU U DOMAĆEM I UPOREDNOM PRAVU

Dr Zoran Pavlović*¹

***Apstrakt:** U većini savremenih država krivičnopravno vreme maloletstva traje do navršenih osamnaest godina. Bez obzira na to, ova granica postala je relativna, sa stvaranjem zakonske mogućnosti primene maloletničkog krivičnog prava i na mlađe punoletne osobe, a do njihove 21. godine. Pravila maloletničkog krivičnog prava na mlađe punoletne osobe odnosi se na sve faze postupka, sa naglaskom na ulogu službi socijalne zaštite, procenjivanje zrelosti mlađeg punoletnika, njegov boravak u pritvoru, uključujući i izvršni krivični postupak. Izuzetak od primene pravila opšteg krivičnog zakonodavstva na mlađe punoletne izvršioce treba upravo restriktivno primenjivati. Međunarodni standardi prema mlađim punoletnim izvršiocima krivičnih dela u većini savremenih zakonodavstava su implementirani u pozitivno zakonodavstvo, i to kako u Republici Srbiji, tako i u zemljama regiona i šire. Pitanja na koja moraju sudovi da odgovore odnose se na proširenje mogućnosti maloletničkog prava na mlađe punoletne, ali ipak ne preširoko, kako se ne bi granica maloletstva i neopravdano povećala na 21 godinu života, što je zadatak nauke krivičnog prava i legislative de lege ferenda.*

***Ključne reči:** maloletnici, zrelost, minimalna granica krivične odgovornosti, mlađi punoletnici.*

¹* Dr Zoran Pavlović, redovni profesor Univerziteta Privredna akademija Novi Sad, Pravni fakultet, šef Krivičnopravne katedre i professor et dr h.c. Univerziteta u Pečuju, Pravni fakultet.

Uvodna razmatranja

Krivični postupak prema maloletnicima kao izvršiocima krivičnih dela različit je od onog prema punoletnim izvršiocima. Doktrinarni stav, kada je reč o mlađim punoletnicima, jeste da su to mlade osobe i još uvek nedovoljno zrele ličnosti, čiji proces sazrevanja nije završen do oko sredine dvadesetih godina života, što je rezultiralo i posebnom regulativom za njih. Fluidno određena gornja granica primene propisa o maloletnim izvršiocima krivičnih dela na mlađe punoletnike rezultat je činjenice da je izuzetno nezahvalno odrediti formalnopravnu životnu granicu krivične odgovornosti. Prelaz iz detinjstva u svet odraslih ima svoje posledice i u pravnom položaju lica koja u tom životnom uzrastu izvrše kazneno delo. Granica između maloletstva i punoletstva u krivičnopravnom smislu vrlo često se označava kao starosna granica krivične odgovornosti. Ovakvo označavanje čini se u današnjem trenutku vrlo arhaično, jer se umesto krivične odgovornosti, u pravu Srbije i zemljama bivše SFRJ taj institut, sa drugačijom sadržinom, označava izrazom krivica, u zakonskom smislu već 18 godina. Ali, nezavisno od toga, možemo kroz pregled relevantne literature da konstatujemo da se jedinstveno radi o istom pojmu u kontekstu teme, a to je – starosna granica krivične odgovornosti (*age of criminal responsibility*). Savremena krivičnopravna teorija i legislativna rešenja očigledno su u krivično pravo i implementirali mlađe punoletnike, kao prelazno rešenje iz maloletničkog u opšte krivično pravo, ograničavajući ga u Republici Srbiji na životnu dob od 18. do 21. godine života, dok se u nekim krivičnopravnim sistemima ona produžava i do 22. ili 25. godine čak (važi za neke nama geografski daleke zemlje i sisteme). Prepoznavanje posebne grupe mlađih punoletnih lica u krivičnopravnom sistemu tumačimo kao označavanje lica koja su formalno punoletna i na njih se primenjuju pravila opšteg krivičnog prava, ali zbog uvažavanja činjenica da se procesi socijalnog, psihičkog pa čak i fizičkog sazrevanja ne završavaju formalno sa 18 godina i punoletstvom, to automatski treba da otvori mogućnost delimične primene pojedinih posebnih pravila maloletničkog krivičnog prava. Iako bismo želeli da izbegnemo moguću polemiku zbog izraza, ova lica ćemo ovde označiti kao lica u *starosnoj tranziciji*. Ukoliko bismo ih označili kao maturalno (ne)zrele, time bismo učinili ovu temu mnogo širom.

Pravni položaj mlađih punoletnika u Republici Srbiji regulisan je posebnim zakonom kojim se reguliše i postupak prema maloletnicima (ZM).² Materijalnopravni, procesni i penološki položaj mlađih punoletnika

² Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravno zaštiti maloletnih lica,

u krivičnom i izvršnom krivičnom postupku je specifičan, što možemo reći da je karakteristika i u komparativnom zakonodavstvu. Bez ulaženja u analize brojki Republičkog zavoda za statistiku, koji govori o smanjenom broju izvršenih krivičnih dela od strane maloletnika i mlađih punoletnih lica, nekoliko tragičnih događaja u Republici Srbiji izvršenih sredinom 2023. od strane dece, maloletnika i mlađih punoletnika sa velikim brojem žrtava naveli su nas da se ovoj temi posvetimo sa dodatnom pažnjom, jer se ni na pravnim studijama o procesnom položaju mlađih punoletnika ne govori dovoljno. Iako su rešenja u domaćem zakonodavstvu u najvećoj meri usklađena sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti, upravo događaji iz 2023. u Beogradu i okolini Mladenovca upućuju nas da se temi položaja mlađih punoletnika u kaznenom pravu mora i dalje razgovarati, razmatrajući ne samo legislativna rešenja *de lege lata*, nego još važnije i rešenja *de lege ferenda*. Zato, krenimo redom.

Dva primera i nekoliko pitanja

Početak maja 2023. godine u Beogradu u Osnovnoj školi „Vladislav Ribnikar“ izvršeno je krivično delo teško ubistvo, za koje se osnovano sumnja da je izvršeno od strane deteta K. K. starog 13 godina. Tom prilikom devet učenika i čuvar u školi su lišeni života, a ima i lica koja su zadobila teške telesne povrede.³ S obzirom na to da se radi o licu koje u vreme kada je delo učinjeno nije navršilo četrnaest godina, prema njemu se ne mogu izreći krivične sankcije (član 4 stav 3 Krivičnog zakonika), niti se može voditi krivični postupak. Izuzetno teške posledice koje oseća celokupno društvo posle ove tragedije dovele su do čitavog niza pitanja na koja će se morati davati jedan po jedan odgovor. Jedno od njih tiče se i granice koja je utvrđena kao životna dob od kada se odgovornost za krivična dela može utvrđivati uopšte.⁴ Bez obzira na preporuke koje su date od strane Komiteta za prava deteta i drugih institucija, koje se uglavnom vezuju za 14 godina, u nekim zemljama je ta granica određena i sa 13 pa čak i sa 12 godina, iako su to uglavnom izuzeci. Ali, život je ponekad brži od zakonodavca, i ovo je pitanje

Službeni glasnik RS 85/05 (ZM).

³ <https://www.euronews.rs/srbija/aktuelno/86363/pucnjava-u-skoli-na-vracaru/vest>

⁴ Pavlović, Z., Petrović, I., (2023). Kažnjivo ponašanje i pravni okvir zaštite prava deteta sa osvrtom na usaglašenost sa evropskim standardima, Kragujevac, u: *Pravna regulativa usluga u nacionalnim zakonodavstvima i pravu Evropske unije*, 917–939.

koje sigurno mora detaljno da se razmotri, bez predrasuda i sa predlozima kako doći do rešenja koje je u, u skladu sa Konvencijom o pravima deteta UN, u najboljem interesu deteta. Da bi se zaista nešto konkretno realizovalo, primarno je da se sagledaju uzroci i odgovornosti svih, da se ovakva tragedija, bez obzira na to što je nepredvidiva i neočekivana, ne bi više ponovila.⁵ Emocionalni odgovori javnosti ne smeju da nadvladaju naučne stavove koji treba da odrede efektivna rešenja kako bi zakonodavac imao osnova da reaguje na pravi način.⁶

Počeci prelaska iz ranog detinjstva u odraslu dob jesu granica kojom se meri ova činjenica, a ogleda se u fizičkim, psihičkim, intelektualnim, društvenim, emotivnim, polnim i drugim promenama kod dece, što se onda reflektuje i na pravni položaj deteta koje u toj životnoj fazi učini kazneno delo. Individualizovano, ono počinje oko 10. godine života, a završava se sa 22–25 godina, što je još teže odrediti nego onu tzv. donju granicu.

Dana 4. maja 2023. godine u selima Malo Orašje i Dubona, pucnjima iz automatske puške i pištolja lišeno je života osam ljudi, a njih 14 je ranjeno, od kojih je još jedan kasnije preminuo. Za izvršenje krivičnih dela teško ubistvo iz čl. 114 st. 1 tač. 2 i 11 Krivičnog zakonika (KZ)⁷, nedozvoljena proizvodnja, držanje, nošenje i promet oružja i eksplozivnih materija iz čl. 348 st. 4 u vezi sa st. 3,2 i 1 KZ, otmica iz čl. 134 st. 2 KZ i neovlašćeno korišćenje tuđeg vozila iz čl. 213 KZ, osumnjičen je i vodi se istražni postupak pred Višim javnim tužilaštvom u Smederevu mlađi punoletnik U. B. (20).⁸

Okrivljeni U. B. protiv koga se vodi krivični postupak nalazi se u pritvoru, a postupak se vodi i protiv njegovih srodnika. Imajući u vidu činjenicu da je okrivljeni U. B. mlađi punoletnik, sem osnovnih podataka o pravnoj kvalifikaciji i drugim okrivljenima iz saopštenja VJT u Smederevu nije moguće doći do drugih podataka, kao i da se radi o predmetu koji još uvek nije ni u fazi optuženja, i dalja analiza ovog životnog događaja ne bi bila realna, ali se za sada mogu izvući određena pitanja u vezi sa ovom izuzetnom tragedijom, čije posledice se ne mogu nikada ublažiti ili ispraviti.

⁵ <https://www.novosti.rs/c/hronika/zlocin/1233903/kosta-kecmanovic-ubica-vracar-pucnjava-skoli-pucnjava-vracaru-najnovije-vesti-srbija-vracar-skola-vladislav-ribnikar-pucnjava-beograd-vesti-masakr-masovno-ubistvo-srbija-beograd>

⁶ Pavlović, Z., (2019). *Viktimizacija kroz životne cikluse*, Beograd, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 34.

⁷ Krivični zakonik, Službeni glasnik RS, br. 85/05, 88/05 – ispravka, 107/05 – ispravka, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16, 35/2019

⁸ <https://smederevo.vjt.rs/saopstenja/saopstenje-za-javnost-81/>

Odlučnost u izvršenju ovih krivičnih dela i način kako su izvršena biće predmet analize nadležnog suda, koji će imati zadatak da utvrdi sve relevantne činjenice u postupku. Zakonsko rešenje da je mlađe punoletno lice ono lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo osamnaest, a u vreme suđenja nije navršilo dvadeset jednu godinu (uz druge uslove) danas bi moglo da se ponovo razmotri koliko je odgovarajuće. Naime, ispunjavanjem međunarodnih standarda u Republici Srbiji utvrđena je dobna granica od 18, a gornja od 21 godine za mlađe punoletnike. Ali, kao što smo već rekli, reč je o individualizovanoj fazi jer biti odrastao kod nekoga se dešava sa 18, a kod drugog i do 25. godine. Zato odluke suda u ovakvim slučajevima nikada ne mogu biti jednostavne koliko to možda izgleda, uvažavajući sve specifičnosti kasne adolescencije. Nova naučna istraživanja upravo pokazuju da se proces sazrevanja završava tek oko 25. godine života, što bi impliciralo i produžetak trajanju faze mlađeg punoletstva,⁹ jer ono nije samo benefit za okrivljenog, već predstavlja i pojačanu ulogu i odgovornost svih relevantnih institucija uključenih u sudski postupak uopšte. Ovakav koncept poziva upravo da se kroz predviđene mehanizme više radi na prevenciji u svim oblicima, ali bez promptnog reagovanja i pune primene odredaba ovkvih zakonskih rešenja, teško je u ovom trenutku videti rezultate od regulative.

Mladi punoletnici u današnjem zakonodavstvu Srbije

Većina krivičnih zakona donetih u drugoj polovini 20. veka u Srbiji pravila je terminološko razlikovanje maloletnih i mlađih punoletnih učinilaca krivičnih dela, ali i na određivanje starosnih limita koji su se zadržali do danas. Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 1959. godine¹⁰ predviđeno je da se punoletnom licu koje u vreme suđenja nije navršilo 21 godinu života i čija duševna razvijenost odgovara razvijenosti maloletnika mogu izreći vaspitne mere (čl. 79j). Krivični zakonik iz 1976. godine normirao je da se učiniocu koji je u vreme izvršenja krivičnog dela navršio 18 ali nije navršio 21 godinu života može izreći vaspitna mera ukoliko se očekuje da će se njome postići svrha koja bi se ostvarila izricanjem kazne. Osim toga,

⁹ André M. van der Laan, Marinus G.C.J. Beerthuisen Charlotte S. Barendregt, Juvenile sanctions for young adults in the Netherlands: A developmental perspective, *European Journal of Criminology*, Volume 18 (Issue 4) July 2021, p. 526–546.

¹⁰ Krivični zakonik, Službeni list FNRJ br. 106/47, 13/51, Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, Službeni list FNRJ, br. 30/59, Krivični zakon SFRJ, Službeni list SFRJ broj 44/76.

mlađem punoletnom licu kome je izrečena vaspitna mera mogu se izreći sve mere bezbednosti osim zabrane vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti i zabrane javnog istupanja (čl. 82). Za razliku od krivičnopravnih rešenja iz perioda prošlog veka kojima su odredbe o maloletnim i mlađim punoletnim učiniocima krivičnih dela bile u okviru opšteg krivičnog zakonodavstva, 21. vek iznedrio je maloletničko krivično pravo kao autonomnu celinu kojom je regulisan položaj maloletnika i, u određenim slučajevima, mlađih punoletnih lica.

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (u nastavku: ZM) usvojen je 2005. godine. Odredbe navedenog zakona mogu se odnositi i na mlađa punoletna lica, odnosno lica koja su u vreme izvršenja dela navršila 18 godina, a u vreme suđenja nisu navršila 21 godinu života (čl. 3, st. 4). Da bi se lica ovog uzrasta mogla smatrati mlađim punoletnim licem, potrebno je kumulativno ispunjenje zakonom propisanih uslova. Pomenuti uslovi odnose se kako na uzrast učinioca krivičnog dela tako i na karakteristike ličnosti i okolnosti pod kojima je delo izvršeno.

Ono što je izuzetno važno jeste da je neophodna procena suda da će se vaspitnim merama u odnosu na konkretno lice postići ista svrha kao i izricanjem kazne (čl. 41, st. 1). ZM propisuje da će se određene odredbe ovog zakona primenjivati i na mlađa punoletna lica ako se do početka glavnog pretresa ustanovi da dolazi u obzir izricanje vaspitne mere (čl. 46). Pažljivim čitanjem i jezičkim tumačenjem zaključuje se da se postupak prema mlađim punoletnim licima pokreće od strane javnog tužioca za maloletnike. Javni tužilac za maloletnike podnosi zahtev za pokretanje pripremnog postupka sudiji za maloletnike koji se može složiti sa zahtevom i u tom slučaju se smatra da je pokrenut pripremi postupak. Ako se sudija za maloletnike ne složiti sa zahtevom za pokretanje pripremnog postupka, isti se može pokrenuti odlukom veća za maloletnike neposredno višeg suda (čl. 63). Sprovođenje pripremnog postupka, odnosno prve faze postupka prema mlađem punoletnom licu, u nadležnosti je sudije za maloletnike.

Tokom pripremnog postupka saradnja između javnog tužioca za maloletnike, sudije za maloletnike, organa starateljstva i veštaka (lekari, pedagozi, psiholozi) mora da postoji potpuna komunikacija i saradnja s ciljem utvrđivanja stepena socio-emocionalne zrelosti mlađeg punoletnog lica (čl. 53 i 64). S tim u vezi niko ne može biti oslobođen dužnosti da svedoči o okolnostima potrebnim za ocenjivanje zrelosti mlađeg punoletnika, upoznavanje njegove ličnosti i prilika u kojima živi (čl. 50). Kada su ispitane sve okolnosti u vezi sa izvršenjem krivičnog dela, ali i okolnosti

koje se odnose na stepen biopsihičke zrelosti učinioca starosne dobi od 18 do 21 godine, sudija za maloletnike dostavlja spise nadležnom javnom tužiocu za maloletnike koji može zahtevati da se pripremni postupak dopuni ili podneti obrazloženi predlog veću za maloletnike za izricanje krivične sankcije (čl. 69).

U odnosu na mlađe punoletno lice postupak se vodi prema pojedinim pravilima predviđenim za maloletne učinioce krivičnih dela. U skladu sa tim, mlađem punoletnom licu ne može se suditi u odsustvu, a od prvog saslušanja i tokom celog postupka mora imati izabranog branioca ili branioca po službenoj dužnosti (čl. 48 i 49). Mlađe punoletno lice poziva se preko roditelja, odnosno zakonskog zastupnika, osim u onim slučajevima kada bi se to negativno odrazilo na obavezu hitnog postupanja (čl. 54 i 56).

Ako sudija za maloletnike tokom pripremnog postupka stekne utisak da je potrebno izdvojiti mlađeg punoletnika iz sredine u kojoj živi ili radi, ili da mu je potrebno pružiti pomoć, nadzor, zaštitu ili smeštaj, doneće rešenje o meri privremenog smeštaja. Rešenje o ovoj meri može biti doneto ili ukinuto i tokom trajanja postupka pred sudom od strane predsednika veća ili veća za maloletnike (čl. 66 i 76). Ukoliko je, pak, mlađem punoletnom licu određen pritvor, po pravilu će biti odvojen od punoletnih lica, dok u pritvoru sa punoletnim licem može biti izuzetno pod uslovom da punoletno lice neće štetno uticati na mlađeg punoletnika (čl. 68, st. 1). Na mlađa punoletna lica primenjuju se i odredbe o isključenju javnosti tokom trajanja postupka te u skladu sa tim tok postupka i donesena odluka mogu biti objavljene samo uz dozvolu suda, ali se ime mlađeg punoletnika ne sme navesti, kao i podaci koji bi ukazivali na njegov identitet (čl. 55 i 75).

Mlađem punoletniku mogu biti izrečene samo određene vaspitne mere, odnosno jedna ili više posebnih obaveza, mera pojačanog nadzora od strane organa starateljstva ili mera upućivanja u vaspitno-popravni dom. Iz navedene zakonske odredbe proizlazi da se prema mlađem punoletnom licu ne može izreći kazna maloletničkog zatvora. Uz vaspitnu meru može se izreći i odgovarajuća mera bezbednosti (čl. 41 st. 2). Iz navedenog uočavamo da zakonodavac nije postavio ograničenja koja se odnose na visinu propisane kazne za konkretno krivično delo kako prilikom donošenja odluke o primeni odredaba ZM, tako i prilikom izbora vaspitne mere.

Ličnost mlađeg punoletnog učinioca krivičnog dela od suštinskog je značaja, okolnosti izvršenog dela i svrha kažnjavanja, ali ne i težina krivičnog dela. Određena vaspitna mera može biti izrečena i mlađem punoletnom učiniocu krivičnog dela ubistva.

U slučajevima kada se ustanovi da je mlađe punoletno lice dostiglo punu zrelost, odnosno da karakteristike njegove ličnosti kao i okolnosti dela ne ukazuju na to da se vaspitnim merama može postići opšta svrha kažnjavanja, primenjivaće se odredbe Krivičnog zakonika, Zakonika o krivičnom postupku i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

Činjenica koja jeste kvalifikativ statusa mlađeg punoletnika je zrelost (ZM), koja je zamenila danas pomalo arhaični institut duševne zrelosti maloletnika, iako zakonski ni jedan ni drugi nisu određeni zakonom. Pojedini autoriteti maloletničkog prava, kao što su ranije profesor Obrad Perić sa Pravnog fakulteta u Novom Sadu, sudija VSS Nikola Milošević ili danas sudija Višeg suda u Valjevu dr Dragan Obradović, dali su svoje određenje pojma zrelosti maloletnika. Prema Periću, zrelost se pominje u svim njenim dimenzijama, kao celini problema.¹¹ Obradović ovako očišćen pojam zrelost, bez primesa medicinske nauke, tumači kao nešto što u stvari u prvoj fazi postupka i nije neophodno da imamo definisano, jer se veliki broj informacija o zrelosti maloletnika (a mi bismo rekli i mlađeg punoletnika) može pročitati odnosno *dobiti* iz evidencija i podataka službe socijalne zaštite, odnosno centara za socijalni rad. Te informacije obuhvataju i podatke o socijalnoj zrelosti i razvijenosti, biološkoj, fizičkoj, obrazovnoj, kulturološkoj i drugoj zrelosti.¹²

Stava smo da je u mestima gde postoji dobro razvijena služba socijalne zaštite koja radi svoj posao u punom kapacitetu moguće da poseduju većinu ovih podataka, ali mora da se radi o centrima koji ne rade post festum, nego znaju stanje na terenu i rade preventivno. No većina centara za socijalni rad hronično nemaju dovoljan broj zaposlenih ili rade samo osnovne delatnosti, tako da je ovakav stav nešto čemu treba da stremimo u svim gradovima i opštinama u Srbiji.

Iako na prvi pogled deluje nesporno, pitanje zrelosti je toliko složeno da će se u budućnosti kao relevantnom elementu kod suđenja mlađim punoletnicima morati posebno raspravljati. Naime, Perić smatra da je u pitanju pandan uračunljivosti iz opšteg dela krivičnog prava, smatrajući da ona obuhvata sposobnost shvatanja značaja svojeg dela i upravljanja svojim

¹¹ Perić, O., *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Sl. glasnik, Beograd, 2005, 41.

¹² Obradović, D., Pojedine specifičnosti postupka prema maloletnicima – analiza konkretnog slučaja, u zborniku *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Beograd, IKSI, 2015, 389.

postupcima. Sa druge strane, Drakić¹³ ovu zrelost tretira kao opštu zrelost, a ne posebna zrelost dakle uračunljivost kao uslov za utvrđivanje krivice. Jasno je da se radi o utvrđivanju funkcionisanja čoveka kao celine, odnosno konkretnog mlađeg punoletnika, njegove zrelosti kao ličnosti i psihofizičke zrelosti, i socijalne sredine u kojoj je vršio ili propuštao određene radnje koje su dovele do zabranjenih posledica.

U sudskom postupku moramo se složiti sa sublimiranim iskustvom i zaključcima sudije dr Obradovića, da je ispitivanje u najsitnije detalje nečijeg biopsihosocijalnog profila nepotrebno i da takve stvari ne bi trebalo da budu u okvirima sudskog interesovanja.

Druga stvar koja bi mogla da posluži u cilju unapređenja zaštite jeste saradnja centara i škole, koje bi trebalo da imaju ovlašćenja da mogu da rade preventivno, zajedno sa drugim institucijama. Dok se tako nešto ne desi, bivaćemo uskraćeni za mogućnost da se kroz prevenciju može doći do sprečavanja nesreća kao ove koje su opisane.

Stav sudske prakse kada se radi o primeni odredaba Zakona o maloletnicima u Srbiji još uvek nije dovoljno izgrađen.

Tako je Vrhovni sud, u svojoj presudi Kzz 244/14 od 03.04.2014, odlučivao o primeni odredaba ZM na mlađa punoletna lica, u situaciji koja očit na osnovu nedovoljno preciznih rešenja u zakonskom tekstu zaslužuju da budu pomenuta. Naime, rešavajući po zahtevu za zaštitu zakonitosti republičkog tužioca, VKS je našao da je u konkretnom slučaju zakon prekršen u korist okrivljenog od strane Apelacionog suda u Beogradu, jer su primenjene odredbe ZM u trenutku odlučivanja kada je okrivljeni već bio preko 21 godine života.

Prateći navode iz sudskog spisa, protiv okrivljenog Š.F., Više javno tužilaštvo u Beogradu podiglo je optužnicu zbog izvršenja krivičnog dela iz člana 246 stav 1 KZ i postupak je vođen po odredbama Zakonika o krivičnom postupku, jer je okrivljeni u vreme izvršenja krivičnog dela bio punoletan (s obzirom na to da je imao 18 godina i 11 meseci života). Odredbom člana 3 stav 4 Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, propisano je da je mlađe punoletno lice – lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo 18, a u vreme suđenja nije navršilo 21 godinu, te koje ispunjava ostale uslove iz člana 41 tog zakona.

¹³ Drakić, D., *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, Novi Sad, 2010, str. 52. Slično je i u hrvatskom zakonskom rešenju, pa prema tome i u teoriji, v. više kod Singer, M., *Krivično pravo i kriminologija*, Zagreb, 1992, str. 205.

Prema navedenoj zakonskoj odredbi, te činjenici da je okrivljeni krivično delo izvršio dana 02.11.2010. godine, dakle kao mlađe punoletno lice, te da u vreme donošenja prvostepene odluke nije navršio 21 godinu, Viši sud u Beogradu je prema okrivljenom na osnovu člana 41 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica izrekao vaspitnu meru pojačanog nadzora od strane organa starateljstva.

Nakon toga, Apelacioni sud u Beogradu je povodom žalbe javnog tužioca, a po službenoj dužnosti, rešenjem KŽ1 broj 215/13 od 21.05.2013. godine, preinačio rešenje Višeg suda u Beogradu kojim je okrivljenom izrečena vaspitna mera i prema njemu obustavio krivični postupak na osnovu člana 78 stav 2 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, iz razloga celishodnosti, iako je okrivljeni u vreme donošenja drugostepene odluke imao već navršenih 21 godinu i šest meseci života. Ali, Apelacioni sud je, ovako odlučujući kao žalbeni sud, primenio odredbe ZM, i povredio KZ, jer u vreme donošenja odluke nije više mogao da primenjuje ZM, s obzirom na starost okrivljenog.

Odredbom člana 1 stav 1 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, propisano je da taj zakon sadrži odredbe koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, a stavom 2 istog člana, propisano je da se odredbe tog zakona primenjuju i na punoletna lica, kada im se sudi za krivična dela koja su učinili kao maloletnici, kao i na lica koja su krivična dela učinila kao mlađi punoletnici, tj. na lica koja su u vreme izvršenja krivičnog dela navršila 18, a u vreme suđenja nisu navršila 21 godinu života, uz ispunjenje uslova iz člana 41 navedenog zakona (član 3 stav 4 istog zakona).

Odredbom člana 78 stav 2 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, propisano je da će veće rešenjem obustaviti postupak u slučajevima kada sud na osnovu člana 354 tačka 2 i 3 Zakonika o krivičnom postupku donosi presudu kojom se optužba odbija ili kojom se optuženi oslobađa od optužbe u smislu člana 355 Zakonika o krivičnom postupku, kao i kad nađe da nije celishodno izreći maloletniku kaznu niti vaspitnu meru.

Kada se imaju u vidu navedene zakonske odredbe, te činjenica da je okrivljeni Š.F. u vreme donošenja drugostepene odluke (21.05.2013. godine) imao navršenih 21 godinu i šest meseci života, to u konkretnom slučaju Apelacioni sud u Beogradu nije više mogao prema njemu primeniti odredbe Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, pa tako ni odredbe člana 78 stav 2 istog zakona.

Stoga je Apelacioni sud u Beogradu, obustavljajući postupak protiv okrivljenog Š.F. na osnovu navedene zakonske odredbe, učinio povredu Krivičnog zakona iz člana 369 stav 1 tačka 3 ZKP koji se primenjivao u vreme donošenja pobijanog rešenja, u korist okrivljenog.¹⁴

Ovako opisani primer iz pravosudne prakse govori u prilog činjenici da, uprkos zakonskom rešenju, pravni standardi u ZM zahtevaju ili bolje preciziranje, ako ne i izmene. Data analiza pokazuje svu složenost primene odredaba ZM na mlađa punoletna lica.

Položaj mladih punoletnika u uporednom pravu

U evropskim državama pravni položaj maloletnika u krivičnom postupku različito je tretiran. Među nekima, kao što su Nemačka, Holandija ili Hrvatska, mlađim punoletnicima mogu se izreći maloletničke sankcije ako se ispune odgovarajuće pretpostavke. U drugu grupu zakonodavstava ulaze zemlje kao što su Danska, Švedska i Finska, gde se mlađim punoletnicima izriču ublažene opšte krivičnopravne sankcije.

Manji broj zemalja, poput Belgije, Bugarske, Estonije, Latvije, Španije, Turske, Velsa ili Ukrajine, ulazi u treću grupu zakonodavstava, nemaju posebna pravila vezana za mlađe punoletnike, ali verujemo da će i one u nekoj budućoj reformi uvesti ovakvo rešenje, kako mlađi punoletnici ne bi bili izgubljeni.

Odredbe nemačkog prava o mlađim punoletnicima

Krivičnopravni položaj mladih punoletnih lica (Heranwachsende) u Nemačkoj normiran je posebnim zakonom koji se primenjuje na maloletne izvršioce krivičnih dela, Jugendgerichtsgesetz (JGG),¹⁵ a odredbe o mlađim punoletnicima uvedene su još 1953. Mlađi punoletnik određen je kao lice koje u vreme izvršenja krivičnog dela ima napunjenih 18 godina, a ima manje od 21 godine. U krivičnom postupku prema mlađim punoletnim izvršiocima sude sudovi za omladinu, a u postupku učestvuju policijski službenici, državni tužioci, branioci i druga lica specijalizovana za rad sa mladima i mladim izvršiocima krivičnih dela. Prema mlađem punoletniku može se primeniti

¹⁴ <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-2442014>

¹⁵ Jugendgerichtsgesetz (JGG), objavljen 11. 12. 1973. (BGBl. IS. 3427), izmene od 9. 12. 2019. (BGBl. I 2146).

maloletničko zakonodavstvo ako sud utvrdi da se iz ukupne ocene njegove ličnosti i sredine u kojoj živi može zaključiti da je po moralnom i duševnom razvoju u vrijeme izvršenja dela bio na nivou maloletnika (Reifeentwicklung) ili ako se s obzirom na način i okolnosti izvršenja dela i motive zbog kojih je ono izvršeno može zaključiti kako se radi o maloletničkom deliktu (Jugendverfehlung). U tom slučaju sud može izreći bilo koju od maloletničkih sankcija predviđenih u JGG-u. U slučaju da nisu ispunjeni ovi uslovi, primenjuje se opšte krivično zakonodavstvo i opšte krivičnopravne sankcije, s tim da se izrečena kazna može ublažiti. Iako JGG samo navodi da se mlađem punoletniku može umesto kazne doživotnog zatvora izreći kazna zatvora od 10 do 15 godina, u praksi se smatra kako se može, i u pravilu će mu se ublažiti, bilo koja izrečena opšta krivičnopravna sankcija (član 106 JGG). Podaci o primeni maloletničkih sankcija prema mlađim punoletnim izvršiocima u praksi pokazuju kako su nemački sudovi s vremenom takvu praksu prihvatili u velikom broju slučajeva. Nakon prvih decenija primene, maloletničko krivično pravo prema mlađim punoletnicima bilo je primenjeno u oko 40 % slučajeva, dok je 1990. godine taj broj povećan i u manje-više istom obimu je i do danas tako. Nemačko zakonodavno rešenje često se kritikuje kao previše neodređeno te su postojale inicijative da se primena maloletničkog prava dozvoli bezuslovno prema svima do navršene 21 godine, ali se navedeno nije realizovalo u praksi. Duga tradicija maloletničkog zakonodavstva, mogućnosti individualizacije, promene u životima mlađih punoletnika koji se po stavu sudija iz Nemačke još uvek nalaze u razvojnoj fazi, razlog su za ovakvu odluku. Sa druge strane, predrasuda je da je u nemačkom pravu sve strogo određeno, što znači da se mnogi instituti tumače i primenjuju u skladu sa aktuelnim slučajem, a ne normom koju bi ponekad bilo teško primeniti.

Krivičnopravna rešenja u Austriji i mlađi punoletnici

Austrija je kategoriju mlađih punoletnih, koja obuhvata lica od 18 do navršene 21 godine, uvela izmenama i dopunama Zakona o maloletnicima odnosno Jugendgerichtsgesetz (dalje: JGGa) iz 2001,¹⁶ kojom je u krivičnom postupku prema mlađem punoletniku omogućena primena pojedinih procesnih odredaba koje vrede za maloletnike bez ikakvih dodatnih uslova, kao što su stroži uslovi za izricanje istražnog zatvora, nužnosti prikupljanja podataka o

¹⁶ Jugendgerichtsgesetz, 20.10.1988. (JGG), StF: BGBl. Nr. 599/1988, poslednja izmena BGBl. I Nr. 20/2020.

socijalnoj anamnezi osumnjičenog. Za suđenje je nadležan sud za mlade, a u njegovom radu učestvuju sudija za maloletnike, javni tužilac za maloletnike, sve kao i u postupku za maloletne izvršioce. Mlađim punoletnicima ne mogu se izricati maloletničke sankcije ni alternativne mjere, ali im se izrečene opšte sankcije u pravilu ublažavaju i za njih ne vredi posebni minimum. Činjenica da je izvršilac mlađi punoletnik u austrijskom je krivičnom zakonu navedena kao opšteublažavajuća okolnost, a odnosi se na izvršioca koji je krivično delo izvršio pre navršene 21 godine života, ili se radi o osobi za koju se smatra da je delo izvršio pod uticajem nedovoljne duševne razvijenosti, mentalne retardacije ili je izrazito zapostavljen u vaspitanju i obrazovanju. Osim toga, mlađim punoletnicima ne može se izreći kazna doživotnog zatvora, već je maksimalna kazna zatvora koja im se može izreći 15 godina.

Pravo Švedske i pitanje mlađih punoletnika

U Švedskoj je, još od 1905. Godine, donja granica za odgovornost maloletnika 15 godina. Za mlade osobe između 15 i 20 godina koje izvrše krivično delo nadležnost je podeljena između službi socijalne zaštite i organa pravosuđa, s tim da u pravilu prema mladima od 18 do 20 godina postupaju pravosudna tela. Prema toj životnoj kategoriji primenjuju se odredbe krivičnog zakona te im se izrečene sankcije mogu ublažiti ako sud utvrdi da su postupci optuženoga „povezani s njegovim očigledno nedovoljnim razvojem, iskustvom ili sposobnošću za rasuđivanjem“. Krivični postupak prema mlađim punoletnim licima može se voditi uz isključenje javnosti, na njih se mogu primeniti odredbe koje se primenjuju za ubrzanje krivičnog postupka (vođenje skraćenog krivičnog postupka) te sud mora usmeno obrazložiti presudu na pretresu. U praksi se mlađim punoletnicima izriču novčana kazna, uslovna osuda, mera nadzora na slobodi, može se primeniti i načelo oportuniteta, a sankcija koja se često izriče maloletnicima (15–18 god.) je mera tzv. youth service. Kazna zatvora može im se izreći samo izuzetno, kada sud utvrdi da je zbog težine izvršenog krivičnog dela ili zbog postojanja određenih okolnosti izricanje kazne opravdano, što se u potpunosti i poštuje u praksi.¹⁷

¹⁷ Dünkkel, F., Heinz, W., Germany, u: Decker, S. H., Marteache, N., (ur.), *International Handbook of Juvenile Justice*, Springer, 2017, 345.

Položaj mlađih punoletnih lica u pravu Holandije

Holandija poznaje starosnu kategoriju mlađih punoletnika. To znači da su maloletnici lica od 12 do 18 godina, a izmenama i dopunama Krivičnog zakona iz 2014. (tzv. „Adolescentenstrafrecht“) povećana je gornja starosna granica tako da sada obuhvata lica od navršanih 18 godina u vreme izvršenja krivičnog dela, do navršene 22 godine, uključivo i njih, što je najviša gornja starosna granica mlađeg punoletstva u EU.¹⁸ Cilj ove zakonske izmene bio je omogućavanje fleksibilnije primene maloletničkih sankcija prema mlađim punoletnim izvršiocima krivičnih dela s obzirom na to da su im se do tada izuzetno retko izricale u praksi. Prema mlađim punoletnim izvršiocima i dalje se primarno primenjuju pravila opšteg krivičnog prava, a maloletničke sankcije mogu se primeniti samo ako su ispunjeni dodatni uslovi Krivičnog zakona Kraljevine Nizozemske/Holandije. Primena maloletničkih sankcija zavisi od karakteristika i ličnosti izvršioca i okolnostima u kojima je krivično delo izvršeno. Najveći novum iz ove novele Krivičnog zakona je obaveza forenzičkog veštačenja mlađeg punoletnog izvršioca u fazi pripremnog postupka, sa ciljem da državnom tužiocu i sudu budu neka vrsta pomoći prilikom donošenja odluka. Iako zahtev za primenu maloletničkih sankcija prvenstveno zavisi od ovih preliminarnih podataka, koju pre početka postupka vrši državni tužilac na temelju podataka o krivičnom delu i na osnovu preliminarnog forenzičkog izveštaja o karakteristikama izvršioca koje mu priprema probacijska služba, konačnu odluku donosi sud, koji mora imati preporuku državnog tužioca, izveštaj o ličnim karakteristikama izvršioca, o mogućem tretmanu prema mlađem punoletnom koji je izradila stručna osoba, i mišljenje da li je u konkretnom slučaju prema mlađem punoletniku primereno izreći maloletničku sankciju.

Ako su ispunjeni zakonski uslovi, mlađem punoletnom licu mogu se izreći maloletničke sankcije, koje se izvršavaju prema odredbama maloletničkog prava sa naglaskom na vaspitanje, obrazovanje i rehabilitaciju.¹⁹

¹⁸ Van der Laan, A., G. C. J. Beerthuizen, M., Barendregt, C. S., Juvenile sanctions for young adults in the Netherlands: A developmental perspective, *European Journal of Criminology*, June 2019, str. 2.

¹⁹ Van der Laan, loco cit., 12.

Umesto zaključka

Ovako opisano i uređeno zakonodavstvo u vezi sa pravima mlađih punoletnih lica u potpunosti odgovara opšteprihvaćenim međunarodnim standardima. Naime, maloletstvo se u zemljama bivše Jugoslavije, i u Republici Srbiji, završava sa napunjenih 18 godina. Značaj ovog prelomnog trenutka u životu mladog čoveka, a naročito u kontekstu krivičnog prava, shodno preporukama međunarodnih dokumenata relativizuje se kroz primenu maloletničkog prava i na mlađe punoletne osobe. Da li će ta granica biti 21 godina, kako je sada, ili će se razmatrati i neka druga mogućnost, kroz već više puta najavljivane i odlagane izmene maloletničkog kaznenog zakonodavstva, pokazaće se. Možda treba potražiti i argumentacije iz ranijih propisa, koji su u kontekstu zrelosti isticali da se na primer smrtna kazna nije mogla izreći pre navršene 21 godine života (tj. za krivična dela tempore criminis 21 godine starosti), ali se nije mogla izvršiti ni do navršene 23 godine.

Prateći pitanja koja se nameću iz opisanih primera o zločinima u Beogradu i Malom Orašju i Duboni, zaključujemo da zakonodavac *de lege lata* ovde ne ostavlja javnom tužilaštvu i sudu dilemu koje norme će biti primenjene u odlučivanju po krivici u slučajevima iz maja 2023. Ali baš zato, u narednom periodu se mora temeljno razmotriti svaka mogućnost kako bi se za unapred nepredviđen slučaj imalo odgovarajuće zakonsko rešenje, bez uticaja javnosti i uz puno poštovanje načela zakonitosti u krivičnom pravu.

Iz rešenja u našem pravu i analiziranih komparativnih zakonskih tekstova možemo zaključiti da nije sporno da bi se o ovoj temi, pitanju zrelosti i potvrđivanju granice ili njenom pomeranju, kada je reč o mlađim punoletnim licima, trebalo u budućem periodu vrlo detaljno i interdisciplinarno diskutovati. Naime, primena propisa koji se odnose na maloletne izvršioce, u ovom periodu savladavanja zrelosti na samom početku punoletstva, naročito kada se radi o krivičnim delima iz nadležnosti osnovnih sudova, trebalo bi češće da se primenjuje. Razloga za ohrabrivanje profesionalaca ima više, od nedovoljne specijalizacije sudija za maloletnike u sadržinskom smislu te reči, bez obzira na postojanje tzv. licenci, što dovodi do neodgovarajuće analize svih okolnosti slučaja i ličnosti mlađeg punoletnika, do postojanja neraspoloženja da se izriču maloletničke sankcije zbog problema u izvršenju realnog porasta maloletničkih sankcija, posebno zavodskih mera. Sa druge strane, zalažemo se za ograničenu primenu maloletničkih sankcija kod najtežih krivičnih dela, gde bi ipak i težina dela i način izvršenja, posebno što više i nema prosečne fenomenologije kod maloletničkog kriminala, trebalo da budu značajan

elemenat u donošenju odluke koliko su adekvatne maloletničke sankcije u konkretnom slučaju.

Kroz izdvajanje mlađih punoletnih izvršilaca krivičnih dela u posebnu kategoriju u krivičnom pravu, kojom se ublažava ovaj tranzicioni period između mladih i sveta odraslih, primena maloletničkog prava mora biti odmerena u svakom konkretnom slučaju i ne treba da bude pravilo, već izuzetak. U suprotnom, dolazi se do skoro apsurdne situacije, kao u krivičnom pravu Nemačke, gde su u stvari faktički izbrisane granice između procesnog položaja maloletnika i mlađih punoletnih lica, odnosno do faktičkog podizanja gornje granice za punoletstvo. Ovo ne smatramo kontradiktornim, jer treba više primenjivati ovu mogućnost, ali u tačno određenim situacijama, dakle primenjivati postojeće pravilo u skladu sa okolnostima svakog pojedinačnog slučaja.

Međutim, o primeni maloletničkog prava prema mlađim punoletnim izvršiocima ne možemo izvoditi zaključke isključivo na osnovu analize zakonskih rešenja. Koliko je ovo osetljivo područje, sa mnogim pitanjima, govori činjenica i da posle 18 godina od usvajanja Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnoravno zaštititi maloletnih lica, još uvek nemamo dovoljno jasnu situaciju kada, kako i gde primeniti, a kada ne.

Naime, nije zanemariva činjenica da prema jednom značajnom broju mlađih punoletnih izvršilaca krivičnih dela, sudovi, čak i kada su ispunjeni neophodni uslovi, ne mogu niti bi bilo celishodno, primeniti ZM zbog uzrasta izvršioca u vreme suđenja. U takvim bi slučajevima, međutim, sudovi mogli ublažavati izrečenu kaznu opšteg krivičnog zakonodavstva kada za to postoje uslovi.

Imajući u vidu stav pojedinih teoretičara da se treba koristiti podacima o elementima zrelosti sa kojima raspolažu službe socijalne zaštite, ovi podaci bi mogli, kod odlučivanja o primeni maloletničkog prava, *de lege ferenda* da se prošire i na mlađa punoletna lica, a CSR da ima obavezu ažuriranja tih podataka tokom postupka. No, ovako postavljena stvar već sada prevazilazi temu rada, i to je pitanje koje zaslužuje posebnu obradu iz ugla pravne nauke. Osim toga, *de lege ferenda* smatramo opravdanim da se, dok je mlađi punoletnik u pritvoru, na njega analogno primenjuju pravila koja važe i za maloletnike, odnosno neophodno je prilagoditi način izvršavanja pritvora činjenici mlađeg uzrasta i ličnosti mlađeg punoletnika. Možemo zaključiti da je na javnom tužilaštvu i sudovima da u zakonodavnom okviru koji je postavljen odgovarajuće (uz predložene izmene) i donekle prati trendove krivičnog postupanja prema mlađim punoletnim licima pronađu pravu meru

primene maloletničkog prava kako u prekrivičnom postupku i pre formalnog početka postupka tako i tokom postupka, što nije moguće bez analize i ocene ličnih prilika mlađeg punoletnog lica, njegove zrelosti, tako i okolnosti izvršenja krivičnog dela u svakom konkretnom slučaju.

LITERATURA

1. Pavlović, Z., Petrović, I., (2023). Kažnjivo ponašanje i pravni okvir zaštite prava deteta sa osvrtom na usaglašenost sa evropskim standardima, Kragujevac, u: *Pravna regulativa usluga u nacionalnim zakonodavstvima i pravu Evropske unije*, 917–939.
2. Pavlović, Z., (2019). *Viktimizacija kroz životne cikluse*, Beograd, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, str. 34.
3. André M. van der Laan, Marinus G.C.J. Beerthuisen Charlotte S., Barendregt, Juvenile sanctions for young adults in the Netherlands: A developmental perspective, *European Journal of Criminology*, Volume 18 (Issue 4), July 2021.
4. Perić, O., *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Sl. glasnik Beograd, 2005, 41.
5. Obradović, D., Pojedine specifičnosti postupka prema maloletnicima – analiza konkretnog slučaja, u zborniku *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Beograd, IKSI, 2015, 389.
6. Drakić, D., *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, Novi Sad, 2010,
7. Singer, M., *Krivično pravo i kriminologija*, Zagreb, 1992, str.205.
8. Dünkel, F., Heinz, W., Germany, u: Decker, S. H., Marteache, N., (ur.), *International Handbook of Juvenile Justice*, Springer, 2017.
9. Van der Laan, A., G. C. J. Beerthuisen, M., Barendregt, C. S., Juvenile sanctions for young adults in the Netherlands: A developmental perspective, *European Journal of Criminology*, June 2019.

Zakonski tekstovi

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravno zaštiti maloletnih lica, Službeni glasnik RS 85/05 (ZM).

Krivični zakonik, Službeni glasnik RS, br. 85/05, 88/05 – ispravka, 107/05 – ispravka, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16, 35/2019

Krivični zakonik, Službeni list FNRJ br. 106/47, 13/51, Zakon o

izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, Službeni list FNRJ, br. 30/59, Krivični zakon SFRJ, Službeni list SFRJ broj 44/76

Jugendgerichtsgesetz (JGG), objavljen 11. 12. 1973. (BGBl. IS. 3427), izmene od 9. 12. 2019. (BGBl I 2146).

Jugendgerichtsgesetz, 20.10.1988. (JGG), StF: BGBl. Nr. 599/1988, poslednja izmena BGBl. I Nr. 20/2020.

Internet izvori

<https://www.euronews.rs/srbija/aktuelno/86363/pucnjava-u-skoli-na-vcacaru/vest>

<https://www.novosti.rs/c/hronika/zlocin/1233903/kosta-kecmanovic-ubica-vcacar-pucnjava-skoli-pucnjava-vcacaru-najnovije-vesti-srbija-vcacar-skola-vladislav-ribnikar-pucnjava-beograd-vesti-masakr-masovno-ubistvo-srbija-beograd>

<https://smederevo.vjt.rs/saopstenja/saopstenje-za-javnost-81/>

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-2442014>

Zoran Pavlović, PhD

**YOUNG MINORS IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN
DOMESTIC AND COMPARATIVE LAW**

***Abstract:** In most modern countries, the criminal-legal period of minors lasts until the age of eighteen. Regardless, this limit has become relative, with the creation of the legal possibility of applying juvenile criminal law to younger adults, up to their 21st year. The rules of juvenile criminal law on younger adults apply to all stages of the procedure, with an emphasis on the role of social protection services, assessing the maturity of a younger adult, his stay in custody, including executive criminal proceedings. The exception to the application of the rules of the general criminal legislation to younger perpetrators should be strictly applied. International standards for underage perpetrators of criminal offenses in most modern legislation have been implemented in positive legislation, both in the Republic of Serbia and in the countries of the region and beyond. The questions that must be answered by the courts refer to the extension of the possibility of juvenile law to younger adults, but still not too widely, so that the limit of juvenile is not unjustifiably increased to 21 years of age, which is the task of the science of criminal law and legislation de lege ferenda.*

***Key words:** juvenile perpetrators, maturity, the minimum limit of criminal responsibility, younger adults.*

MALOLJETNIČKO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO CRNE GORE I MEĐUNARODNI PRAVNI STANDARDI

Prof. dr Darko Radulović*

Apstrakt: U istorijskom razvoju maloljetničkog krivičnog zakonodavstva u pogledu normativnog uređenja uglavnom su bila zastupljena dva modela. U prvom, starijem modelu, maloljetničko krivično zakonodavstvo bilo je disperzirano u više zakona. Tako je i maloljetničko krivično zakonodavstvo Crne Gore do unazad deset godina bilo regulisano u posebnim cjelinama u okviru opštih odredaba materijalnog procesnog i izvršnog krivičnog zakonodavstva. Međutim, već odavno je u našoj naučnoj i stručnoj javnosti prisutna ideja da potrebama maloljetnika, kao posebne kategorije učinilaca krivičnih djela, više odgovara da se pitanja vezana za njihov krivičnopravni položaj urede posebnim zakonom. Ta ideja realizovana je donošenjem posebnog Zakona o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku, tako da na jednom mjestu imamo odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog zakonodavstva koje su specifične za maloljetne učinioce krivičnih djela. Međutim, to ne isključuje primjenu i opštih odredaba krivičnog zakonodavstva ukoliko one nisu u suprotnosti sa posebnim odredbama.

U radu je dat prikaz odredaba materijalnog, procesnog i izvršnog maloljetničkog krivičnog zakonodavstva. Uz to, u radu se sagledava usaglašenost normativnog okvira našeg maloljetničkog krivičnog zakonodavstva sa odgovarajućim međunarodnim pravnim aktima koji se tiču ove kategorije učinilaca krivičnih djela.

Ključne riječi: Maloljetnik, postupanje, alternativne mjere, vaspitne mjere, zakon.

* Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica

UVOD

1. U istorijskom razvoju maloljetničkog krivičnog zakonodavstva model krivičnog pravnog položaja maloljetnika se mijenjao. Prvobitni represivni model, koji se nije puno razlikovao od modela primijenjenog na punoljetne učinioce, dugo je kritikovan, pa je u mnogim evropskim zemljama, počev od dvadesetih godina prošlog vijeka, zamijenjen takozvanim zaštitnim modelom.¹ Značajne promjene u zakonodavnom regulisanju pravnog položaja maloljetnika u evropskom zakonodavstvu nastale su poslije Drugog svjetskog rata pod uticajem pokreta Nove društvene odbrane davanjem radikalno novog značaja ličnosti i potrebama maloljetnog učinioca krivičnog djela. Reformisanju maloljetničkog krivičnog zakonodavstva prethodila je pojava teorijskog pravca kojim se u prvi plan stavlja zaštita maloljetnika od stigmatizacije koju sa sobom nosi vođenje krivičnog postupka i izricanje krivičnih sankcija.² Razvoj modela krivičnog pravnog položaja maloljetnika nije stao sa ovim modelom, pa krajem prošlog i početkom ovog vijeka sve izraženije dolazi do potiskivanja zaštitnog modela, a zbog znatno izmijenjenog pristupa krivičnom pravu položaju maloljetnika i pojave koncepta restorativne pravde. Javlja se novi model, pravosudni model ili model pravičnosti³ po kome maloljetnik i njegove potrebe nisu primarne, nego se jednako vodi računa i o pravu žrtve krivičnog djela, pa i o interesu samog društva. Dakle, pojava koncepta restorativne pravde baca novo svjetlo na modele krivičnog pravnog položaja maloljetnika i u krajnjem rezultira uvođenjem alternativnih (diverzionih) mjera kao posebnih (*sui generis*) mjera.

U literaturi se pominje i treći model koji u sebi objedinjuje dva naprijed pomenuta modela pa se navodi da postupak prema maloljetnicima predstavlja kombinaciju elemenata pravosudnog i zaštitnog modela, pa bi se suštinski mogao nazvati kao modifikovani pravosudni model.⁴ Pravilno rješenje krivičnog pravnog položaja maloljetnika u suštini predstavlja i dobru prevenciju kriminaliteta punoljetne populacije, budući da znatan broj maloljetnika kao

¹ O ovim modelima vidjeti Đorđe Ignjatović: *Kriminologija, Dosije*, Beograd, 2007, str. 254.

² Božidar Banović i Ivan Joksić, *Politika izricanja i primene vaspitnih naloga u Srbiji, u „Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet“*, Banja Luka, 2014, str. 328.

³ Više o tome Milan Škulić i Ivana Stevanović, *Maloletni delinkventi u Srbiji*, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 1999, str. 13.

⁴ Milan Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022, str. 102.

učinilaca krivičnih djela prelaskom u punoljetstvo nastavljaju sa kriminalnom djelatnošću. Zato nam se čini da nije bez osnova tvrdnja da je maloljetničko krivično zakonodavstvo danas, krivično zakonodavstvo za punoljetne sutra.⁵ Neki kažu da kriminalitet maloljetnika danas određuje kriminalitet jednog društva u budućnosti.⁶

Ideja o potrebi autonomnog krivičnog zakonodavstva za maloljetnike datira još od kraja XIX vijeka, ali je trebalo da prođe dosta vremena da se ta ideja normativno sprovede. I u našoj naučnoj i stručnoj javnosti sazrela je svijest da potrebama maloljetnika, kao posebne kategorije učinilaca krivičnih djela, više odgovara ukoliko se pitanja vezana za njihov krivičnopravni status regulišu posebnim zakonom.⁷ I konačno je Crna Gora, na tragu tih novih ideja, 2011. godine donijela Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku (u daljem tekstu Zakon).⁸ Prvi put se na jednom mjestu nalaze odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog maloljetničkog zakonodavstva koje su do tada bile „rasute“ u Krivičnom zakoniku, Zakoniku o krivičnom postupku i Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija. Odmah treba naglasiti da to nije bilo samo sabiranje, odnosno objedinjavanje u jednom zakonu odredaba o maloljetnicima iz matičnih zakonika/zakona, nego znatno modifikovanje i noviranje uz praćenje novih tendencija u maloljetničkom krivičnom pravu⁹ i zakonodavstvu, kao i u aktuelnim međunarodnim dokumentima. Takođe se po prvi put u Zakon uvode i posebne odredbe (glava četvrta, čl. 90–97) o zaštiti maloljetnog lica kao žrtve krivičnog djela i kao oštećenog. Time bi se moglo prihvatiti stanovište, koje nalazimo u literaturi, da se krivično zakonodavstvo za mlade segmentira na dvije oblasti – užu, kad je maloljetnik izvršilac krivičnog djela, i širu, koja uključuje maloljetnika kao žrtvu, odnosno oštećenog.¹⁰

⁵ Nikola Milošević, Izvršenje krivičnih sankcija prema maloljetnicima, u „Reforma izvršenja krivičnih sankcija“, Udruženje za penologiju Jugoslavije, Beograd, 2000, str. 187.

⁶ Snežana Soković, Maloletnički kriminalitet i recidivizam: pravilo i/ili izuzetak, RKK br.3, 2013, str. 24.

⁷ Ivana Stevanović, Predlog Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, u „Novo krivično zakonodavstvo Srbije“ (ur. Đ. Lazin), Udruženje za krivično pravo Srbije, Kopaonik, 2005, str. 101.

⁸ Službeni list Crne Gore, br. 64, 2011.

⁹ O pojmu maloljetničkog krivičnog prava vidjeti, Milan Škulić, Maloletničko krivično pravo, Pravni fakultet Beograd, 2011, str. 79; Ljiljana Radulović, Maloletničko krivično pravo, Pravni fakultet Beograd, 2010, str. 32; Snežana Soković i Stanko Bejatović, Maloletničko krivično pravo, Kragujevac, 2009, str. 15.

¹⁰ Gordana Stojanović Milošević, Maloletničko krivično zakonodavstvo i standardi Evropske

Glorifikujući značaj posebnog zakona o maloljetnicima, ne treba izglubiti iz vida da je naše dosadašnje maloljetničko zakonodavstvo, i prije i poslije osamostaljenja Crne Gore, spadalo u red najnaprednijih zakonodavstava i da je uvijek u prvi plan isticana pomoć maloljetnom učiniocu krivičnog djela u smislu njegovog vaspitanja i reintegracije, a ne trpljenja zbog onoga što je učinio. Zato i postupak prema maloljetnicima nije postupak u pravom smislu riječi¹¹, nego postupak *sui generis*. Odavno se uvidjelo da krivična represija ne predstavlja optimalan vid društvene reakcije prema maloljetnim delinkventima, štaviše može da bude kontraproduktivna, pa je iskrsla potreba pronalaženja alternativnih instrumenata suprotstavljanja maloljetničkoj delinkvenciji.¹² I, upravo ovaj zakon je utemeljen na takvim stremljenjima u krivičnom pravu sa posebnim naglaskom na restorativnoj pravdi, odnosno elementima diverzionog modela koji se ogleda u novim mjerama – posebnim obavezama, odloženom gonjenju, vaspitnim nalogima i slično.

Može se postaviti pitanje da li je naziv Zakona adekvatan, budući da sam naziv asocira samo na, sadržajno, jedan njegov dio – postupanje (postupak), a ostaje u nazivu „nepokriveno“ materijalno i izvršno maloljetničko pravo. Možda je naziv mogao da bude najjednostavniji, a istovremeno naj-sveobuhvatniji – zakon o maloljetnicima. No, bitna je sadržina, a ne naziv zakona.

2. Naš zakonodavac je, pripremajući ovaj zakon, imao u vidu i određene međunarodnopravne izvore, a istorijat međunarodnopravnog regulisanja maloljetničkog zakonodavstva i pravosuđa odvijao se paralelno sa razvojem dječjih prava.¹³ U svim međunarodnopravnim dokumentima ističe se značaj alternativnih mjera i što više izbjegavanje sudskih postupaka. Tako je Konvencijom UN o pravima djeteta (usvojena Rezolucijom Generalne skupštine OUN 20.11.1989) predviđeno korišćenje što šireg spektra alternativnih mjera (usmjeravanje, nadzor, uslovno kažnjavanje, pravna pomoć, prihvatanje, obrazovanje i stručno obučavanje – čl. 40(4)).

unije, u publikaciji „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije“, izd. Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2010, str. 316.

¹¹ Obrad Perić, Komentar krivičnopravnih propisa o maloljetnicima, Službeni glasnik RS, Beograd, 1995, str. 174.

¹² Saša Knežević, Vaspitni nalozi kao vid diverzionog reagovanja na maloljetničku delinkvenciju, Pravna riječ, br. 15, 2008, str. 126.

¹³ Gordana Stojanović Milošević, Međunarodni krivičnopravni standardi u zakonodavstvu za mlade iz ugla nacionalnog prava, Primena međunarodnih krivičnopravnih standarda u nacionalnim zakonodavstvima, Beograd, 2004, str. 402.

Standardima minimalnih pravila Ujedinjenih nacija za maloljetničko pravosuđe – tzv. Pekinška pravila (usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN br.40/03 29.11.1985) propisuje se mogućnost odstupanja od redovnog postupka, bez pribjegavanja formalnim raspravama, pri čemu je odstupanje od redovnog postupka moguće uz saglasnost maloljetnika ili njegovih roditelja ili staratelja. Primjera radi, u čl. 11.4 predviđaju se alternativni programi kao što su privremeni nadzor i usmjeravanje lokalne zajednice, naknada štete oštećenom i slično.

Smjernicama Ujedinjenih nacija za prevenciju maloljetničke delinkvencije – tzv. Rijadske smjernice (usvojene Rezolucijom Generalne skupštine OUN 45/112 od 14.12.1990) ukazuje se na potrebu izbjegavanja kažnjavanja maloljetnika zbog ponašanja koja ne izazivaju veće negativne posljedice, a naglašava značaj preventivnih i alternativnih mjera.

Standardna minimalna pravila UN za alternativne kaznene mjere – tzv. Tokijska pravila (usvojena Rezolucijom Generalne skupštine OUN 14.12.1990) propisuju mogućnost primjene alternativnih mjera diverzionog karaktera u svim fazama krivičnog postupka (prema prestupnicima koji se mogu optužiti, ili kojima se može suditi ili koji se mogu uputiti na izvršenje kazne). Primjena alternativnih kaznenih mjera treba da predstavlja korak ka ukidanju kažnjavanja i dekriminalizaciji (2.7) s tim što primjena tih mjera treba da se temelji na strogom legalitetu (3.1). Kod izricanja ovih mjera nadležni organi treba da imaju u vidu prirodu i težinu djela, ličnost maloljetnika, svrhu kažnjavanja i prava žrtve (3.2), s tim što je neophodan pristanak maloljetnika na primjenu alternativnih mjera (3.4). Primjenom alternativnih mjera ne smiju se ograničavati prava prestupnika u većoj mjeri u odnosu na mjere sudskih organa (3.10.). Tokijskim pravilima propisuje se širok katalog mjera diverzionog karaktera kojima se predupređuje izricanje krivičnih sankcija ili se zamjenjuju krivične sankcije.

Na kraju ovog osvrta na međunarodne izvore maloljetničkog krivičnog prava kao osnovni princip ustanovljen već Konvencijom UN jeste princip „najboljeg interesa maloljetnika“, ali taj najbolji interes neće biti shvaćen kao vulgarno pojednostavljen način, jer, na primjer, obustava postupka ili izbjegavanje čak i zavodske vaspitne mjere, ne moraju bezuslovno biti najbolje solucije za konkretnog maloljetnika u datoj životnoj, psihološkoj, emotivnoj i obrazovnoj situaciji.¹⁴

¹⁴ Ljubomir Prelić, Maloletno lice kao subjekt krivičnog postupka, Nova rešenja u krivičnoprocesnom zakonodavstvu – teorijski i praktični aspekti, Zlatibor, 2011, str. 226.

OSNOVNA NAČELA

Zakon je strukturiran, kako je to uobičajeno, tako što počinje osnovnim odredbama (čl. 1 do 8)¹⁵ u okviru kojih (čl. 4) se, za razliku od dosadašnjeg zakonodavstva, ustanovljavaju osnovna načela, koja, bez obzira na to što su više deklarativnog karaktera, mogu da imaju praktični značaj. Neka od tih načela (poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda, te uvažavanje najboljeg interesa maloljetnika), nalaze se pod istom formulacijom u članu 1 koji je posvećen predmetu Zakona, a u istom članu o predmetu Zakona navedeno je „da se njime uređuje postupanje prema maloljetniku kao učiniocu krivičnog djela, djetetu i maloljetniku čime nije (kao i u nazivu Zakona) „pokriveno“ ono na šta se odnose krivičnopravne odredbe i odredbe o izvršenju.

Osim već pomenuta dva osnovna načela, u članu 4 je navedeno da se postupanje prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela zasniva na:

- zabrani diskriminacije po bilo kom osnovu,
- razumljivosti jezika, upotrebi tehnologije prilagođene uzrastu i stepenu razvijenosti maloljetnog lica,
- poštovanju prava na privatnost maloljetnog lica u svim fazama krivičnog postupka,
- uvažavanju prava maloljetnika da slobodno iznese svoje mišljenje,
- što većem izbjegavanju ograničavanja lične slobode maloljetnika,
- podsticanju primjene alternativnih mjera i načina postupanja prema maloljetnicima,
- davanju prednosti krivičnim sankcijama koje se ne izvršavaju u institucionalnim uslovima,
- davanju posebnog značaja obuci i specijalizaciji kroz multidisciplinarni pristup i institucionalnu saradnju.

Svako od ovih načela „zaslužuje“ i određene komentare, ali imajući u vidu karakter ovog rada, to će ovog puta izostati.

MATERIJALNO MALOLJETNIČKO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO

1. Nakon osnovnih odredaba u glavi prvoj, slijede materijalne krivičnopravne odredbe u glavi drugoj (čl. 9–41) pod nazivom „krivičnopravne

¹⁵ O Evropskim pravilima o postupanju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela vidjeti Milan Škulić, *Maloljetničko krivično pravo...*, str. 219.

odredbe o maloljetnicima kao učinocima krivičnih djela“, i one uređuju dva pitanja: a) pitanje alternativnih mjera i b) pitanje krivičnih sankcija. U odnosu na stanje materijalnog krivičnog zakonodavstva o maloljetnim učinocima krivičnih djela kakvo je bilo u KZ, ima određenih izmjena.

Kao što smo u uvodu naznačili, tendencije su u maloljetničkom krivičnom pravu, uključujući i naprijed citirane međunarodne izvore, da se što više ide na alternativne, odnosno diverzione mjere, čija je svrha da se prema maloljetniku ne pokreće postupak ili da se postupak obustavi, te da se primjenom tih mjera utiče na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična djela (čl. 9). Slijedeći taj trend, novi zakon uvodi dvije alternativne mjere, pored ranijeg vaspitnog naloga, uvodi i novu mjeru – opomenu i propisuje uslove za njihovu primjenu, od kojih su neki zajednički (opšti) za obje mjere, a posebni su objektivizirani i vezani su za težinu krivičnog djela izraženom vrstom i visinom propisane kazne.

Zajednički uslovi su: a) da postoje dokazi iz kojih proizlazi osnovana sumnja da je maloljetnik učinio krivično djelo, b) da maloljetnik da svoj pristanak uz saglasnost zakonskog zastupnika (gdje se pod zakonskim zastupnikom smatraju roditelji, usvojlac ili staralac maloljetnika).

Opomena se može izreći, odnosno odrediti za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a izriče je državni tužilac, odnosno određuje policajac za maloljetnike (ovlašćeni policijski službenik sa posebnim znanjima iz oblasti zaštite prava maloljetnih lica)¹⁶ na odobrenje državnog tužioca.

Vaspitni nalog prema maloljetniku izriče nadležni državni tužilac za maloljetnike za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do deset godina,¹⁷ i može izreći jedan ili više vaspitnih naloga.

I za opomenu i za vaspitni nalog zajedničko je i to da će se prilikom njihovog izricanja, odnosno određivanja, naročito cijeniti odnos maloljetnika prema krivičnom djelu i oštećenom. Dakle, procjena subjektivnog odnosa maloljetnika prema djelu i oštećenom u isključivoj je nadležnosti državnog tužioca. Takvo zakonsko rješenje (kakvo imamo i u Srbiji) u literaturi je oci-

¹⁶ Postupak prema maloljetnicima, shodno novom zakonu, karakteriše se i po tome što i državni tužilac, sudija, policajac za maloljetnike i advokat (branilac) moraju imati posebna znanja iz oblasti zaštite prava maloljetnih lica.

¹⁷ Po KZ pravni okvir primjene vaspitnog naloga obuhvatao je krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina.

jenjeno kao kolizija sa intencijom ovog zakona kojom se reguliše i zaštita oštećenog maloljetnika, jer ne postoje validni razlozi za uskraćivanje aktivne uloge oštećenog u kontroli preusmjerenja društvene reakcije prema maloljetnom prestupniku sa kolosijeka krivične represije na različite vidove alternativnog legalnog reagovanja.¹⁸ Na osnovu čega će državni tužilac cijeniti taj subjektivni odnos maloljetnika prema krivičnom djelu i oštećenom, pošto zakonodavac nije odredio sadržaj tog odnosa? U svakom slučaju, potrebno je da maloljetnik pokaže određenu svijest u odnosu na djelo i njegove posljedice i da izrazi određenu dozu kajanja i razumijevanja položaja oštećenog čije je neko pravo krivičnim djelom povrijeđeno ili ugroženo.¹⁹ Stavljanjem u nadležnost državnog tužioca izricanje vaspitnog naloga, ističe se u literaturi, narušava se princip odvojenosti krivičnoprocesnih funkcija,²⁰ tako da bi uloga državnog (javnog) tužioca mogla da bude samo inicijativne prirode u smislu predlaganja primjene vaspitnog naloga, a ne i u izricanju ove mjere.²¹ Međutim, državni tužilac i u postupku protiv punoljetnih lica nastupa kao državni organ, a ne kao stranka, kojeg obavezuje načelo istine (da sa jednakom pažnjom ispituje i utvrđuje činjenice koje terete okrivljenog i koje mu idu u korist) i on može odložiti krivično gonjenje (diverzija krivičnog postupka) i naložiti osumnjičenom neku od obaveza predviđenih u članu 272 ZKP. I ovdje se u postupku prema maloljetnicima kod izricanja vaspitnih naloga radi o diverzionom modelu postupanja.

Katalog vaspitnih naloga u odnosu na dosadašnje stanje zakonodavstva znatno je proširen, skoro udvostručen i umjesto ranijih pet sada imamo devet vaspitnih naloga (čl. 12), a to su:

- 1) poravnanje sa oštećenim,
- 2) redovno pohađanje škole ili redovno odlaženje na posao,
- 3) uključivanje u određene sportske aktivnosti,
- 4) obavljanje društveno korisnog i humanitarnog rada,
- 5) plaćanje novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove,
- 6) podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkohola ili droge,

¹⁸ Saša Knežević, *Vaspitni nalozi kao vid diverzionog reagovanja...*, str. 130.

¹⁹ O tome šire Milan Škulić, *Maloletničko krivično pravo...*, str. 281.

²⁰ Saša Knežević, *Vaspitni nalozi kao vid diverzionog reagovanja...*, str. 130.

²¹ Đorđe Ignjatović, *Maloletničko krivično pravo između bolećivosti i retributivnosti*, Pravni život, br. 9, 2004, str. 536.

7) uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, savjetovalištu ili drugoj odgovarajućoj organizaciji,

8) pohađanje kurseva za stručno osposobljavanje ili priprema i polaganje ispita,

9) uzdržavanje od posjećivanja određenog mjesta ili kontakta sa određenim licima.

Ono što je novina u odnosu na dosadašnje stanje zakonodavstva jeste da prilikom izbora i primjene vaspitnog naloga državni tužilac za maloljetnike saraduje sa organom starateljstva, odgovarajućom ustanovom ili organizacijom, posrednikom pedagogom, psihologom ili drugim stručnim licem koje može pružiti odgovarajuća obavještenja o maloljetniku odnosno primjeni vaspitnog naloga.

Budući da vaspitni nalog nema represivni karakter, nego da mu je osnovna svrha da utiče na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična djela, to je moguća i kumulativna primjena vaspitnih naloga, a sve njih, gorenavedene, mogli bismo klasifikovati u tri grupe – restorativne, edukativno-vaspitne i terapijske.

I prije uvođenja vaspitnih naloga u naše maloljetničko zakonodavstvo primjenjivalo se načelo oportuniteta bez izricanja bilo kakvih mjera, što se u teoriji naziva jednostavna diverzija,²² koja ne podrazumijeva neki posebni angažman struktura uključenih u maloljetničko pravosuđe. To se bitno razlikuje od diverzije sa intervencijom²³ kod primjene vaspitnih naloga koja podrazumijeva širu lepezu mjera koje utiču na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti. U takvoj situaciji maloljetnik se suočava sa sopstvenom odgovornošću za učinjeno krivično djelo. Suština tog suočavanja je da se zadovolje interesi žrtve i potrebe reintegracije delinkventa koji mora da shvati posljedice svog djela i prihvati odgovornost za svoje kriminalno ponašanje.²⁴

Gledajući uslove za izricanje vaspitnih naloga, kao i vrste naloga, može se zapaziti da je odlučujuća uloga maloljetnika (izuzimajući poravnanje sa oštećenim) u realizaciji vaspitnih naloga i da ga stavlja u sam centar odlučivanja.

²² Ivana Stevanović, Nova zakonska rešenja o maloletnicima – značaj alternativa u institucionalnom tretmanu, *Temida*, br. 1, 2006, str. 63.

²³ Božidar Banović i drugi, Politika izricanja krivičnih sankcija prema maloletnim učiniocima krivičnih dela u Republici Srbiji, Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primene), Istočno Sarajevo, 2012, str. 225.

²⁴ Olivera Pajić, Alternativne mere prema maloletnim počiniocima krivičnih dela, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, br. 79, 2009, str. 62.

vanja. Upravo je i smisao uvođenja vaspitnih naloga u maloljetničko zakonodavstvo stavljanje adolescenta u položaj i situaciju subjekta koji se informiše, odmjerava, odlučuje i prihvata obavezu da nalog i ostvari, u opštem, a prije svega sopstvenom najboljem interesu.²⁵

Kad su u pitanju maloljetnici kod kojih izvršenje krivičnog djela predstavlja epizodu koja nije prešla u model ponašanja, nije poželjno kao prvu mjeru primijeniti krivičnu sankciju. Savremena naučna istraživanja ukazuju da to može da bude i kontraproduktivno, pa je u tom smislu poželjna postupnost, pa poći od primjene parapenalnih mjera, a na planu procedure izbjegavati postupak pred sudom.²⁶ Iako je vaspitni nalog kao alternativna mjera prema maloljetnicima uveden u naše krivično zakonodavstvo Zakonom o izmjenama i dopunama KZ 2006. godine, on do sada nije naišao na širu primjenu u praksi. Zašto je to tako, teško bi bilo dati argumentovan odgovor bez određenog empirijskog istraživanja. Ali, čini nam se da se razlog, bar djelimično, nalazi u činjenici da je naše pravosuđe u dobroj mjeri konzervativno i da teško šire otvara vrata novim institutima. Svaki od naprijed navedenih vaspitnih naloga zaslužuje bar kraći komentar, ali bi to tražilo više prostora, tako da se na tome nećemo zadržavati. Mislimo da je ipak najvažniji onaj koji je stavljen na prvo mjesto u čl. 12 – poravnanje sa oštećenim. Mislimo da će to biti i najčešće primjenjivani vaspitni nalog, ali je za njegovu realizaciju bitan i stav oštećenog. Značaj stava oštećenog još više dolazi do izražaja ako je i oštećeni maloljetno lice, što posebno treba imati u vidu prilikom zaključenja poravnjanja, gdje maloljetni oštećeni od pasivne žrtve krivičnog djela treba da postane mnogo aktivniji učesnik u postupku, što za prvu posljedicu ima kontinuirano informisanje oštećenog o kretanju konkretnog slučaja, a u krajnjem ishodu to umnogome doprinosi osnaživanju oštećenog.²⁷ Uvažavanje stava i ponašanja oštećenog maloljetnika značajno je i radi predupređenja mogućeg osvetničkog reagovanja oštećenog koje se, u ambijentu kakav je Crna Gora, često dešava.

Osnovni cilj vaspitnog naloga jeste udaljavanje maloljetnika od krivičnog postupka i izbjegavanje njegove stigmatizacije na taj način, izricanjem

²⁵ Ljubomir Prelić, Op. cit..., str. 229.

²⁶ Ljiljana Radulović, Vaspitni nalozi kao posebne mere reagovanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, (svrha, vrste i izbor), RKK br. 1, 2008, str. 29.

²⁷ Dragan Obradović, Krivičnopravne odredbe o maloletnicima i dosadašnja iskustva u njihovoj primjeni, Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primjeni, Zlatibor, 2006, str. 259.

vaspitnih mjera i kazni.²⁸ Dakle, *ratio legis* uviđenja diverzionih mjera jeste da tretman ove kategorije učinilaca krivičnih djela preusmjeri izvan ambijenta krivičnog postupka.²⁹

2. Što se tiče krivičnih sankcija prema maloljetnicima, u novom zakonu uvedene su određene novine, neke su više tehničke i terminološke, a neke su suštinske. Zakon, kao i do sada, predviđa dvije vrste krivičnih sankcija: 1) vaspitne mjere, 2) maloljetnički zatvor, pri čemu su vaspitne mjere osnovna vrsta maloljetničkih krivičnih sankcija, i kad se njima ne može postići svrha onda se poseže za maloljetničkim zatvorom. Nadalje, vaspitne mjere podijeljene su na:

- 1) mjere upozorenja i usmjeravanja;
 - sudski ukor,
 - posebne obaveze.
- 2) mjere pojačanog nadzora;
 - pojačan nadzor od strane zakonskog zastupnika,
 - pojačan nadzor u drugoj porodici,
 - pojačan nadzor od strane organa starateljstva,
 - pojačan nadzor uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi ili organizaciji za vaspitanje i obrazovanje maloljetnika.
- 3) institucionalne mjere;
 - upućivanje u vaspitnu ustanovu nezavodskog tipa,
 - upućivanje u vaspitnu ustanovu zavodskog tipa,
 - upućivanje u specijalizovanu ustanovu.

Kad je riječ o svrsi krivičnih sankcija prema maloljetnicima, ona je određena u članu 15 i znatno se razlikuje od svrhe vaspitnih mjera i maloljetničkog zatvora kako je bilo propisano u članu 88 KZ. Izostala je ranija odredba da se svrha krivičnih sankcija postavlja „u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija“ (opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija je suzbijanje djela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom), pa se kaže da je svrha krivičnih sankcija prema maloljetnici-

²⁸ Slobodanka Konstatinović Vilić i Miomira Kostić, Restorativna pravda i krivični postupak prema maloljetnicima na primeru Srbije i Republike Srpske, *Pravna riječ*, br. 33, 2012, 319; Saša Knežević, *Vaspitni nalozi kao vid diverzionog reagovanja...*, str. 129; Snežana Soković, *Osnovne karakteristike izvršenja krivičnih sankcija koje se izriču maloljetnicima*, RKK br. 1-2, 2012, str. 166.

²⁹ Saša Knežević, *Kažnjavanje maloljetnika u sklopu međunarodnih standarda zaštite ljudskih prava*, *Pravna riječ*, br. 12, 2007, str. 348.

ma da se pružanjem zaštite i pomoći maloljetnim učiniocima krivičnih djela, vršenjem nadzora, opštim i stručnim osposobljavanjem i razvijanjem lične odgovornosti, obezbijedi vaspitanje i pravilan razvoj, sa ciljem da ubuduće ne vrše krivična djela. Ovo zadnje „da ubuduće ne vrše krivična djela“ u KZ je bilo vezano samo za svrhu maloljetničkog zatvora, a ne i za vaspitne mjere. Naglasak je na zaštiti i pomoći maloljetniku jer krivične sankcije prema maloljetnicima načelno nemaju represivni karakter, mada to faktički nije slučaj sa kaznom maloljetničkog zatvora pa ni sa vaspitnom mjerom upućivanje u vaspitnu ustanovu zavodskog tipa.³⁰ Svaka „kazna“ po logici stvari, kako se ističe u literaturi, samim tim što ima „kazneni karakter“ uvijek podrazumijeva da se njome suštinski ostvaruje i odgovarajuća represija.³¹

U okviru mjera upozorenja i usmjeravanja (umjesto ranijih disciplinskih mjera) novi zakon uvodi posebne obaveze. Posebne obaveze imali smo i u KZ ali one se nisu mogle samostalno odrediti nego uz vaspitnu mjeru pojačanog nadzora. Ako se pogleda katalog vaspitnih naloga i katalog posebnih obaveza, onda se može zapaziti da su po sadržaju slične, skoro identične. Razlikuju se po subjektu koji ih izriče – posebne obaveze izriče sud nakon sprovedenog krivičnog postupka, a vaspitne naloge izriče državni tužilac u zamjenu za pokretanje krivičnog postupka ili obustavu postupka. Osim po organu koji ih izriče, posebne obaveze i vaspitni nalozi razlikuju se i po svrsi, po trajanju, po posljedicama neispunjenja mjere, a uz to posebne obaveze se izriču u krivičnom postupku poslije izvedenih dokaza.³²

Neispunjenje posebne obaveze može da dovede do zamjene sa nekom drugom posebnom obavezom ili drugom vaspitnom mjerom, dok nepostupanje po vaspitnom nalogu najčešće dovodi do pokretanja krivičnog postupka. Posebne obaveze kao sankcije sud nameće, maloljetnik nema mogućnost izbora, dok se sa vaspitnim nalogom maloljetnik može saglasiti ili ne, odnosno može³³ da utiče na njihov izbor.

Nemamo više mjere upućivanje u vaspitni centar za maloljetnike, u katalog mjera ponovo se uvodi nekadašnja mjera pojačan nadzor u drugoj porodici (iako ni ranije dok je postojala u zakonodavstvu skoro da i nije pri-

³⁰ Milan Škulić, *Maloletničko krivično pravo...*, str. 285.

³¹ Milan Škulić, *Maloletničko krivično pravo...*, str. 287.

³² Dragan Jovašević i Zoran Stevanović, *Sistem krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela*, RKK br.3/08, str. 125.

³³ Ivana Stevanović, *Maloletni učinioci krivičnih dela i alternativne krivične sankcije*, u „Alternativne krivične sankcije – regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“, (ur. S. Bejatović i J. Jovanović), Misija OEBS-a u Srbiji, 2018, str. 191.

mjenjivana). Ranije zavodske mjere sada su preimenovane u institucionalne mjere nezavodskog i zavodskog tipa i specijalizovanu ustanovu.

Preimenovanjem posebnih obaveza od dodatka uz mjere pojačanog nadzora u samostalnu vaspitnu mjeru znatno je proširen broj vaspitnih mjera i time stvoren osnov za što veću individualizaciju, odnosno izbor adekvatne mjere potrebama vaspitanja i zaštite maloljetnika.

3. S obzirom na brojnost vaspitnih mjera, različitosti maloljetnih učionilaca, značajno je i pitanje propisivanja i kriterijuma za izbor odgovarajuće vaspitne mjere. Po ovom pitanju uporedna zakonodavstva se međusobno razlikuju. Imamo zakonodavstva koja i ne propisuju te kriterijume, nego radi veće fleksibilnosti ostavljaju potpunu slobodu sudu kod izbora adekvatne mjere. Nasuprot ovome, ima zakonodavstava koja precizno nabrajaju kriterijume ne dopuštajući sudu nikakvu slobodu u pogledu odlučivanja o tome koje će okolnosti uzeti u obzir prilikom izbora vaspitne mjere.³⁴

Naš zakonodavac je u članu 17 propisao kriterijume za izbor vaspitne mjere, po principu *exempli causa*, koje sud mora da cijeni, ali i sve druge okolnosti koje mogu da budu od značaja za izbor adekvatne mjere. Kod propisivanja ovih kriterijuma u novom zakonu učinjene su izmjene u odnosu na regulisanje ovog pitanja u KZ. Tako se sada kao značajan kriterijum, navodi „ponašanje poslije učinjenog krivičnog djela, a posebno da li je spriječio ili pokušao da spriječi nastupanje štetne posljedice, kao i odnos prema oštećenom“. Kod propisivanja kriterijuma za izbor vaspitne mjere očito je stavljanje u prvi plan ličnosti maloljetnika i njegovih potreba, ali uzimanjem u obzir i žrtve naglašavanjem važnosti činjenice da je maloljetnik „naknadio ili pokušao da nadoknadi pričinjenu štetu“ primjetan je uticaj kako zaštitničkog modela regulisanja krivičnog statusa maloljetnika, tako i koncepta restorativne pravde.³⁵ Širok dijapazon vaspitnih mjera, od najlakše – sudski ukor, do najteže – upućivanje u ustanovu zavodskog tipa, otvara još jedno pitanje kod izbora mjere – pitanje postupnosti pri izricanju mjere. Neka zakonodavstva³⁶ to pitanje su regulisala tako što su uvela princip srazmjernosti (postupnosti) po kome se uvijek primjenjuje lakša mjera ako se njome može postići svrha,

³⁴ Vidjeti Miodrag N. Simović i drugi, Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Banja Luka, 2010, str. 110.

³⁵ Snežana Soković, Kriterijumi izbora vaspitne mjere za maloletne prestupnike, RKK br. 2-3, 2011, str. 121.

³⁶ Vidi čl. 9 Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske broj 13, 2010.

a tek potom se izriče teža mjera. U teoriji imamo mišljenja da ovakav raspon (dodali bismo i raskoš) vaspitnih mjera, omogućava postupnost u izricanju krivičnih sankcija i reverzibilnost.³⁷ Na drugoj strani ima mišljenja da prilikom izbora krivičnih sankcija prema maloljetnicima nema mjesta nikakvoj postupnosti,³⁸ nego, obrnuto, potrebno je u svakom slučaju rukovoditi se načelom adekvatnosti i u svakom slučaju procijeniti koja je krivična sankcija odnosno mjera odgovarajuća u odnosu na konkretnog maloljetnika i krivično djelo koje je učinio.³⁹

Naš zakon ni u jednoj odredbi ne pominje postupnost pri izricanju vaspitnih mjera nego ostavlja sudu da autonomno procjenjuje za koju će se mjeru opredijeliti, s tim da, ako maloljetnik nastavi sa kriminalnom djelatnošću, što ukazuje na to da nije bio adekvatan izbor mjere, kasnije se posegne i za težom mjerom kojom će se ostvariti svrha.

Međutim, treba biti realan, kako se ističe u teoriji, da izbor vaspitne mjere u praksi, najčešće nije rezultat prije svega procjene konkretnih potreba postupka, odnosno maloljetnika, nego je u istoj mjeri, ako ne i više od toga, diktiran postojanjem ili nepostojanjem realnih uslova za izvršenje određene vaspitne mjere.⁴⁰ Tako se na primjer mjera pojačanog nadzora u drugoj porodici rijetko izriče jer u praksi nisu stvoreni uslovi za njenu primjenu jer je teško naći drugu porodicu koja bi bila spremna da prihvati maloljetnika. U praksi je najzastupljenija mjera pojačanog nadzora od strane organa starateljstva, gdje maloljetnik ostaje u svojoj porodici, ali pošto ona nije u mogućnosti da nad njim vrši „pojačan nadzor“, onda tu ulogu preuzima organ starateljstva.

Što se tiče kazne maloljetničkog zatvora u normativnom pogledu u novom zakonu u odnosu na ranije stanje maloljetničkog zakonodavstva, uvedene su samo neke novine. Kazneni raspon je, umjesto od šest mjeseci do osam godina, sada od šest mjeseci do pet godina. Zatvor se, umjesto u posebnom kazneno-popravnim domu, izvršava u posebnoj organizacionoj jedinici za maloljetnike uprave za izvršenje krivičnih sankcija. Uslovni otpust kod kazne maloljetničkog zatvora je obligatoran nakon izdržane dvije trećine izrečene kazne (ranije se mogao uslovno otpustiti ako je izdržao jednu trećinu izrečene kazne, a ne manje od jedne godine), osim ako postoje okolnosti koje ukazuju na to da

³⁷ Snežana Soković, Kriterijumi izbora vaspitne mere..., str. 116.

³⁸ Nikola Milošević, Izbor i odmjeravanje sankcija prema maloljetnicima, Pravni život, br. 9, 2011, str. 774.

³⁹ Milan Škulić, Maloletničko krivično pravo..., str. 280.

⁴⁰ Snežana Soković, Kriterijumi izbora vaspitne mere..., str. 115.

nije postignuta svrha maloljetničkog zatvora. Novina je i to što se uslovno otpuštanjem određuje obaveza javljanja odsjeku za uslovnu slobodu pri ministarstvu pravosuđa umjesto ranije mogućnosti određivanja mjere pojačanog nadzora.

Maloljetnički zatvor je i dalje ostao kao jedina kazna koja se može izreći maloljetniku. Međutim, u literaturi ima mišljenja da bi se, pored maloljetničkog zatvora, mogla predvidjeti i novčana kazna, pa čak i kazna rada u javnom interesu, što ne bi bilo u suprotnosti sa međunarodnim pravnim aktima (na primjer sa Tokijskim pravilima).⁴¹

4. Kad je riječ o mjerama bezbjednosti koje se izriču prema maloljetnicima, jedino što je novo u odnosu na KZ jeste da je precizirano da mjere bezbjednosti, obavezno psihijatrijsko liječenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, obavezno psihijatrijsko liječenje na slobodi, obavezno liječenje alkoholičara i obavezno liječenje narkomana, traju do prestanka razloga zbog kojih su primijenjene, ali u svakom slučaju do prestanka izvršenja vaspitnih mjera i kazne maloljetničkog zatvora (čl. 39 st. 4 Zakona). Međutim, izuzetno, mjera bezbjednosti obavezno psihijatrijsko liječenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi može trajati i duže od izrečene kazne maloljetničkog zatvora.

PROCESNO MALOLJETNIČKO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO

1. Glava četvrta Zakona (čl. 42–89) sadrži procesne odredbe i reguliše postupak prema maloljetnicima, ono što je ranije bilo regulisano u posebnoj glavi Zakonika o krivičnom postupku. Trebalo bi nam više prostora da prikažemo, pa i u najkraćem, sve ono što karakteriše postupak prema maloljetnicima, pa ćemo pažnju zadržati samo na najznačajnijim novinama koje uvodi Zakon.

Ova glava počinje propisivanjem nadležnosti za vođenje postupka prema maloljetnicima, a u prvi plan se ističe specijalizacija organa za vođenje postupka prema maloljetnicima – to su državni tužilac za maloljetnike, sudija za maloljetnike i vijeće za maloljetnike. U preduzimanju određenih radnji prije pokretanja postupka učestvuje policajac za maloljetnike, a ako još imamo u vidu da se i za branioca u postupku prema maloljetnicima uzima advokat sa posebnim znanjima iz oblasti zaštite prava maloljetnika, onda nam to jasno govori o modelu krivičnog postupka u čijoj je osnovi potreba za društvenom zaštitom i pomoći.

⁴¹ Vidjeti Emir Ćorović, Neke pravnoteorijske dileme u vezi sa kažnjavanjem maloljetnika, RKK, br. 1, 2013, str. 49–61.

Jedna od značajnijih novina jeste uvođenje tzv. stručne službe u višim sudovima i Vrhovnom državnom tužilaštvu radi pružanja pomoći sudovima i državnim tužilaštvima u postupanju prema maloljetnicima, a poslove u stručnoj službi obavljaju stručna lica različitih specijalističkih profesija (socijalni radnici, psiholozi, pedagozi i slično, čl. 46 st. 2 i 3). Ovim do punog izražaja dolazi načelo protektivnosti u odnosu na maloljetnika, kao osnovno načelo postupka prema maloljetnicima.⁴²

2 Organ starateljstva je i do sada imao značajnu ulogu u postupku prema maloljetnicima, ali je ona po novom zakonu još naglašenija. Tako, organ starateljstva ima pravo da se upozna sa tokom postupka, da u toku postupka stavlja prijedloge i da ukazuje na činjenice i dokaze koji su od značaja za donošenje pravilne odluke. O svakom pokretanju postupka prema maloljetnicima državni tužilac za maloljetnike će obavijestiti organ starateljstva, a ako on to propusti, u daljem toku postupka će to učiniti sud (čl. 54).

Inače, organ starateljstva je *sui generis* procesni subjekt⁴³ i njegova funkcija je, kako se navodi u literaturi, dvojaka – sa jedne strane on je pomoćni organ suda, a s druge strane je sporedni krivičnoprocesni subjekt.⁴⁴

3. Stručna odbrana maloljetnika je obavezna prilikom prvog saslušanja i u toku cijelog postupka, a branilac može da bude samo advokat. Branioca uzima maloljetnik ili njegov zakonski zastupnik, a ako ga ne uzmu postavlja im se branilac po službenoj dužnosti, po pravilu, iz reda advokata sa posebnim znanjima iz oblasti zaštite prava maloljetnika po redosljedju sa liste Advokatske komore Crne Gore. Iako je Zakon ostao nedorečen da li advokat po izboru maloljetnika ili zakonskog zastupnika treba da bude sa posebnim znanjem iz oblasti zaštite prava maloljetnika, mislimo da se to podrazumijeva, jer će se i tada tražiti advokat koji mu može pružiti najbolju odbranu.

4. Kad je riječ o mjerama za obezbjeđenje prisustva maloljetnika u postupku, i tu postoje određena odstupanja od postupka protiv punoljetnih učinilaca. Inače, ta odstupanja opravdana su samo ukoliko doprinose specifič-

⁴² O ovom i drugim načelima postupka prema maloljetnicima šire Milan Škulić, Osnovna načela postupka prema maloljetnicima, RKK br. 1, 2008, str. 63–80.

⁴³ Milan Škulić, Maloljetničko krivično pravo..., str. 333.

⁴⁴ Saša Knežević, Maloljetničko krivično pravo – materijalno, procesno i izvršno, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010, str. 128.

nom cilju – utvrđivanju ličnosti maloljetnika i njegovoj zaštiti.⁴⁵

Pozivanje je, u pravilu, posredno, preko zakonskog zastupnika, a mjeru dovođenja sprovodi policija za maloljetnike u civilnoj odjeći, vozilu bez policijskih oznaka i bez vezivanja, osim ako to zahtijevaju okolnosti izvršenja krivičnog djela, vodeći računa o dostojanstvu maloljetnika (čl. 59). Mjere nadzora i jemstvo izriču se shodno ZKP.

Pritvor kao najteža mjera u postupku prema maloljetnicima rijetko se određuje, ako se svrha ne može postići drugim mjerama. Određuje ga sudija za maloljetnike i na osnovu njegovog rješenja pritvor u pripremnom postupku može da traje najduže 30 dana. Vijeće za maloljetnike neposredno višeg suda može iz opravdanih razloga pritvor produžiti najduže za 30 dana (čl. 62). Ne kaže se da li se to produženje odnosi na pritvor u pripremnom postupku ili u postupku uopšte. Međutim, imajući u vidu ustavnu odredbu člana 30 Ustava Crne Gore po kojoj pritvor u postupku prema maloljetnicima može maksimalno da traje do 60 dana, onda se može zaključiti da se produženje odnosi na postupak uopšte, a ne samo na pripremni postupak.

Novina je da se vrijeme provedeno u pritvoru, kao i svako drugo lišenje slobode, uračunava u trajanje izrečene vaspitne mjere upućivanja u vaspitnu ustanovu nezavodskog tipa, u ustanovu zavodskog tipa i kaznu maloljetničkog zatvora (čl. 62 st. 5).

Šta se podrazumijeva pod „svako drugo lišenje slobode“, problem je koji mora da riješi praksa. Ima mišljenja da mjera smještaja maloljetnika u vaspitnu ustanovu ili u organizaciju za vaspitanje i obrazovanje radi izdvajanja maloljetnika iz sredine u kojoj živi, gdje se radi o ograničenju kretanja, treba uračunati u vrijeme trajanja sankcija zavodskog karaktera.⁴⁶

5. Što se tiče strukture postupka prema maloljetnicima, on se sastoji od pripremnog postupka i postupka pred sudom. Vođenje pripremnog postupka, umjesto sudiji za maloljetnike, povjereno je državnom tužiocu za maloljetnike. Pripremnom postupku, slično kao istrazi u krivičnom postupku protiv punoljetnih lica, može da prethodi izviđaj kojim takođe rukovodi državni tužilac za maloljetnike, a značajnu ulogu ima i policajac za maloljetnike. Policajac za

⁴⁵ Đorđe Lazin, *Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008, str. 169.

⁴⁶ Nikola Milošević, *Nove odredbe o krivičnom postupku prema maloletnicima i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni*, „Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni“, Zlatibor, 2006, str. 457.

maloljetnike prikuplja obavještenja od građana u prisustvu zakonskog zastupnika maloljetnika ili predstavnika centra za socijalni rad. Saslušanje maloljetnika u izviđaju vrši državni tužilac za maloljetnike u skladu sa odredbama ZKP, a u prisustvu zakonskog zastupnika, odnosno centra za socijalni rad (čl. 64 st. 2). Slično kao i u postupku protiv punoljetnih lica, saslušanje maloljetnika, izuzetno, po odobrenju državnog tužioca za maloljetnike, može obaviti i policajac za maloljetnike uz pristanak maloljetnika i njegovog zakonskog zastupnika u prisustvu branioca i po pravilu u prisustvu zakonskog zastupnika maloljetnika, odnosno predstavnika centra za socijalni rad.

6. I u postupku prema maloljetnicima imamo dva vida oportuniteta: a) odbačaj krivične prijave iz razloga pravičnosti za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, ako maloljetnik ispolji stvarno kajanje i spriječi nastupanje štete ili istu otkloni i b) određivanje vaspitnog naloga (uslovljeni oportunitet) za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do deset godina. Razlika u odnosu na uslovljeni oportunitet (odloženo gonjenje) u postupku protiv punoljetnih lica je i po većem broju mogućih obaveza (vaspitnih naloga) i po tome što i u slučaju samo djelimičnog ispunjenja vaspitnog naloga državni tužilac može da odbaci krivičnu prijavu ako ocijeni da pokretanje postupka, s obzirom na prirodu krivičnog djela i okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život maloljetnika, njegova lična svojstva i razloge neispunjenja vaspitnog naloga u potpunosti, očigledno ne bi bilo cjelishodno.

Do primjene oba vida oportuniteta može da dođe i nakon pokretanja pripremnog postupka, koji se obustavlja i određuje jedan ili više vaspitnih naloga ili se obustavlja iz razloga cjelishodnosti bez izricanja vaspitnih naloga.

7. Kao što je vođenje istrage novim ZKP-om povjereno državnom tužiocu, tako je i vođenje pripremnog postupka povjereno državnom tužiocu za maloljetnike, a pripremni postupak, kao i istraga, pokreće se naredbom. Osim promjene subjekta koji pokreće i vodi pripremni postupak nema drugih značajnih novina u odnosu na ranije stanje zakonodavstva, i sve što je ranije u pripremnom postupku preduzimao sudija za maloljetnike, to sada čini državni tužilac, izuzev onih radnji i mjera kojima se ograničavaju slobode i prava maloljetnika (pretresanje stana, privremeno oduzimanje predmeta, pritvor i sl.) o kojima odlučuje sudija za maloljetnike.

Nakon što prikupi dovoljno dokaza i podataka i o djelu i o maloljetnom učiniocu, državni tužilac podnosi sudu obrazloženi prijedlog za izricanje kri-

vične sankcije. Odredbe ZKP o kontroli optužnice shodno se primjenjuju i na kontrolu prijedloga za izricanje krivične sankcije, s tim što kontrolu primarno vrši sudija za maloljetnike, odnosno predsjednik vijeća za maloljetnike, pa ako se ne složi sa prijedlogom, zatražiće da o tome odluči vijeće za maloljetnike neposredno višeg suda.

O prijedlogu za izricanje krivične sankcije odlučuje se na sjednici vijeća ili na glavnom pretresu, s tim da se kazna maloljetničkog zatvora i institucionalne mjere mogu izreći samo nakon održanog glavnog pretresa. Za razliku od postupka protiv punoljetnih učinilaca, vijeće za maloljetnike je ovlašteno i da bez prijedloga državnog tužioca za maloljetnike donese odluku na osnovu činjeničnog stanja koje je utvrđeno na glavnom pretresu.

POSEBNE ODREDBE O ZAŠTITI MALOLJETNIH LICA KAO UČESNIKA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Kao subjekat krivičnog postupka maloljetnik se može pojaviti i u svojstvu oštećenog, tj. žrtve krivičnog djela, pa se tom svojstvu može saslušati kao svjedok. Zakonodavac se pobrinuo da stvori normativnu osnovu za zaštitu ovih lica u krivičnom postupku pa je u glavi četvrtoj (čl. 90 do 97) propisao posebne odredbe o zaštiti maloljetnog lica koje je oštećeno krivičnim djelom, odnosno koje se saslušava kao svjedok u krivičnom postupku, insistirajući na zaštiti privatnosti uključujući zaštitu identiteta i podataka koji mogu otkriti identitet (čl. 91). Za razliku od zakonodavstva u Srbiji gdje su navedena krivična djela pri čijem će se procesuiranju pružiti dodatna zaštita maloljetnim žrtvama krivičnih djela, zakonodavac u Crnoj Gori dodatnu zaštitu je pružio u postupku za sva krivična djela. Posebno je uređeno saslušanje maloljetnog lica počev od toga da ga saslušava državni tužilac i sudija istog pola kao maloljetno lice, saslušanje se obavlja u prisustvu zakonskog zastupnika i, po pravilu, uz prisustvo stručnih lica (a obavezno uz stručnu pomoć ako se saslušava dijete). Saslušanje se vrši u posebnoj prostoriji opremljenoj tehničkim uređajima za audio-vizuelno snimanje. Izuzetno, maloljetno lice kao svjedok, odnosno oštećeni, može se saslušati i u svom stanu.

Radi izbjegavanja sekundarne viktimizacije, zabranjeno je suočavanje maloljetnog oštećenog koji nije navršio 14 godina, kao i starijeg od 14 godina, ako se nalazi u posebnom psihičkom stanju, sa okrivljenim.

Možemo konstatovati da će uloga maloljetnika kao aktivnog učesnika postupka biti limitirana samo u onoj mjeri koju nameće obzir prema prioritet-

nim interesima samog adolescenta, sa akcentom na zaštiti njegove ličnosti i moralno-emocionalne i psihološke stabilnosti.⁴⁷

IZVRŠNO MALOLJETNIČKO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO

Ono što je nekad uređivano Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija i koja oblast je tretirala prava izvršenja krivičnih sankcija⁴⁸ odnosno krivično izvršno pravo⁴⁹, sada je uređeno Zakonom o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku (čl. 98–180). Ovaj dosta obiman set normi segmentiran je u nekoliko glava koje se odnose na kontrolu izvršenja krivičnih sankcija, primjenu vaspitnih naloga, izvršenje krivičnih sankcija i pomoć maloljetniku poslije izvršenja institucionalnih mjera i kazne maloljetničkog zatvora.

Zakon promovise osnovne principe izvršenja krivičnih sankcija i primjene vaspitnog naloga prema maloljetnicima, a to su: postupak po pravosnažnoj odluci, princip individualizacije kroz pojedinačne programe postupanja, princip obrazovanja maloljetnika, zaštita zdravlja i slično.⁵⁰

Obim rada ne dozvoljava nam neku širu i detaljniju elaboraciju ovog seta odredaba Zakona, a u odnosu na stanje zakonodavstva prije donošenja ovog zakona manje izmjene su učinjene u oblasti maloljetničkog izvršnog prava, u odnosu na materijalno i procesno maloljetničko pravo. Novine su, uglavnom, vezane za ono što je novo u materijalnom krivičnom pravu, a to su vaspitni nalozi i posebne obaveze, pa je odredbama maloljetničkog izvršnog prava normirana primjena, odnosno izvršenje ovih mjera, odnosno sankcija. Takođe je ovim zakonom još više naglašena uloga organa starateljstva i stručnih službi koje treba da se formiraju u višim sudovima i Vrhovnom državnom tužilaštvu.

⁴⁷ Ljubomir Prelić, *Op. cit.*..., str. 236.

⁴⁸ Vidi Milan Škulić, *Maloletničko krivično pravo*..., str. 367.

⁴⁹ Više o tome Đorđe Ignjatović, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 14.

⁵⁰ O principima izvršenja više Snežana Soković, *Zavodske vaspitne mere – mesto u sistemu krivičnih sankcija i osnovne karakteristike izvršenja*, *Pravna riječ* br. 15, 2008, str. 463.

ZAKLJUČAK

Ova kratka analiza maloljetničkog krivičnog zakonodavstva Crne Gore pokazuje da je ono, u dobroj mjeri, usaglašeno sa međunarodnim pravnim standardima. Zakonodavac se nije štedio kada je u pitanju uvođenje novih instituta i u materijalno, procesno i izvršno zakonodavstvo. Ali zašto ne reći da je i naše ranije maloljetničko krivično zakonodavstvo, čiju tradiciju slijedimo, još znatno prije donošenja Konvencije o pravima djeteta i pratećih protokola, izražavalo visok stepen humanizma, bar kad je riječ o pravnom okviru. I naše današnje maloljetničko krivično zakonodavstvo predstavlja dobar normativni okvir. Ali, to je samo jedna strana ove medalje; druga, možda i važnija strana jeste praktična primjena savremenih zakonskih rješenja. U tom smislu, svaka država potpisnica odgovarajućih međunarodnih pravnih dokumenata iz oblasti ljudskih prava i sloboda, pa i maloljetničkog zakonodavstva, odnosno pravosuđa, dužna je da obezbijedi odgovarajuće institucije u kojima će se realizovati ono što je normom propisano. Primjena Zakona podrazumijeva adekvatan stručni program, edukovan kadar i u postupanju i u izvršenju mjera, odnosno sankcija, donošenje podzakonskih akata i slično. U svakom slučaju, država treba da prepozna da problem maloljetničke delinkvencije treba da ima prioritet, jer Diogen je davno rekao: „Temelj svake države je vaspitanje mladih“, čiji segment je i dio koji se odnosi na maloljetničku delinkvenciju i zakonodavstvo i njegovu primjenu.

Literatura

1. Banović, B., Joksić, I., Politika izricanja i primene vaspitnih naloga u Srbiji, u „Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet“, Banja Luka, 2014.
2. Banović, B. i drugi, Politika izricanja krivičnih sankcija prema maloletnim učiniocima krivičnih dela u Republici Srbiji, Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primene), Istočno Sarajevo, 2012.
3. Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske broj 13, 2010.
4. Ignjatović, Đ., Kriminologija, Dosije, Beograd, 2007.
5. Ignjatović, Đ., Maloletničko krivično pravo između bolećivosti i retributivnosti, Pravni život, br. 9, 2004.

6. Ignjatović, Đ., Pravo izvršenja krivičnih sankcija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
7. Jovašević, D., Stevanović, Z., Sistem krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela, RKK br. 3/08.
8. Knežević, S., Maloletničko krivično pravo – materijalno, procesno i izvršno, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010.
9. Knežević, S., Kažnjavanje maloletnika u sklopu međunarodnih standarda zaštite ljudskih prava, Pravna riječ, br. 12, 2007.
10. Knežević, S., Vaspitni nalozi kao vid diverzionog reagovanja na maloljetničku delinkvenciju, Pravna riječ, br.15, 2008.
11. Konstatinović Vilić, S., Kostić, M., Restorativna pravda i krivični postupak prema maloletnicima na primeru Srbije i Republike Srpske, Pravna riječ, br. 33, 2012.
12. Lazin, Đ., Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008.
13. Milošević, N., Izvršenje krivičnih sankcija prema maloljetnicima, Udruženje za penologiju Jugoslavije, Beograd, 2000.
14. Milošević, N., Izbor i odmjeravanje sankcija prema maloljetnicima, Pravni život, br. 9, 2011.
15. Milošević, N., Nove odredbe o krivičnom postupku prema maloletnicima i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni, Zlatibor, 2006.
16. Obradović, D., Krivičnopravne odredbe o maloletnicima i dosadašnja iskustva u njihovoj primjeni, Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primjeni, Zlatibor, 2006.
17. Pajić, O., Alternativne mere prema maloletnim počiniocima krivičnih dela, Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 79, 2009.
18. Perić, O., Komentar krivičnopravnih propisa o maloljetnicima, Službeni glasnik RS, Beograd, 1995.
19. Prelić, Lj., Maloletno lice kao subjekt krivičnog postupka, Nova rešenja u krivičnoprocesnom zakonodavstvu – teorijski i praktični aspekt, Zlatibor, 2011.
20. Radulović, Lj., Maloletničko krivično pravo, Pravni fakultet Beograd, 2010.
21. Radulović, Lj., Vaspitni nalozi kao posebne mere reagovanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela (svrha, vrste i izbor), RKK br. 1, 2008.
22. Soković, S., Osnovne karakteristike izvršenja krivičnih sankcija koje se izriču maloletnicima, RKK br. 1-2, 2012.

23. Soković, S., Maloletnički kriminalitet i recidivizam: pravilo i/ili izuzetak, RKK br. 3, 2013.
24. Soković, S., Kriterijumi izbora vaspitne mjere za maloletne prestupnike, RKK br. 2-3, 2011, str. 121.
25. Soković, S., Zavodske vaspitne mere – mesto u sistemu krivičnih sankcija i osnovne karakteristike izvršenja, Pravna riječ br. 15, 2008.
26. Soković, S., Bejatović, S., Maloletničko krivično pravo, Kragujevac, 2009.
27. Stevanović, I., Nova zakonska rešenja o maloletnicima – značaj alternativa u institucionalnom tretmanu, Temida, br. 1, 2006.
28. Stevanović, I., Predlog Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Udruženje za krivično pravo Srbije, Kopaonik, 2005.
29. Stevanović, I., Maloletni učinioci krivičnih dela i alternativne krivične sankcije, u „Alternativne krivične sankcije – regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“ (ur. S. Bejatović i J. Jovanović), Misija OEBS-a u Srbiji, 2018.
30. Simović, M. i drugi, Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Banja Luka, 2010.
31. Stojanović Milošević, G., Maloletničko krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2010.
32. Stojanović Milošević, G., Međunarodni krivičnopravni standardi u zakonodavstvu za mlade iz ugla nacionalnog prava, Primena međunarodnih krivičnopravnih standarda u nacionalnim zakonodavstvima, Beograd, 2004.
33. Službeni list Crne Gore, br. 64, 2011.
34. Ćorović, E., Neke pravnoteorijske dileme u vezi sa kažnjavanjem maloljetnika, RKK, br. 1, 2013.
35. Škulić, M., Stevanović, I., Maloletni delinkventi u Srbiji, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 1999.
36. Škulić, M., Maloletničko krivično pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022.
37. Škulić, M., Maloletničko krivično pravo, Pravni fakultet Beograd, 2011.

Darko Radulovic, Ph.D.**

JUVENILE CRIMINAL LEGISLATION OF MONTENEGRO AND INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS

***Abstract:** In the historical development of juvenile criminal legislation, in terms of the normative framework, two models were generally prevalent. In the first, older model, juvenile criminal legislation was dispersed over several laws. Thus, until ten years ago, Montenegro's juvenile criminal legislation was regulated in special units within the general provisions of substantive, procedural and enforcement criminal legislation. However, our scientific and expert community has long been contemplating the idea that minors, as a special category of criminal offence perpetrators, would be better served if matters related to their position in criminal legislation were regulated by a special law. This idea took shape with the passing of the special Law on Treatment of Minors in Criminal Proceedings, so that provisions of substantive, procedural and enforcement legislation that are specific to juvenile perpetrators of criminal offences can be found in one place. Still, this does not preclude the application of general criminal law provisions either, insofar as they do not stand in contradiction to the special provisions.*

The paper provides an overview of the provisions of substantive, procedural and enforcement juvenile criminal legislation. Furthermore, the paper examines the conformity of the normative framework of our juvenile criminal legislation with the corresponding international legal documents concerning this category of perpetrators of criminal offences.

Keywords: *minor, treatment, alternative measures, educational measures, law*

** Associate Professor, Faculty of Law in Podgorica, University of Montenegro

KAZNA DOŽIVOTNOG ZATVORA U NOVELI KRIVIČNOG ZAKONIKA SRBIJE

Dr Gordana Nikolić*

Apstrakt: Kazna doživotnog zatvora je, nakon smrtne kazne, najteža kazna u sistemu krivičnih sankcija i svojim izricanjem za vrlo teška krivična dela opravdava svoju primenu. Izmene i dopune Krivičnog zakonika koje su usledile 21. maja 2019. godine i koje su svoju primenu otpočele 1. decembra 2019. godine, uvrstile su u inkriminaciju zakonskog teksta, nakon mnogo godina, kaznu doživotnog zatvora, koja je odavno bila napuštena u našem krivičnoppravnom sistemu. Inicijativa za uvođenje ove kazne odnosila se najpre na „ubice dece“, ali je zakonodavac proširio uslove za izricanje ove kazne i na druga teška krivična dela uz mogućnost uslovnog otpusta nakon dvadeset sedam godina izdržane kazne. Dotadašnja kazna od trideset do četrdeset godina praktično je zamenjena kaznom doživotnog zatvora. Iako je Zakonik o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika doneo i brojne druge novine u smislu uvođenja novih krivičnih dela i pooštavanja kaznene politike za određena krivična dela i njegove oblike, autor je pažnju usmerio na kaznu doživotnog zatvora. U radu se analiziraju zakonske odredbe ove kazne, uslovi za njeno izricanje, uslovni otpust i njeno mesto u sistemu krivičnih sankcija. Autor nakon analize ove kazne ukazuje na njene dobre strane i opravdano uvođenje u naš Krivični zakonik, ali i na moguće probleme koje se njenom primenom mogu javiti, sve u cilju da se budućim noveliranjem otklone i novim izmenama modifikuju.

Ključne reči: doživotni zatvor; kazna, krivična sankcija, Krivični zakonik.

* Naučni saradnik, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, kriminalistički inspektor, chupka84@gmail.com

Uvodne napomene

U nameri da Republika Srbija pojača krivičnopravnu represiju delovanja protiv kriminala, kao udarna vest u stručnoj, naučnoj i opštoj javnosti odjeknula je odluka da se u okviru krivičnog prava i njenoj zakonskoj regulativi, nakon stotine godina, ponovo uvede kazna doživotnog zatvora. Brojna nova rešenja usvojena su izmenama i dopunama Krivičnog zakonika od 21. maja 2019. godine („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/19) i otpočela su sa primenom 1. decembra 2019. godine. Zakonodavac je kao krucijalnu izmenu uveo zamenu dotadašnje kazne zatvora od 30 do 40 godine, kaznu doživotnog zatvora za najteža krivična dela i najteže oblike teških krivičnih dela.

Kazna doživotnog zatvora nije se tek „odjednom“ uvrstila u red krivičnih sankcija. Prva razmišljanja o uvođenju ove kazne usledila su još davne 2002. godine, kada je noveliranjem Krivičnog zakona Srbije („Službeni glasnik SR Srbije“, broj 26/1977, 28/1977, 43/1977, 20/1979, 24/1984, 39/1986, 51/1987, 6/1989 i 21/1990 i “Službeni glasnik Republike Srbije”, broj 16/1990, 26/1991, 75/1991, 9/1992, 49/1992, 51/1992, 23/1993, 67/1993, 47/1994, 17/1995, 44/1998, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003 i 67/2003) ukinuta smrtna kazna, ali se od toga odustalo. Doživotna kazna bi tada bila zamena za ukinutu smrtnu kaznu. Intencija da se doživotni zatvor uvede u sistem krivičnih sankcija Srbije usledila je i 2005. godine, donošenjem novog Krivičnog zakonika, od čega se i tada odustalo. Iako je deo stručne javnosti bio za uvođenje ove kazne prilikom noveliranja Zakonika 2016. godine i tada se od njenog uvođenja u zakonodavne okvire odustalo.

Neminovni uslovi koji su se stvorili za uvođenje kazne doživotnog zatvora nastali su i utemeljeni Novelom iz 2019. Godine, kada je zakonodavac doneo i druge mnogobrojne izmene i dopune zakonskog teksta. Ukoliko se kratko osvrnemo na njih, to su inkriminacija novih krivičnih dela (najznačajnija napad na advokata iz člana 336a KZ), novi oblici postojećih dela koji se odnose na krivična dela terorizma i finansiranja terorizma, povećanje kaznenih raspona (posebnog minimuma i posebnog maksimuma) za pojedina krivična dela, posebno kod krivičnih dela sa elementima nasilja kao što su dela protiv državnih organa, nasilničkog ponašanja, terorizma, finansiranja terorizma, zlostavljanja i mučenja, težih oblika nasilja u porodici.

Novine se odnose i na to da krivično gonjenje i izvršenje kazne ne zastarevaju za pojedina krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara za-

štićenih međunarodnim pravom (ratni zločini), kao i za sva krivična dela za koja je propisana kazna doživotnog zatvora. Strože kažnjavanje se odnosi i na kažnjavanje povratnika. Po prvi put se uvodi kažnjavanje pripremljenih radnji (stadijum pre izvršenja krivičnog dela) kod krivičnog dela teškog ubistva, uvođenjem stava 2 u članu 114 KZ.

Iako bi bilo očekivano doneti potpuno novi krivični zakonik usled brojnih novela koje je pozitivni Krivični zakonik od svog donošenja 2005. godine i početka primene od 1. januara 2006. godine do danas pretrpeo, a posebno što je poslednjim noveliranjem menjan i opšti deo Zakonika, što nije čest slučaj (dosadašnje izmene i dopune su se uglavnom odnosile na posebni deo krivičnog prava), zakonodavac se odlučio za noveliranje pozitivnog KZ. Njegova opravdanost u ovom izboru može se ogledati u tome da formalne okolnosti ne utiču na suštinu njegove valjanosti i opravdanosti u primeni, jer se formalnom novelom postiže isti efekat njegove primene, te da donošenje novog Krivičnog zakonika nije bilo neophodno.

Zanemarivši ove tehničke okolnosti nastajanja izmena zakonskog teksta, koje ne utiču na valjanost njegove suštine i primene, u narednom tekstu rada biće analizirana novela koja se odnosi na uvođenje kazne doživotnog zatvora. Imajući u vidu prethodno navedenu činjenicu da je ova kazna već davno napuštena iz sistema naših krivičnih sankcija i da je više puta od uklanjanja smrtne kazne bilo rasprave da se uvede u sistem krivičnih sankcija kao njena zamena, važno je ukazati na opravdanost njenog uvođenja u naše krivičnopravne zakonodavne okvire, ali i na neke njene loše strane, za koje se nadamo da će u bliskoj budućnosti biti modifikovane i koje neće uticati na njen pun efekat primene. Da bismo do ovih zaključaka došli, potrebno je da najpre analiziramo njene zakonske odlike.

Razlozi za uvođenje kazne doživotnog zatvora u krivično zakonodavstvo

Formalno zvučnija, a suštinski skoro identična kao ranija kazna zatvora od 30 do 40 godina, kazna doživotnog zatvora je nakon stotine godina novelama Krivičnog zakonika („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 35/19) od 21. maja 2019. godine i primenom od 1. decembra 2019. godine ponovo uvedena u krivično zakonodavstvo naše zemlje, uz opravdane i neminovne razloge za njeno uvođenje. Brojna teška krivična dela koja su obeležila, nažalost, realnost u našoj zemlji, a posebno delo ubistvo deteta na najsvirepiji i najmonstruozniji način, prema čijim izvršiocima se primenjivao tada pozitiv-

ni Zakonik čija je mogućnost bila da se kao najteža kazna izrekne kazna od 40 godina zatvora, koja je i izrečena, nametnula je dominantnu i primarnu potrebu da se pored „Tijaninog zakona“ u naše krivično zakonodavstvo uvede teže kažnjavanje za ovako teška krivična dela. To je kazna doživotnog zatvora.

Iako za ovakva krivična dela ne postoji adekvatna kazna za bol i štetu koja su njihovom radnjom izvršenja naneta, Republika Srbija je kao neminovno rešenje mogla da ponudi jačanje krivičnopravne represije uvođenjem kazne doživotnog zatvora. Iako smo davno napustili smrtnu kaznu, njenim ukidanjem, Novelom Krivičnog zakona iz 2002. godine učinivši pozitivan pomak i doprinos humanizaciji celokupnog krivičnopravnog sistema u Srbiji, nužno rešenje kao zamena za ovu najtežu kaznu u sistemu krivičnih sankcija je još tada bila kazna doživotnog zatvora. Ipak, ključnu ulogu u napuštanju smrtno kazne imao je Savet Evrope čiji smo bili kandidat, a od 2003. godine postali i članica, smatrajući smrtnu kaznu nehumanom kaznom kojom se krše ljudska prava, te smo zbog prijema morali da je ukinemo i poštujući principe humanosti i ljudskih prava nismo je mogli više uvrstiti u sistem krivičnih sankcija.

U prilog uvođenja kazne doživotnog zatvora u krivično pravni sistem Srbije ide i činjenica da ona već postoji u krivičnom zakonodavstvu većine evropskih zemalja i to odavno, kada je bila uvedena kao zamena za ukinutu smrtnu kaznu (Stojanović, 2019: 232) za koju se u to vreme Republika Srbija odlučila da kao najtežu kaznu uvede zatvor od trideset do četrdeset godina.

Kaznu doživotnog zatvora možemo smatrati najbližoj smrtnoj kazni (ili njenom zamenom) budući da je formalno najteža kazna u pozitivnom sistemu kazni, a da po suštini ukazuje na „odloženu smrtnu kaznu“. Sa druge strane, možemo je smatrati i bliskom zamenjenoj najstrožoj kazni zatvora od 30 do 40 godina. U drugom slučaju je sporno jedino to što se ne radi o fiksnom iznosu moguće dužine kazne, pa ako bi se radilo o kazni od 30 godina zatvora, ne bi bilo velike bliskosti sa doživotnim zatvorom, dok ako bi se upoređivala sa kaznom od 40 godina zatvora, ta sličnost, u smislu rigidnosti, bila bi svakako bliža. Ipak, ovo poređenje zavisilo bi i u kom je uzrastu osuđeno lice, budući da bi i kaznu zatvora od 30 godina osuđeno lice moglo da vrši do kraja života, pa bi u tom slučaju bila ista u primeni kao kazna doživotnog zatvora. U vezi sa ovim poređenjem, prihvatljivije bi bilo stanovište da se kazna doživotnog zatvora smatra „odloženom smrtnom kaznom“ i da je praktično njena zamena, jer u oba slučaja do kraja života osuđeno lice neće biti na slobodi. Ukoliko bi usvojili ovo stanovište, onda bi se poslednja novela KZ, koja se između ostalih izmena i dopuna odnosi i na uvođenje kazne doživotnog zatvora, sma-

trala oštrijom i strožom, budući da je možemo smatrati rigidnijom od raspona prethodne najteže kazne od 30 do 40 godina zatvora.

Iz ovoga proizlazi da su razlozi za uvođenje kazne doživotnog zatvora nedovoljno oštra kaznena politika za pojedina teška krivična dela koja su se u istoriji krivičnog zakonodavstva i drakonskih zakona kažnjavala smrtnom kaznom. Imajući u vidu prethodno navedene činjenice da je smrtna kazna suprotna duhu evropskog zakonodavstva i principu humanosti, kao i modernizaciji sistema krivičnih sankcija, te da se smatra nehumanom, nepopularnom, neusaglašenom sa međunarodnim pravom i savremenim zakonodavstvom, doživotni zatvor se jedino ponudio kao dobro rešenje za jačanje krivičnopravne represije i oštiju politiku kažnjavanja. S obzirom na navedene okolnosti, kao zamenu za smrtnu kaznu, nakon koje se i smatra najtežom u sistemu krivičnih sankcija, zakonodavac je mogao jedino da uvede kaznu doživotnog zatvora. Krucijalni razlozi njenog uvođenja u sistem krivičnih sankcija Srbije su vrlo jasni i opravdani – jačanje krivičnopravne represije kao odgovor i reakcija na teška krivična dela i teže oblike ovih krivičnih dela.

Teška za učinioce, ali nemerljiva za žrtvu i učinjene posledice, formalno zvučnija za krivičnopravnu zakonsku nomenklaturu od prethodne, humanija od smrtno kazne, samo su neki od elemenata koji se nalaze u značenju izraza kazne doživotnog zatvora i koji opravdaju razloge za njeno uvođenje. Suština svake kazne ogleda se u reakciji države da u ime društva represivno deluje protiv učinioaca krivičnog dela i ima za cilj da spreči tog učinioaca od vršenja krivičnih dela, kao i na potencijalne učinioce (Jovašević, 2010: 181). S tim u vezi, svaka kazna je dobra jer se represivnim i preventivnim metodama bori protiv kriminala, te predstavlja reakciju društva i države u sankcionisanju izvršioca krivičnih dela i njegovog sprečavanja da i dalje vrši krivična dela. Pooštravanje kaznene politike nužan je zakonski odgovor na praktično ispoljene radnje izvršenja, pa samim tim jačanje raspona kažnjavanja i uvođenja oštih i najtežih kazni, kao što je kazna doživotnog zatvora, ispravna je reakcija države i društva u borbi protiv kriminala.

Zakonsko određenje kazne doživotnog zatvora

Zakonom o izmena i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine („Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 35/19) ispred člana koji se odnosi na kaznu zatvora (član 45 KZ), uveden je novi član 44a KZ, u kome je propisan doživotni zatvor, odmah iza odredaba koje se odnose na glavne i sporedne kazne (član 44 KZ). Zakonodavac je doživotni zatvor propisao kao prvu

i najtežu kaznu u sistemu kazni. Doživotni zatvor i kazna zatvora mogu se izreći samo kao glavne kazne. U skladu sa noveliranim zakonskim tekstom, kazna doživotnog zavora izuzetno se može propisati za najteža krivična dela i najteže oblike krivičnih dela, samo alternativno uz kaznu zatvora (član 44a stav 1 KZ).

Zakonodavac je propisao da se doživotni zatvor ne može izreći licu koje u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršilo dvadeset i jednu godinu života (član 44a stav 2 KZ). Osim ovog ograničenja, u smislu člana 44a stav 3 KZ, doživotni zatvor se ne može izreći ni u slučajevima kada zakon predviđa da se kazna može ublažiti (član 56 stav 1 tačka 1) ili kada postoje neki od osnova za oslobođenje od kazne.

Kazna se, u smislu člana 57 stava 2 KZ, ne može ublažiti za krivična dela iz člana 114, 134 st. 2 i 3, 178, 179, 180, 214 st. 2 i 3, 246 st. 1, 3 i 4, 350 st. 3 i 4 i 388 ovog zakonika. Isto tako, ne može se ublažiti kazna učiniocu krivičnog dela koji je ranije osuđivan za isto ili istovrsno krivično delo (čl. 57 st. 3 KZ). Bez ograničenja sud može ublažiti kaznu učiniocu dela jedino ako je ovlašćen da učinioca krivičnog dela oslobodi od kazne (čl. 57 st. 4 KZ).

U Komentaru Krivičnog zakonika (Stojanović, 2019: 232, 233) autor opravdano smatra da doživotni zatvor treba da ima izuzetan karakter, zato što predstavlja zamenu za smrtnu kaznu, te treba da bude krajnje sredstvo u kažnjavanju. On navodi da se termin „izuzetno“ u odredbi člana 44a stav 1, odnosi na propisivanje ove kazne, ali da se „telološkim tumačenjem dolazi do zaključka da to važi i za njeno izricanje“. U tome je i zakonodavac bio vrlo jasan samim propisivanjem ove kazne, navodeći da se izriče „izuzetno“ alternativno uz kaznu zatvora za najteža krivična dela i najteže oblike krivičnih dela.

Osim izuzetnosti u svojoj primeni prema najtežim krivičnim delima i najtežim oblicima krivičnih dela, ograničenja koje je zakonodavac postavio kod izricanja kazne doživotnog zatvora ogledaju se i u njenom izricanju isključivo prema licima koja u vreme izvršenja dela nisu navršila dvadeset i jednu godinu života. Iako se evropski standardi prilikom izricanja kazne doživotnog zatvora odnose na uslov da se ona ne može izreći maloletnom licu, naš zakonodavac je ostavio rešenje koje je postojalo i kod kazne od trideset do četrdeset godina zatvora u smislu ograničenja njenog izricanja licima koja u vreme izvršenja dela nisu navršila dvadeset i jednu godinu života.

U smislu izricanja uslovnog otpusta, uslovi su u skladu sa opštim načelima krivičnog prava ostali isti, osim što se novine u smislu uslovnog otpusta odnose na kaznu doživotnog zatvora, te s tim u vezi sud može uslovno otpustiti osuđenog (ako najpre ispunjava uslove u smislu stava 1 člana 46 KZ,

koji se odnose na opšte standarde uslovnog otpusta) koji je osuđen na kaznu doživotnog zatvora ako je izdržao dvadeset sedam godina. U slučaju da uslovni otpust ne bude opozvan, smatra se da je osuđeni izdržao kaznu. Uslovni otpust osuđenom licu na kaznu doživotnog zatvora traje petnaest godina od dana kada je uslovno otpušten (čl. 47 st. 7 KZ).

Stav Evropskog suda za ljudska prava je da preispitivanje potrebe daljeg izvršenja kazne doživotnog zatvora može uslediti nakon dvadeset pet godina izdržane kazne doživotnog zatvora. Iako kazna doživotnog zatvora nije u koliziji sa ESLJP, rešenje koje je naš zakonodavac doneo da se preispitivanje daljeg izvršenja ove kazne odnosi na period nakon dvadeset sedam godina jedino je koje odstupa od stava ESLJP. Čini nam se da se zakonodavac prilikom donošenja ovog rešenja držao stava opštih normi krivičnog prava u smislu izricanja mogućeg uslovnog otpusta nakon dve trećine izrečene kazne zatvora, te da se ovom rešenju priklonio opštim računanjem dve trećine kazne od nekadašnje najteže kazne zatvora od 40 godina, kako novo rešenje ne bi bilo blaže od postojećeg. Ipak, trebalo bi razmisliti da li period za izricanje uslovnog otpusta kod krivičnih dela kod kojih je dozvoljen prilikom izvršenja kazne doživotnog zatvora treba smanjiti i ujednačiti sa stavom ESLJP na 25 godina izdržane kazne ili ostati pri težem rešenju od 27 godina.

Zakonodavac je i taksativno propisao krivična dela u kojima sud ne može uslovno otpustiti osuđenog (član 46 stav 5 KZ), i to: krivično delo teškog ubistva deteta ili bremenite žene (čl. 114 st. 1 tačka 9 KZ), teži oblik krivičnog dela silovanja kvalifikatornom okolnosti da je nastupila smrt lica prema kome je delo izvršeno ili je delo izvršeno prema detetu (čl. 178 st. 4 KZ), teži oblik dela obljuje sa detetom u slučaju da je nastupila smrt deteta (čl. 180 st. 3 KZ) i teži oblik krivičnog dela obljuje zloupotrebom položaja učinjeno prema detetu u slučaju da je nastupila smrt deteta (čl. 181 st. 5 KZ).

Ovom rešenju se može prigovoriti, uz ograničenje da ne predstavlja prepreku opravdanosti svoje primene, budući da se zakonodavac prilikom određivanja dela koja je svrstao u kategoriju krivičnih dela za koja se uslovni otpust ne može izreći držao dela koja su vezi sa obljubom nad detetom i najtežih oblika gde je nastupila smrt deteta, kao i ubistva deteta ili bremenite žene, što predstavljaju neminovno najteže oblike dela, ali se nameće pitanje zbog čega se uslovni otpust može izreći za neka teška krivična dela kao što su npr. terorizam, genocid, ubistvo predstavnika najvišeg državnog organa itd. U prilog ovom prigovaranju ide činjenica da logički radnje izvršenja izuzetno teških krivičnih dela koja su izvršena nad grupom ljudi kvalifikatornom okolnosti nastupanjem smrti pasivnih subjekata dozvoljavaju mogućnost uslo-

vnog otpusta, dok se kod dela gde je nastupila smrt deteta, uz naglasak da se radi o najtežim krivičnim delima, mogućnost uslovnog otpuštanja opravdano ne razmatra. Ovom rešenju se ne prigovara u smislu ispravnog određivanja težine krivičnih dela jer je zakonodavac nesumnjivo ispravno odredio krug krivičnih dela, odnosno njegovih težih oblika, kod kojih se uslovni otpust zabranjuje. Prigovor se upućuje u smislu proširenja krivičnih dela ili njegovih težih oblika koji bi se uvrstili u krug krivičnih dela kod kojih se uslovni otpust ne može izreći, te bi se ovo rešenje trebalo dopuniti budućim noveliranjem Zakonika. Katalog krivičnih dela kod kojih nema mogućnosti uslovnog otpusta prema u *de lege ferenda* smislu proširiti, te pored postojećih opravdano teških krivičnih dela, koje je zakonodavac ispravno odredio, treba uvrstiti i nova krivična dela, kao što su dela terorizma, genocida, ratnih zločina i drugih izuzetno teških dela.

Dobre i loše strane kazne doživotnog zatvora

Doživotni zatvor ima više dobrih strana, a vrlo malo onih loših, na koje je, ipak, neophodno ukazati kako bi se budućim modifikacijama zakonskog teksta promenile. One ne predstavljaju prepreku za njenu sadašnju primenu, već naprotiv, kazna doživotnog zatvora svojim normiranjem ukazuje na oštru, hrabru i svrsishodnu politiku kažnjavanja učinioca najtežih krivičnih dela.

Ukoliko bismo kaznu doživotnog zatvora (Kolarić, 2019) posmatrali najpre u vremenskom smislu uvođenja, onda bismo sigurno mogli reći da je trebalo još ranije uvesti i da je najpogodniji trenutak za njeno uvođenje bila sada već davna 2002. godina, kada je ZOID Krivičnog zakona ukinuta smrtna kazna ispunivši uslov za postajanje članice Saveta Evrope. Od ovog rešenja se tada odustalo, kao i u 2005. i 2016. godine, jer se zakonodavac odlučio da u zakonodavne okvire implementira kaznu od 30 do 40 godina zatvora, za razliku od većine evropskih zemalja koje su napuštanjem smrtno kazne, kao njenu zamenu u svoja krivičnopravna zakonodavstva uvele kaznu doživotnog zatvora.

Represivni karakter kazne doživotnog zatvora je izuzetno veliki i najviše doprinosi jačanju generalne prevencije. Funkciju generalne prevencije je najviše svakako mogla da ima smrtna kazna, a s obzirom na to da je više nema u sistemu kazni u našoj zemlji, kao ni u većini zemalja, kazna doživotnog zatvora ostvaruje uticaj na generalno preventivnu funkciju. Ipak, postoje i sumnje u mogućnost njene generalno preventivne funkcije. U prilog tome ide mogućnost bekstva takvog osuđenika ili zamena aktom amnestije ili pomilovanja blažom kaznom (Jovašević, 2010: 205, 206).

Problem koji se ovde javlja odnosi se na ostvarivanje specijalne prevencije u slučaju da uslovnog otpusta kod ove kazne nema. Specijalna prevencija svoju ulogu može ostvariti jedino ukoliko su ispunjeni uslovi za izricanje uslovnog otpusta, pa bi i proces resocijalizacije, popravljanja, vaspitavanja i prevaspitavanja učinioca dela u zatvorskoj ustanovi imao smisla. U slučaju da se radi o krivičnim delima za koje je zakonodavac taksativno naveo da sud ne može uslovno otpustiti osuđenog, onda specijalna prevencija ne ostvaruje svoje dejstvo jer kako se može očekivati svrha i cilj specijalne prevencije u odnosu na osuđenika koji je siguran da nikada do kraja svog života neće izaći na slobodu ni vratiti društvenoj zajednici.

Ovo predstavlja i najveći problem kod jednog dela stručne javnosti, koji kao najsporniju činjenicu navode upravu odredbu kojom se zabranjuje uslovni otpust prilikom izricanja i izvršenja kazne doživotnog zatvora za taksativno propisana krivična dela (član 46 stav 5 KZ). Oni smatraju da je ovo rešenje u koliziji sa Evropskim sudom za ljudska prava koji se u vezi sa ovim pitanjem izjasnio povodom drugih država, smatrajući da nedavanje bilo kakve šanse osuđenom licu da se nada da će se ikada njegova situacija promeniti može podvesti pod nehumanom kaznom, koja je izričito zabranjena poveljom (Kolarić, 2019).

Koliko god smrtna kazna bila nehumana, smatra se da ni kazna doživotnog zatvora ne zadovoljava principe humanosti. Iako služi zameni za smrtnu kaznu, ona je nehumana na isti način kao i smrtna kazna. Njenom primenom osuđeni je praktično osuđen na smrt koja ne nastupa odmah, već kroz dugovremeno lišenje slobode (Jovašević, 2010: 205, 206).

Ipak, potrebno je ukazati i na činjenicu koja je takođe vrlo često prisutna, a to je da nekim licima, posebno onim koji su se upustili u izvršenje teškog krivičnog dela, zbog svojih crta ličnosti i nema pomoći, pa ni njihovo vaspitavanje ni prevaspitavanje u zatvorskoj ustanovi u cilju resocijalizacije i ponovnom vraćanju u društvo i nema smisla, u tom slučaju specijalna prevencija kod ovakvih učinioca i nije potrebna, pa je upućivanje na izvršenje kazne doživotnog zatvora i društveno najprihvatljivije pored zakonske nomenklature kojom se propisuju uslovi za izricanje kazne doživotnog zatvora.

Slabljenju specijalne preventivne funkcije nemogućnosti izricanja uslovnog otpusta izvršenjem kazne doživotnog zatvora potkrepljuje mogućnost da ovi osuđenici mogu da vrše nova krivična dela u zatvoru nad drugim osuđenicima ili nad pripadnicima penitensijarne administracije (vaspitača, zdravstvenog osoblja, zatvorske straže i sl.) ili čak i na štetu imovine zavedske ustanove (Jovašević, 2010: 206), držeći se mišljenja da izdržavanjem

„odložene smrtne kazne“ ne mogu dobiti težu i strožu kaznu, a vladanje ne utiče na uslovni otpust u slučaju da ga zakonskim propisivanjem ne mogu dobiti ili da su već starijeg uzrasta pa im ni uslovni otpust ne znači kao cilj zbog koga će se truditi da se dobro vladaju i prevaspitavaju. Kazna zatvora od 40 godina, ma koliko bila duga i skoro identična sa kaznom doživotnog zatvora u vremenskom smislu izvršenja, osuđenim licima daje neku nadu i neku šansu vraćanja slobodnom životu. U ovom smislu je kazna zatvora od 40 godina humanija od smrtne kazne kazne.

Sa druge strane, problem koji se otvara kod kazne od 40 godina zatvora najviše se ogleda u tome što su osuđenici nakon izlaska iz zatvora stara lica, bez posla, bez sredstava za život, dugogodišnje udaljeni od normalnog života, te je teško da se vrate životnim aktivnostima i tako nemoćni budu prepušteni sami sebi. S tim u vezi je kazna doživotnog zatvora u prednosti primene od prethodne kazne zatvora od 40 godina.

Iako za teška krivična dela ne postoji kazna kojom će se otkloniti posledica učinjenog dela i vratiti okolnosti koje su postojale pre prouzrokovanja njenim izvršenjem, tačnije ako je izvršenjem dela nastupila smrt lica, retributivni karakter koji se kaznom doživotnog zatvora ostvaruje, kao odloženom smrtnom kaznom „vraćanjem zla zlu“ formalno ostvaruje svoju funkciju, ali suštinski ne postoji kazna kojom se može meriti zlo koje je teškim krivičnim delom učinjeno. S tim u vezi, kaznu doživotnog zatvora ne možemo ni posmatrati samo suštinski, jer ona nikada neće ostvariti svoj značaj u kažnjavanju učinioca, već i formalno, ukazujući na njene dobre i loše strane kako bi ostvarila adekvatno mesto u sistemu krivičnih sankcija.

Kazna doživotnog zatvora kojom se društvo štiti od učinioca teških krivičnih dela, njihovo smeštanje u zatvorsku ustanovu doživotno, najbolji je, najsigurniji i najefikasniji način da se društvo zaštiti od ovakvih učinioca i tu nema ničeg spornog. Njihovim sklanjanjem iz društva i društvene zajednice najsigurnija je buduća bezbednost za društvo i njegova zaštita. Najdelotvorniji način da se društvo očisti i zaštiti od učinioca teških krivičnih dela sa monstruoznim crtama ličnosti, patoloških karaktera ili drugim društveno neprihvatljivim normama je smeštanje u zavodske ustanove, uz zakonsko ispunjene uslove, na izdržavanje kazne doživotnog zatvora, odnosno njihovo „isključenje“ iz društva i tako se trajno zaštiti društvo od potencijalnih vršenja teških krivičnih dela.

Ukoliko bismo se držali stava da je osuđenima na kaznu doživotnog zatvora najteža kazna sam život u zatvoru i supkultura koja tamo vlada, kao i njihov položaj u odnosu na ostale osuđenike, on ne bi bio dovoljan, imajući

u vidu činjenicu da se radi sigurno o posebnom sklopu ličnosti i da se treba postaviti pitanje koliko zatvorski tretman utiče uopšte na njih.

Imajući u vidu „izuzetan karakter“ pri izricanju kazne doživotnog zatvora koji se sastoji u alternativnom određenju uz kaznu koju je zakonodavac taksativno propisao za teška krivična dela, ukazujemo na činjenicu da je i sam zakonodavac doživotni zatvor propisao alternativno i izuzetno, što ukazuje na mogućnost da se kazna zatvora češće izriče. Uvođenjem doživotnog zatvora i ukidanjem kazne zatvora u rasponu od 30 do 40 godina pomalo se stvorila mogućnost jasne alternative, za dela za koja je propisan doživotni zatvor, između njega i kazne zatvora najčešće određenog posebnog minimuma od 10 godina zatvora, poštujući granicu opšteg maksimuma do 20 godina. Ovde se problem može javiti prilikom odmeravanja kazne za teška dela za koja se sud ne bi odlučio za doživotni zatvor, pa mu zakonodavac daje alternativu određenjem posebnog ili opšteg maksimuma (do 20 godina zatvora), u slučaju da bi adekvatnija kazna pri sudijskom odmeravanju bila upravo kazna od 30 godina zatvora ili raspona ove kazne do 40 godina. No, ovi slučajevi su izuzetni i oni ne umanjuju značaj uvođenja kazne doživotnog zatvora.

Profesor dr Milan Škulić smatra da „kazna nije svemoguća i kažnjavanje ne predstavlja univerzalni lek u odnosu na bilo koju vrstu kriminaliteta, a posebno na organizovani kriminalitet. Težište preventivnih mehanizama nije u sferi kažnjavanja, već u efikasnom otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela, što predstavlja i neophodan uslov da do izricanja i izvršenja određene krivične sankcije i dođe. Visoka stopa otkrivanja i dokazivanja izvršenih krivičnih dela više zastrašuje potencijalne učinioce nego pretnja bilo kojom kaznom, imajući u vidu da većina izvršioca dela ni ne razmišlja o kazni, jer smatra da njihova dela uopšte neće biti otkrivena, a i da do pokretanja krivičnog postupka i dođe, neće biti izvedeno dovoljno dokaza na temelju čega bi bilo moguće utvrđivanje njihove krivice“ (Škulić, 2015: 26). Ovom mišljenju se treba prikloniti i jačanje krivičnopravne represije treba usmeriti upravo i na jačanju predistražnih radnji, što je posao policije i tužilaštva, odnosno na efikasno otkrivanje učinioca krivičnih dela i smanjivanje tamne brojke, uzimajući u obzir činjenicu da kazna ima suženi preventivni efekat.

O tome da li je potrebna ili ne pojačana krivičnopravna represija koja je uvođenjem kazne doživotnog zatvora ostvarena, odnosno pooštavanje kazni i manja mogućnost za njihovo ublažavanje, mišljenje stručne i naučne javnosti je podeljeno. Ipak, neminovno je da je pooštavanje kaznene politike i uvođenje kazne doživotnog zatvora najsigurniji i najefikasniji način jačanja krivičnopravne represije koja je poslednjim izmenama KZ ostvarena. Rigidni

karakter ove kazne nije svemoguć, ali oštra borba protiv najtežih krivičnih dela koja je ovom kaznom otpočela, svakako svrstava Republiku Srbiju u red evropskih zemalja koje se na ovakav način bore protiv teških oblika ispoljenih krivičnopравnih inkriminacija. Izvršena krivična dela koja kao kaznenu reakciju provociraju izricanje kazne doživotnog zatvora konačno su dobila mogućnost adekvatnog kažnjavanja. Represivni karakter ove kazne svakako omogućava i jačanje prevencije izvršenja teških krivičnih dela, kao i zaštitu celokupne društvene zajednice od kriminaliteta.

Zaključak

Republika Srbija je nesumnjivo najnovijim noveliranjem Krivičnog zakonika imala za cilj jačanje krivičnopравne represije kojom se suprotstavlja klasičnom i organizovanom kriminalu, a posebno izuzetno teškim krivičnim delima. Metode kojima se služila jesu one kojima se i jača represija, a to su pooštavanje kaznene politike i inkriminacija novih krivičnih dela. Uvođenjem kazne doživotnog zatvora ostvaren je cilj jačanja krivičnopравne represije i samim tim suprotstavljanje izuzetno teškim krivičnim delima i njihovim oblicima. S tim u vezi, možemo reći da je uvođenje kazne doživotnog zatvora potpuno opravdano, posebno imajući u vidu činjenicu da se o tome i ranije polemizalo (od sada već davne 2002. godine napuštanjem smrtne kazne), kao i da je većina evropskih zemalja u svoja zakonodavstva uvrstila ovu kaznu.

Ukoliko uzmemo u obzir dobre strane zakonske regulative i primene ove kazne, kojih ima više od onih loših, svakako možemo pohvaliti njeno uvođenje u naše zakonodavstvo. Ipak, važno je i da loše strane ove kazne, na koje je u radu ukazano, budućim novelama, koliko smo u mogućnosti, ispravimo. To se svakako najviše odnosi na specijalni preventivni karakter i otklanjanje bilo kakve mogućnosti za vršenje novih krivičnih dela od strane osuđenog lica u zatvoru, kao i nemogućnost njegove resocijalizacije ukoliko do uslovnog otpusta ne može doći. Trebalo bi pronaći mehanizme koji bi postigli pun efekat specijalne prevencije uzimajući u obzir probleme dugotrajnih (doživotnih) zatvora. Jačanje generalne prevencije koje je jačanjem represije uvođenjem kazne doživotnog zatvora postignut svakako je nužan vid u borbi protiv kriminala. Sklanjanje iz društva i trajno smeštanje u zatvorsku ustanovu svakako je najdelotvorniji način represije i prevencije. Generalna prevencija nije upitna, već naprotiv, kaznom doživotnog zatvora i jačanjem krivičnopравne represije jačaju se i generalno preventivne funkcije.

Ukoliko otklonimo nedostatke u smislu proširenja mogućnosti izricanja uslovnog otpusta i kod krivičnih dela gde te mogućnosti nema prilikom izdržavanja doživotnog zatvora i usaglašavanje normi sa stavom ESLJP koji propisuje preispitivanje daljeg izvršenja doživotnog zatvora nakon 25 godina, ostvarili bismo bolju svrsishodnost i primenu ove kazne. Razlozi za ovu modifikaciju navedeni su u tekstu rada. Praksa će nas u budućnosti sigurno navesti i na buduće predloge izmena i dopuna, kojim bismo unapredili krivičnopravnu formu kazne doživotnog zatvora, a naučna i stručna javnost će te nedostatke i novine implementirati u budućem i daljem zakonskom određenju i njenoj primeni.

Literatura

1. Aleksić Ž., Škulić, M. (2011). *Kriminalistika*. Beograd: Pravni fakultet.
2. Bošković, M. (2005). *Kriminalistika metodika*. Beograd: Policijska akademija.
3. Bošković, A., Trajković, T., Nikolić, G. (2019). Budućnost Evropskog naloga za hapšenje u svetlu odluke Evropskog suda pravde u predmetu *ARANYOSI AND CALDARARU*. Teme. Časopis za društvene nauke. Br. 2. Niš: Univerzitet u Nišu.
4. Delibašić, V. (2021). Kazna doživotnog zatvora bez prava na uslovni otpust. *Zbornik radova*. Br. 1. Beograd. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
5. Ignjatović, Đ. (2014). *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*. Pravni fakultet, Beograd.
6. Jovašević, D., Stevanović, Z. (2011). *Kazna kao oblik društvene reakcije na kriminal*. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
7. Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo, opšti deo*. Nomos, Beograd.
8. Jovašević, D. (2017). *Krivično pravo, posebni deo*. Dosije, Beograd.
9. Kolarić, D. (2015). *Doživotni zatvor*, U Zbornik „Pravo i autonomija ličnosti“, Pravni život, Udruženje pravnik Srbije, br.9, str. 641–657.
10. Krivični zakon SR Srbije, „Službeni glasnik SR Srbije“, broj 26/1977, 28/1977, 43/1977, 20/1979, 24/1984, 39/1986, 51/1987, 6/1989 i 21/1990 i “Službeni glasnik Republike Srbije”, broj 16/1990, 26/1991, 75/1991, 9/1992, 49/1992, 51/1992, 23/1993, 67/1993, 47/1994, 17/1995, 44/1998, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003 i 67/2003.

11. Krivični zakonik, "Službeni glasnik RS", broj 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.
12. Stojanović, Z. (2014). *Krivično pravo, opšti deo*. Pravni fakultet, Beograd.
13. Stojanović, Z. (2019). *Komentar Krivičnog zakonika: prema stanju Krivičnog zakonika od 1. decembra 2019. godine i prema stanju zakonodavstva od 21. maja 2019. godine*. Službeni glasnik, Beograd.
14. Škulić, M. (2015). *Organizovani kriminalitet: pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*. Službeni glasnik, Beograd.

Gordana Nikolic, PhD**

LIFE IMPRISONMENT IN NOVELS OF THE CRIMINAL CODE OF SERBIA

Abstract: *The sentence of life imprisonment after the death penalty is the most severe punishment in the system of criminal sanctions and by its imposition for very serious crimes, it justifies its application. Amendments to the positive Criminal Code, which followed on May 21, 2019 and which began their implementation on December 1, 2019, included in the incrimination of the legal text, after many years, the sentence of life imprisonment, which was long abandoned in our criminal justice system. The initiative for the introduction of this punishment referred primarily to »child killers«, but the legislator extended the conditions for imposing this sentence to other serious crimes with the possibility of parole after serving twenty-seven years for certain serious crimes. The previous sentence of thirty to forty years was practically replaced by life imprisonment. Although the Code of Amendments to the Criminal Code brought a number of other novelties in terms of introducing new crimes and tightening the penal policy for certain crimes and its forms, the author focused on life imprisonment. The paper analyzes the legal provisions of this sentence, the conditions for its imposition, conditional release and its place in the system of criminal sanctions. After analyzing this punishment, the author points out its good sides and justified introduction into our Criminal Code, but also the possible problems that may arise with its application and eliminate and modify it with future amendments.*

Key words: *life imprisonment, punishment, criminal sanction, Criminal Code.*

** Research associate, Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia, criminal inspector

ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА И РЕФОРМА КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ

Академик проф. др Станко Бејатовић¹

Сажетак: Три су групе питања које чине предмет анализе у раду. Прва се тиче опитних напомена о процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије који је започет доношењем Законика о кривичном поступку 2001. године и траје још увек. Друга група питања тиче се опитних напомена о поједностављеним формама поступања у кривичним стварима (њиховом појму, врстама и криминално-политичким разлозима нормирања). На крају, трећа група питања тиче се стручно-критичке (нормативно-теоретске) анализе кључних поједностављених форми поступања у кривичним стварима предвиђених у позитивном кривичном процесном законодавству Србије – њеном Законнику о кривичном поступку.

Два су кључна резултата извршене анализе предметне проблематике. Први је пуна криминално-политичка оправданост нормирања и практичне примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Други је неопходност другачије нормативне разраде одређеног броја питања поједностављених форми поступања у кривичним стварима, односно узимања у обзир ставова струке у текућем раду на изменама и допунама ЗКП по питањима поједностављених форми по-

¹ Редовни проф. Правног факултета, председник Управног одбора Института за криминолошка и социолошка истраживања у Београду, председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу (st.bejatovic@eunet.rs)

ступања – пре свега начела опортунитета кривичног гоњења и споразума о признању кривичног дела.

Кључне речи: *поједностављене форме поступања, кривична ствар, начело опортунитета кривичног гоњења, споразум о признању кривичног дела, скраћени кривични поступак, рочиште за изрицање кривичне санкције, ЗКП, Србија, ефикасност кривичног поступка, јавни тужулац, суд, окривљени.*

1. Уводне напомене

Реформа кривичног процесног законодавства Србије започета је доношењем Законика о кривичном поступку 2001. год.² и траје и даље. Министарство правде Републике Србије образовало је радну групу са задатком да до септембра месеца текуће године сачини Нацрт измена и допуна важећег текста Законика о кривичном поступку (ЗКП).³ Бројне су карактеристике досадашњег, преко двадесет година дугог рада на реформи. Међу њима су и две следеће. Прва је не само бројне измене и допуне ЗКП као кључног законског текста из сета кривичнопроцесног законодавства као целине већ и доношење три нова ЗКП, од којих је један (ЗКП из 2006. год.)⁴ престао да важи и пре неговог целовитог почетка примене, што само по себи говори о сложености процеса реформе.⁵ Друга је стварање нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка. С овим циљем досадашњи процес реформе донео је низ новина, а једна од њих је не само озакоњење већ и стално ширење поља примене поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Наиме, полазећи од чињенице неефикасности кривичног поступка посматрано уопште а не само у оквирима појединих држава, последњих неколико деценија у кривичном процесном законодавству врше се, посматрано уопште, немале интервенције с циљем стварања нормативне основе за повећање ефикасности кри-

² “Сл. лист СРЈ”, бр. 70/2001, 68/2002 и “Сл. гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009 и 76/2010).

³ Реч је о Законика о кривичном поступку из 2011 (“Сл. гласник РС”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021, 62/2021).

⁴ “Сл. гласник РС”, бр. 46/2006.

⁵ Шкулић, М., Илић, Г., Нови Законик о кривичном поступку Србије – Реформа у стилу “Један корак напред – два корака назад”, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2012, стр78.

вичног поступка. Њихов заједнички именитељ је стварање нормативне основе за што ефикаснији кривични поступак путем нормирања поједностављених форми поступања у случајевима када то конкретна кривична ствар оправдава с обзиром на тежину кривичног дела, обим доказног материјала и држање лица коме се то кривично дело ставља на терет. Основ оправданости оваквог једног нормирања лежи у неспорној чињеници да је, и поред тога што су важни узроци недовољне ефикасности кривичног поступка ван кривичног процесног законодавства, и нормативна основа један од веома важних фактора ефикасности кривичног поступка као целине. Управо полазећи од овога, једно од важнијих обележја савременог кривичног процесног законодавства уопште, а тиме и Србије, јесте и истовремено, паралелно, постојање једне опште, редовне форме кривичног поступка предвиђене као правила и све уочљивија појава поједностављених (једноставнијих) форми поступања у кривичним стварима. Оправданост паралелног егзистирања више врста кривичних поступака у конкретном кривичном законодавству своју подлогу налази и у хетерогеној структури криминалитета – хетерогеној структури кривичних дела и њихових извршилаца. Поступак који је подесан за једну врсту кривичних дела и њихових извршилаца не мора бити, и по правилу није подесан и рационалан за другу врсту. Исто тако, униформан кривични поступак није у складу ни с релевантним међународним документима која гарантују право на суђење у разумном року. Односно, то није у складу ни с интересом окривљеног, који има право на ефикасан поступак, ни с општим интересом друштва као целине, будући да је циљ друштва ефикасна борба против криминалитета, а то се засигурно не може постићи униформним начином поступања у свим кривичним случајевима. Имајући у виду све ово, у савременом кривичном процесном праву и кривичном процесном законодавству које прати његове тенденције, могућности за повећање ефикасности кривичног поступка, посматрано с нормативног аспекта, траже се пре свега у увођењу посебних, скраћених, поједностављених облика поступања за одређене категорије кривичних дела. Са сигурношћу се данас може констатовати да поједностављене, упрошћене форме поступања у кривичним стварима јесу један од изузетно важних инструмената ефикасности кривичног поступка⁶. Као такве, намењене су, по правилу, суђењу за једнос-

⁶ Бркић, С., Поједностављене форме поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији, У: "Законодавни поступак и казнено законодавство", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 134.

тавније кривичне случајеве (лакша и средња кривична дела). Ако се овоме дода и чињеница да управо ова група кривичних дела у укупној структури криминалитета заузима значајно место, онда важност ових поступака још више добија на свом интензитету. Уз то, када се говори о криминалнополитичкој оправданости ових поступака, нужно је имати у виду још једну чињеницу – да ови поступци својом практичном применом, путем растерећења судова, дају и директан допринос повећању квалитета суђења за теже кривичне случајеве, јер судовима остаје више простора за теже, компликованије кривичне предмете. С обзиром на све ово, не треба да чуди чињеница да кривичнопроцесно законодавство земаља највећег броја држава већ дуги низ година карактерише и вишеструкост поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Данас, када је нпр. реч о категорији окривљених пунолетних лица, поред традиционалне и релативно добро познате две форме поједностављених кривичних поступака (скраћеног кривичног поступка и поступка за изрицање судске опомене), јавља се и немали број других форми поједностављених кривичних поступака. Случај нпр. са споразумом о признању кривичног дела, начелом опортунитета кривичног гоњења, рочиштем за изрицање кривичне санкције, непосредном оптужницом и сл⁷. Као такве, поједностављене форме поступања у кривичним стварима заснивају се на елементима везаним за кривичну ствар, стање доказног материјала и понашање – држање процесних субјеката и карактерише их мањи степен сложености процесне структуре у односу на општу форму поступања. Инструменти поједностављења процесне форме поступања су вишеструки и манифестују се у: изостављању појединих процесних фаза и стадијума, што зависи од конкретне форме поједностављења; скраћивању процесних рокова и деформализацији поступка (изостављању одређених формалности и гаранција). Тенденције савремене науке кривичног процесног права и решења савременог компаративног кривичног процесног законодавства у вези с поједностављеним формама поступања у кривичним стварима нашле су, сасвим оправдано, своје место и у кривичном процесном законодавству Србије. Разлози за тако нешто су исти без обзира на то о којем законском тексту је реч. Циљ им је такође исти. То је стварање нормативне основе за

⁷ Види: Бејатовић, С., Поједностављене форме поступања као битно обележје кривичног процесног законодавства земаља региона, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства примене)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017, стр. 1–31.

повећање ефикасности кривичног поступка. Овакав приступ савременог кривичног процесног законодавства своју подлогу налази и у Резолуцији XXX Секције Међународног конгреса за кривично право, у којој се изричито наглашава да врста и природа кривичног дела треба да буду један од важних основа диференцирања процесне форме. Овом резолуцијом се националним законодавствима, поред осталог, препоручује “да предузму све мере које се делотворно односе на сузбијање ситног криминалитета с уравнотеженим односом средстава и циља уз прихватање различитих решења и поступака, као алтернативе за оне који се традиционално користе у кривичном правосуђу.”⁸ Сходно овом елементу поједностављене форме поступања намењене су случајевима једноставнијег чињеничног стања, које с обзиром на своју једноставност упућују на лакоћу доказивања. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права окривљеног представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. Поред овог, ту је још једна особеност поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Огледа се у мањем степену сложености процесне структуре у односу на општу – редовну форму поступања али не на уштрб међународних аката и националним законодавством загарантованих слобода и права учесника кривичног поступка која су и приликом оваквог начина решавања кривичне ствари у целисти заштићена.

2. Поједине поједностављене форме поступања у кривичним стварима

Као што је то већ констатовано, у позитивном кривичном процесном законодавству Србије – њеном ЗКП, нормирано је више поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Међу њима, посматрано са аспекта циљева нормирања и практичне примене, посебан значај имају следеће:

⁸ Бејатовић, С., Поједностављене форме поступања као битно обележје кривичног процесног законодавства земаља региона, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства примене)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017, стр. 18.

2.1. Начело опортунитета кривичног гоњења

2.1.1. Појам и видови начела

Једна од кључних особености досадашњег процеса рада на реформи кривичнопроцесног законодавства Србије, када је реч о поједностављеним формама поступања у кривичним стварима, јесте озакоњење начела опортунитета кривичног гоњења са његова два вида (условно одлагање кривичног гоњења и безусловни одбачај кривичне пријаве).⁹ Начело је озакоњено ЗКП из 2001. год.¹⁰ и након почетне резервисаности не само струке већ и јавности уопште начело је врло брзо постало општеприхваћен институт. Услед релативно брзе општеприхваћености института све законодавне интервенције након озакоњења начела, а било их је више¹¹, шириле су нормативну основу за могућност његове шире примене. Као резултат оваквог приступа струке начелу данас имамо не само нормативну подлогу за његову изузетно широку примену већ и залагања немалог броја стручне јавности за даље ширења поља његове могуће примене.¹² Условно одлагање кривичног гоњења као кључни вид начела данас је могуће код свих кривичних дела са прописаном новчаном казном или казном затвора до пет година, а безусловни одбачај кривичне пријаве по основу нецелисходности предузимања кривичног гоњења као други вид начела опортунитета могућ је за кривична дела са прописаном казном затвора до три године. Увођење начела опортунитета и код пунолетних учинилаца кривичних дела мотивисано је пре свега разлозима рационализације кривичног правосуђа и растерећења судова, посебно у односу на случајеве који повлаче мале казне, као и у односу на

⁹ Киурски, Ј., Начело опортунитета кривичног гоњења, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2019, стр. 127.

¹⁰ Радуловић, Д., Бејатовић, С., Законик о кривичном поступку, Култура, Београд, 2002, стр. 56–62.

¹¹ Шкулић, М., Кривичнопроцесно законодавство и (не)адекватност државне реакције на криминалитет, У: “Измене у кривичном законодавству и статусу носилаца правосудних функција и адекватност државне реакције на криминалитет (Међународни правни стандарди и стање у Србији)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2019, стр. 52.

¹² Миљуш, И., Примена начела опортунитета кривичног гоњења за кривична дела у вези са злоупотребом опојних дрога, У: „Наркокриминалитет – Превенција и репресија”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Истраживачки центар Бања Лука, Београд, 2023, стр. 227.

проблеме који настају услед дугих кривичних поступака.¹³ Поред овог, један од разлога озакоњења начела опортунитета у кривичном поступку је и проналажење ефикаснијих и хуманијих мера социјалне и правне реакције према појединим учиниоцима кривичних дела. Наиме, пораст криминалитета и поврата указивали су на неуспех класичног ретрибутивног кривичног права и такве казнене политике, па се јавила потреба за увођењем нових, хуманијих мера лишених репресивних својстава.¹⁴ С обзиром на ово, неспорно је да се начелом опортунитета кривичног гоњења, као и бројним другим диверзионим – поједностављеним моделима поступања у кривичним стварима које је донео досадашњи процес реформе остварује сврха поједностављења кривичног поступка у складу са Препоруком бр. Р (87)18 Комитета министара Савета Европе.¹⁵ Као такво, начело опортунитета кривичног гоњења представља један од облика диверзионих поступака – поједностављених форми поступања у кривичним стварима којима се доприноси већој економичности, убрзању и поједностављењу рада кривичног правосуђа, растерећењем судова и ослобађањем од предмета у вези са лакшим кривичним случајевима.

За разлику од начела легалитета које обавезује овлашћеног тужиоца да предузме кривично гоњење, ако постоје докази да је учињено одређено кривично дело, начело опортунитета омогућава овлашћеном тужиоцу да одлуку о предузимању кривичног гоњења донесе у складу са својом оценом о целисходности кривичног гоњења у конкретной кривичној ствари. Наравно, ово под условом да су испуњене и друге законном предвиђене претпоставке за примену начела, што је у зависности од тога о којем његовом виду је реч. Начело опортунитета кривичног гоњења садржи овлашћење јавног тужиоца да по дискреционој оцени одлучи о вршењу функције кривичног гоњења. Нормирано је као изузетак који може и треба да буде примењен само у оним случајевима када

¹³ Бугарски, Т., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и лице оштећено кривичним делом, У: „Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020, стр. 327.

¹⁴ Киурски, Ј., Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени, У: „Нова решења у кривичном процесном законодавству – Теоретски и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011, стр. 159.

¹⁵ Усвојена од стране Комитета министара Савета Европе на 410. седници, одржаној 17. септембра 1987. год.

је то предвиђено законом и када би процесуирање конкретног кривичног случаја било друштвено неоправдано, односно када би било веће штете него користи од процесуирања предметне кривичне ствари. На овом становишту, сасвим оправдано, стоји и Уставни суд Републике Србије када констатује “...да тужилаштво приликом разматрања примене начела опортунитета кривичног гоњења, осим испуњености формалних услова из чл. 283. ЗКП, у сваком конкретном случају оцењује и да ли је одлагање гоњења и одбацивање кривичне пријаве целисходно са аспекта јавног интереса или је пак потребно спровести кривични поступак, без обзира на испуњеност формалних услова за примену начела опортунитета”.¹⁶ Но, иако замишљено као изузетак од начела легалитета као правила с обзиром на то да пракса а и упоредно кривичнопроцесно законодавство показују да је број тих изузетака све већи, то се с правом поставља питање да ли ће у будућности начело опортунитета бити основно начело на коме се темељи уређење кривичне оптужбе или као изузетак од начела легалитета.

Важећи текст ЗКП Републике Србије познаје два вида начела опортунитета кривичног гоњења према пунолетним учиниоцима кривичних дела (условно одлагање кривичног гоњења – условни опортунитет и безусловни – чист опортунитет). Услови могућности примене једног и другог вида начела су различити, али су циљеви примене и једног и другог вида начела идентични (постизање сврхе кажњавања у конкретној кривичној ствари и без покретања и вођења кривичног поступка, повећање ефикасности кривичних поступака и растерећење судова од багателног криминалитета) и морају се ценити истовремено, а не појединачно. Само у случајевима када се у конкретној кривичној ствари применом начела опортунитета постиже и један и други циљ, примена начела је криминалнополитички оправдана. У противном не само да тога нема већ примена начела неовисно од ова два циља представља и злоупотребу овлашћења субјеката који одлучују о томе – носилаца јавнотужилачке функције. С обзиром на ово, када је реч о циљевима примене начела опортунитета кривичног гоњења посматрано уопште, неопходно је да јавни тужилац води рачуна и о захтеву правичности, начелу једнакости свих грађана пред законом, о принципу правне сигурности, односно моралном захтеву да окривљени буде кажњен, моралном задовољењу оштећених и могућношћу њиховог обештећења. У том смислу, од посебног значаја је

¹⁶ Одлука Уставног суда Србије, Уж. бр. 7951/2015 (27.01.2022).

концепт ресторативне правде која има за циљ успостављање равнотеже нарушене извршењем кривичног дела између друштвене заједнице, учиниоца и оштећеног.

На крају, када је реч о овим општим напоменама о начелу опортунитета кривичног гоњења, пажњу заслужују и три следеће чињенице:

Прво, у последњих десетак година у Србији се путем начела опортунитета кривичног гоњења решава око 20% свих кривичних случајева (око 20.000 кривичних предмета на годишњем нивоу). Десетогодишња пракса примене начела присутна је и у последње две године. Званични статистички подаци Републичког јавног тужилаштва за 2021. и 2022. год. говоре да је у ове две године путем начела опортунитета кривичног гоњења (два његова вида) решено 44.562 кривична случаја (22,9% свих поднесених кривичних пријава);

Друго, кључни разлог повећања ефикасности кривичних поступака као целине у последњих десетак година је изнесени обим примене начела опортунитета кривичног гоњења. Најбољи доказ оправданости–исправности овакве једне констатације је чињеница да, и поред извесног напретка, класични кривични поступци¹⁷ и даље трају релативно дуго. Оваква једна констатација своју подлогу налази у чињеници да класични кривични поступци трају (од подношења кривичне пријаве до правоснажности) преко две године. Ако се овоме дода и такође неспоран податак да је и немали проценат (преко 5%) кривичних поступака који трају преко пет година, онда оваква једна констатација још више добија на свом значају;

Треће, за разлику од пунолетних учинилаца кривичних дела код којих примена начела опортунитета кривичног гоњења постоји тек од доношења ЗКП из 2001. год., сасвим другачија ситуација је код малолетних учинилаца кривичних дела. Код ове категорије учинилаца кривичних дела могућност примене начела опортунитета кривичног гоњења је традиционално обележје кривичнопроцесног законодавства које је у Србији, као и у бившим југословенским републикама, преузето из кривичнопроцесног законодавства бивше Југославије, и то са могућностима његовог обимнијег коришћења него код пунолетних учинилаца кривичних дела. Према Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној зашти-

¹⁷ О појму “класични кривични поступци” види: Бејатовић, С., Кривично процесно право, ЈП “Сл. гласник”, Београд, 2019, стр. 128–131.

ти малолетних лица Републике Србије,¹⁸ као примарном извору права, код ове категорије учинилаца кривичних дела постоје три вида начела опортунитета кривичног гоњења (безусловни опортунитет, условљени опортунитет и условљено обустављање кривичног поступка у припремном поступку – чл. 58, 62 и 71 овог законског текста).¹⁹ Међутим, примена начела опортунитета код ове категорије учинилаца кривичних дела није предмет анализе у овом раду, али треба имати у виду чињницу обимног коришћења начела и код ове категорије учинилаца кривичних дела. Нпр. према званичним подацима Републичког јавног тужилаштва Србије, у последње три године (2020, 2021. и 2022. год.) у преко 12% свих поднесених кривичних пријава (око 6.000 на годишњем нивоу) против малолетника долази до примене условног опортунитета.²⁰

2.1.2. Одлагање кривичног гоњења као вид начела опортунитета (Условљени опортунитет)

Овај вид начела опортунитета предвиђен је у чл. 283 ЗКП и њиме јавни тужилац може да се користи само у случајевима када су испуњени законом прописани услови. За разлику од начела легалитета које обавезује јавног тужиоца да увек предузме кривично гоњење уколико су испуњени стварни и правни услови (постојање основа сумње о извршењу кривичног дела и одсуство околности које искључују кривично гоњење), начело опортунитета омогућава – даје право овлашћеном тужиоцу да у таквој ситуацији одлуку о кривичном гоњењу донесе у складу са оценом о целисходности кривичног гоњења у датом случају. Но, то не значи да јавни тужилац у случају примене начела опортунитета има право на произвољан или самовољан избор између гоњења и негоњења. Напротив. Он овде има само право на оцену да ли је, с обзиром на јавни интерес, гоњење целисходно или не. Дакле, пре него што примени начело опортунитета, јавни тужилац претходно мора да утврди

¹⁸ “Сл. гласник РС”, бр. 85 /05.

¹⁹ Детаљније види: Бејатовић, С., и др. Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења (Треће измењено и допуњено издање), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022.

²⁰ Види: Карић, Т., и др. Анализа утицаја примене Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у периоду 2006–2020. год., Институт за криминолшка и социолошка истраживања, Београд, 2021.

да ли постоје законом прописани услови могућности његове примене, а то су, када је реч о овом његовом виду: постојање основа сумње да би се против одређеног лица могао водити кривични поступак за одређено кривично дело; да је у питању кривично дело за које је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година; да нема околности које искључују кривично гоњење (застарелост, амнестија или помиловање); процена јавног тужиоца да у конкретном случају није оправдано – целисходно кривично гоњење са аспекта јавног интереса имајући у виду: природу кривичног дела и околности под којима је извршено, последице кривичног дела, личност учиниоца кривичног дела,²¹ да ли се с обзиром на околности које се тичу кривичног дела и личности учиниоца, применом опортунитета може постићи сврха кажњавања из чл. 42 Кривичног законика (КЗ)²², дејство кривичног поступка на јавност, разлоге процесне економије и проблеме који настају услед дугих кривичних поступака, као и сразмерност трошкова кривичног поступка и очекиваних ефеката суђења и друге околности од значаја за правилну процену. Процена се врши анализом наведених елемената тако што се утврђује да ли би у конкретном случају било више штете него користи од кривичног гоњења. Затим, ту је и сагласност осумњиченог као услов могућности одлагања кривичног гоњења, односно његово прихватање да изврши обавезу (обавезе) наложену од стране јавног тужиоца у наредби о одлагању кривичног гоњења. Сагласност осумњиченог мора да се односи како на врсту наложене обавезе (наложених обавеза), тако и на начин и рокове испуњења наложене обавезе (наложених обавеза). Без сагласности осумњиченог нема могућности одлагања кривичног гоњења ни у случају када су успуњене све друге препоставке јер право осумњиченог на правично суђење једно је од његових кључних права, а оно изостаје

²¹ Да ли се нпр. ради о примарном учиниоцу или повратнику, да ли је према истом већ примењивано начело опортунитета, понашање учиниоца после извршеног кривичног дела и сл. Посматрано с аспекта овог услова могућности коришћења начела пажњу заслужује чињеница да је Упутством Републичког јавног тужиоца А. бр. 246/08 од 28.03.2019. год. предвиђено да се условно одлагање кривичног гоњења не може применити уколико је та мера већ два пута примењивана према осумњиченом за исто кривично дело, као и да ће јавни тужилац, уколико се за осумњиченог кроз проверу преко централне евиденције утврди да је већ према истом примењен институт за неко друго кривично дело, у зависности од свих околности случаја, самостално проценити да ли ће поново применити условно одлагање кривичног гоњења или не.

²² “Сл. гласник РС”, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104 /13, 108/14, 94/16, 35/19.

у случају примене начела опортунитета кривичног гоњења. Сагласност осумњиченог као један од услова могућности примене овог вида начела опортунитета кривичног гоњења мора да буде безусловна, не сме бити делимична или непотпуна, мора бити дата добровољно, без принуде или притиска, мора бити аутентична а не наметнута, не сме бити последица заблуде, мора проizaћи из свести о последицама испуњења, односно неиспуњења наложене обавезе (наложених обавеза).²³

Испуњењем предње наведених услова, јавни тужилац може да се користи овим видом начела, може применити институт одлагања кривичног гоњења ако осумњичени прихвати једну или више од следећих обавеза: да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету; да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ, који се користи за хуманитарне сврхе или друге јавне сврхе; да обави одређени друштвено-корисни или хуманитарни рад; да испуни доспеле обавезе издржавања; да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога; да се подвргне психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања; да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком. Посматрано са аспекта садржине и правне природе, реч је о четири категорије обавеза: обавезе репарационог карактера, обавезе хуманитарног и социјалног карактера, обавезе алиментационог карактера и обавезе медицинског и психосанационог карактера. У случају да је наложено више обавеза осумњиченом, што је законска могућност, оне могу бити одређене само кумулативно. Није дозвољено алтернативно или условно одређивање обавеза, с тим да је могућа замена одређене обавезе у року предвиђеном за њено извршење под условом да првобитно одређена обавеза није могла бити извршена из објективних и оправданих разлога, односно да обавезу није могуће спровести на начин који је наложен или на предмету који је одређен у наредби о одлагању кривичног гоњења. Уз ово, када је реч о овим обавезама пажњу заслужује и чињеница да оне у одређеној мери имају сличности са неким кривичним

²³ Бејатовић, С., Начело опортунитета кривичног гоњења као инструменат ефикасности државне реакције на криминалитет (Норма и пракса у Републици Србији), У: “Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет (Норме и пракса)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Добој, 2022, стр. 74.

санкцијама. Нпр. са новчаном казном и са радом у јавном интересу, па се извршењем ових обавеза у одређеној мери може остварити и сврха кривичног санкционисања, а да притом у формалном смислу не долази до кажњавања и неких уобичајених штетних последица изрицања и извршења казне, нити наступа тзв. стигматизација осуђиваности, што додатно говори о криминалнополитичкој оправданости нормирања и примене начела у свим случајева када су испуњени предње наведени услови. С обзиром на ово, сасвим је оправдана јавнотужилачка пракса у којој се овај вид начела опортунитета кривичног гоњења примењује у знатно већем броју него његов други вид (одбачај кривичне пријаве без било каквог условљања – чист опортунитет).

Званични подаци Републичког јавног тужилаштва говоре да од укупно поднесених кривичних пријава посматрано збирно за 2021. и 2022. годину, на њих 31.034 (15,9%) је примењен условљени опортунитет, а у 13.528 (6,9%) случајева чист (безусловни) опортунитет.

Једна од следећих особености овог вида начела опортунитета кривичног гоњења је и рок за извршење наложене обавезе – наложених обавеза. Рок не може бити дужи од годину дана и конкретизује се, као и начин извршења наложене обавезе, у наредби о одлагању кривичног гоњења. Када је реч о року испуњења наложене обавезе – наложених обавеза, посебно треба имати у виду чињеницу да за постизање сврхе одлагања кривичног гоњења није довољно само правилно одабрати обавезу и начин њеног извршења, већ и рок извршења. Неоправдано дуг рок извршења може обесмислити правилно одабрану обавезу. С обзиром на ово, рок од годину дана треба одређивати само изузетно и првенствено у односу на обавезе медицинског карактера, имајући у виду њихову природу. Увек када је то могуће, с обзиром на природу обавезе, осумњиченом треба наложити једнократно извршење обавезе у року који не треба да буде дужи од шест месеци, што посебно треба да буде пракса код обавеза имовинског карактера. Рок за извршење обавезе – обавеза одређен у наредби о одлагању кривичног гоњења, јавни тужилац може изузетно продужити само уколико утврди да осумњичени, из ванредних и оправданих разлога, разлога који су ван његове воље или његових могућности, не може да изврши у потпуности наложену обавезу (болест, отказ на послу и сл.). Међутим, и у таквим случајевима продужење рока је могуће само у оквиру максимално одређеног рока од годину дана.

И поред тога што законодавац не прописује критеријуме на основу којих ће јавни тужилац одредити одређене обавезе у конкретном слу-

чају имајући у виду ресторативни карактер условног одлагања кривичног гоњења, као и да је право оштећеног на накнаду штете најважније право жртва кривичних дела уколико је кривичним делом причињена штета²⁴, јавни тужилац треба осумњиченом најпре да предложи као обавезу отклањање штетне последице настале извршењем кривичног дела или накнаду причињене штете, водећи притом рачуна о личним и породичним приликама осумњиченог, његовом имовном стању и другим околностима од значаја за избор наведене обавезе. Тек уколико испуњење ове обавезе није могуће у конкретном случају, јавни тужилац треба да размотри налагање других обавеза. Наравно, налагање ове обавезе не искључује могућност истовременог налагања и неке друге обавезе (других обавеза) кумулативно. Нпр. да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе. Иако законодавац није дао приоритет ниједној обавези у односу на друге, може се закључити и да редослед по ком су обавезе постављене сугерише да обавеза отклањања штетних последица или накнаде причињене штете треба да има приоритет у свим случајевима у којима је могуће њено спровођење. У овом контексту иду и залагања стручне јавности.²⁵ С обзиром на ово, чини се сасвим оправданим предлог радне групе која ради на изради Нацрта измена и допуна ЗКП, да налагање обавезе осумњиченом да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету буде обавезан услов могућности одлагања му кривичног гоњења.²⁶ Потврда исправности оваквог залагања стручне јавности лежи и у чињеници да досадашња искустава у примени овог вида начела говоре да безмало је-

²⁴ Бејатовић, С., Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите), У: "Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)", Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020, стр. 17.

²⁵ Види: Вучковић, Б., Непредузимање кривичног гоњења – одустанак од кривичног гоњења и права оштећеног лица, У: "Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (Међународни правни стандарди, норма и пракса)", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2020, стр. 346–358

²⁶ Миљуш, И., Примена начела опортунитета кривичног гоњења за кривична дела у вези са злоупотребом опојних дрога, У: "Наркокриминалитет – Превенција и репресија", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Истраживачки центар Бања Лука, Београд, 2023, стр. 224.

дина обавеза која се налаже осумњиченом је да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе. Официјелни извештај Републичког јавног тужилаштва Србије показује да се у скоро 90% одлагања кривичног гоњења осумњиченим налаже ова обавеза. Са оваквом јавнотужилачком праксом ствара се ризик од погрешне перцепције јавности и учинилаца да је опортунитет “привилегија богатих” и да се кривично гоњење може “откупити” уплатом одређеног новчаног износа, што је у супротности са концепцијом и циљевима који се желе постићи применом начела опортунитета кривичног гоњења. На другом месту је обавеза отклањања штетне последице настале извршењем кривичног дела или накнада причињене штете која се у посматраном временском интервалу налагала у око 8%, што је знатно повећање у односу на претходни временски период, а што је резултат израде Приручника за примену начела опортунитета кривичног гоњења и његовог представљања у основним и вишим јавним тужилаштвима у току 2019, 2020. и 2021. године, у оквиру чега је посебно апострофирана управо ова обавеза.²⁷ Потом следе обавезе испуњења доспеле обавезе издржавања и обављање одређеног друштвено-корисног рада са безмало симболичном применом (око 4%). Наметања других обавеза скоро и да нема што је, чини се, сасвим оправдано, предмет критике немалог броја стручне јавности, којој припада и аутор овог текста. Прилог оправданости овакве критике је и чињеница да је у пракси на другом месту када је реч о кривичним делима код којих се примењује овај вид начела опортунитета кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из чл. 246а ст. 1 КЗ (држање у мањој количини за сопствену употребу супстанце или препарата који су проглашени за опојне дроге) код којег је овај вид начела опортунитета у 2022. години примењен у 2.085 случајева (14,7%), а скоро да нема ниједног случаја налагања обавезе осумњиченом да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога. Слична ситуација по овом питању је и у претходним годинама и управо из ових разлога сасвим је оправдано опште обавезно упутство републичког јавног тужиоца према којем је потребно да јавни тужилац приликом примене института одлагања кривичног гоњења из чл. 283 ЗКП за кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из чл. 246а КЗ, када су зато испуњени законски услови, осумњиченом понуди

²⁷ Бејатовић, С., и др. Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења (Треће измењено и допуњено издање), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022, стр. 37.

да прихвати као обавезу или једну од обавеза да се подвргне одвикавању од опојних дрога, сходно чл. 283 ст. 1 тач. 5 ЗКП, уколико то налажу околности конкретног случаја.²⁸ Даље, када је реч о обавезама које се могу наметнути осумњиченом у случајевима одлагања његовог кривичног гоњења, јавни тужилац је овлашћен да осумњиченом за кривично дело насиље у породици (чл.194 ст. 5 КЗ) одреди и обавезу поштовања мере – мера заштите од насиља у породици из чл. 198 Породичног закона (ПЗ)²⁹ као услов да се према њему одложи кривично гоњење. Наиме, овом одредбом ПЗ уведена је грађанскоправна заштита од насиља у породици против члана породице који врши насиље. Према истој, суд против члана породице који врши насиље може одредити једну или више мера заштите од насиља у породици, којом се привремено забрањује или ограничава одржавање личних односа са другим чланом породице (издавање налога за иселјење из породичног стана или куће, без обзира на право својине односно закупа непокретности; издавање налога за усељење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености; забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице; забрана даљег узнемиравања члана породице). Мера заштите од насиља у породици одређена на основу ове законске одредбе може трајати највише годину дана, што одговара року у којем се мора извршити наложена обавеза – наложене обавезе у случају примене института одлагања кривичног гоњења као кључног вида начела опортунитета кривичног гоњења. Суштина мере заштите од насиља састоји се у ограничавању или привременој забрани личних односа насилника са жртвом насиља, што има посебан значај с обзиром на чињеницу степена друштвене опасности овог кривичног дела и његове све веће практичне присутности.

Када је реч о уплати новчаног износа који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе, треба констатовати и то да се то показало оправданим, с обзиром на чињеницу да то осумњичени доживљавају као неки вид санкције, тако да се на овај начин остварује и специјална, а делимично и генерална превенција. Како се овом, као и другим наведеним обавезама, попут изречених кривичних санкција, изражава друштвена осуда за кривично дело, јача морал и учвршћује обавеза поштовања за-

²⁸ Опште обавезно упутство републичког јавног тужица А. бр. 246/08 (28.03.2019).

²⁹ “Сл. гласник РС”, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

кона обавезама из чл. 283 ст. 1 ЗКП остварује се и сврха кажњавања прописана чл. 42 КЗ у смислу специјалне и генералне превенције. Ово, када је реч о обавези уплате новчаног износа који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе, само под претпоставком да је износ средстава које осумњичени треба уплатити и рок уплате средстава у складу са овом сврхом, што у почетку примене одлагања кривичног гоњења није била јавнотужилачка пракса. Чињеница је да је применом института одлагања кривичног гоњења осумњичени на неки начин привилегован утолико што се не излаже кривичном гоњењу и поштеђен је свих непријатности које кривични поступак по својој природи носи. Следствено овом, осумњичени применом института одлагања кривичног гоњења не сме да буде “двоструко привилегован”. Обавеза наложена осумњиченом као услов да не буде кривично гоњен, а тиме и висина новчаног износа који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе из чл. 283 ст. 1 тач. 2 ЗКП треба да буде озбиљног карактера. Ово тим пре што испуњење ове као и других обавеза има за циљ и специјалну превенцију, односно свест учиниоца да држава осуђује његово недозвољено понашање. Сходно овом, приликом доношења одлуке о висини новчаног износа, начину извршења, року за извршење наложене новчане обавезе, као и евентуалној могућности уплата у ратама, јавни тужилац у сваком конкретном случају треба посебно да цени околности које се односе на личне, породичне и имовинске прилике осумњиченог. Када је реч о висини новчаног износа који осумњичени треба да уплати на рачун како би се он користио за хуманитарне или друге јавне сврхе, као могућем услову одлагања кривичног гоњења, јавни тужилац треба да се руководи одредбама КЗ које регулишу одмеравање новчане казне (чл. 48–51 КЗ), казненом политиком суда код изрицања новчане казне и чињеницом да ли је осумњичени и у ком износу наднадио штету оштећеном. Само у случајевима када је у конкретној кривичној ствари осумњиченог поступљено на овај начин, примена овог вида начела опортунитета кривичног гоњења има пуно криминалополитичко оправдање.³⁰ Овом додајмо и чињеницу да су наметањем ове обавезе осумњиченом приликом одлагања његовог кривичног гоњења прикупљена и знатна финансијска средства која су уложена у одређене организације, фондове или устано-

³⁰ Ђокић, И., Чворовић, Д., Кривичнопроцесне форме за решавање проблема ситног криминалитета у српском и немачком праву, Ревизија за криминологију и кривично право бр. 2/2021, стр. 32.

ве (здравствене, образовне, домови, удружења, Црвени крст и сл.). Тако нпр. у 2021. години по овом основу прикупљено је 500.049.406 РСД а у 2022. години 574.756.218 РСД.

Посматрано са аспекта одлагања кривичног гоњења код појединих кривичних дела, око 60% свих случајева односи се на три кривична дела. Нпр. 2022. год., а слично је и са претходним годинама, највећи проценат одлагања кривичног гоњења је код кривичног дела угрожавања јаног саобраћаја из чл. 289 КЗ. Код 5.230 осумњичених за ово кривично дело примењен је институт одлагања кривичног гоњења, што представља проценат од 36,8% свих одлагања кривичних гоњења у овој години. Потом следи кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из чл. 246а ст. 1 КЗ (држање у мањој количини за сопствену употребу супстанце или препарата који су проглашени за опојне дроге) код којег је овај вид начела опортунитета примењен у 2.085 случајева (14,7%). На трећем месту је кривично дело крађе из чл. 203 КЗ, код којег је кривично гоњење одложено код 1.134 осумњичена лица (7,9%).³¹

Следећа особеност овог вида начела опортунитета кривичног гоњења огледа се у чињеници да по истеку рока за испуњење наложене обавезе – наложених обавеза, а по потреби и раније, јавни тужилац проверава да ли је осумњичени испунио обавезу – обавезе из наредбе о одлагању кривичног гоњења, и ако утврди да је осумњичени поступио по налогу из наредбе о одлагању кривичног гоњења на начин и у року како је то наредбом одређено, доноси решење о одбацивању кривичне пријаве у смислу чл. 283 ст. 3 ЗКП и тиме се предметна кривична стваре сматра решеном јер оштећени нема право улагања приговора нити било ког другог правног средства с циљем побијања овако донесеног решења јавног тужиоца.³² Посматрано са овог аспекта, једна од карактеристика овог вида начела опортунитета је и начин праћења извршења наложене обавезе – наложених обавеза осумњиченом. Она је резултат чињенице да јавни тужиоци нису у могућности да сами прате извршење наложене обавезе – наложених обавеза. Услед овог, законодавац предвиђа начин контроле извршења наложених обавеза тако што прописује да надзор над извршењем обавеза обавља повереник из ограна управе надлежног за послове извршења кри-

³¹ Извештај Републичког јавног тужилаштва Србије за 2022. год.

³² Бејатовић, С., Неколико разлога неопходности наставка рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије, У: "Реформа кривичног права", Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2014, стр. 87.

вичних санкција, у складу са прописом који доноси министар надлежан за послове правосуђа. До доношења ове одредбе контролу над извршењем обавеза од стране осумњичених лица вршило је Одељење за третман и алтернативне санкције Управе за извршење кривичних санкција. Имајући у виду резултате рада овог одељења, с правом се може очекивати да се новонормираним начином контроле извршења наложених обавеза стварају услови за стручније и професионалније праћење извршења обавеза из наредбе јавног тужиоца о одлагању кривичног гоњења.

На крају, када је реч о овом виду начела опортунитета кривичног гоњења у Републици Србији, са сигурношћу се може констатовати да његова вишегодишња примена и бројни научно-стручни радови посвећени истом показују пуну криминалнополитичку оправданост нормирања и примене оваквог начина решавања кривичних ствари пунолетних учинилаца кривичних дела. Међутим, то ни у ком случају не значи да је став струке да ништа не треба мењати по овом питању. Напротив. Присутна су, чини се сасвим оправдано, и одређена залагања за нешто другачији начин нормирања појединих питања начела с циљем како његове што адекватније примене, тако и што потпуније заштите права одређених субјеката – пре свега оштећеног у случајевима решавања кривичне ствари путем овог вида начела опортунитета кривичног гоњења. Тако нпр. анализа бројних стручних радова посвећених истом показује пуну подршку решењу ЗКП по којем је дата могућност јавном тужиоцу да “одложи кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година”, и то без контроле суда и неовисно од пристанка оштећеног, што је била његова особеност пре доношења важећег текста ЗКП.³³ За примену одлагања кривичног гоњења сада се не тражи сагласност суда, што је оправдано, али је неопходна контрола одлуке јавног тужиоца у његовој примени и треба је обезбедити, што сада није случај. Нпр. путем могућности преиспитивања такве одлуке од стране непосредно вишег јавног тужиоца, што је иначе углавном и присутно решење у компаративном кривичном процесном законодавству³⁴. Или, ту је и решење по којем се за одлагање кривичног

³³ Бејатовић, С., Опортунитет кривичног гоњења и нови Законик о кривичном поступку РС, У: „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 168.

³⁴ Бејатовић, С., Поједностављене форме поступања као битно обележје кривичног процесног законодавства земаља региона, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства

гоњења више не тражи пристанак оштећеног, што је био случај раније. У вези са овим законским решењем, већински став струке је да положај оштећеног у случају коришћења начела опортунитета треба регулисати тако да и у том случају он може да заштити своје интересе али без давања му могућности спречавања коришћења начела опортунитета од стране јавног тужиоца. Један од начина постизања овако постављеног циља јесте и предвиђање обавезе осумњиченог да отклони штетне последице настале извршењем кривичног дела или накнади причињену штету као обавезног услова могућности одлагања кривичног гоњења³⁵. Уз ово, чине се оправданим и залагања за ширење броја могућих обавеза под којима може да дође до одлагања кривичног гоњења. Случај нпр. са обавезом осумњиченог “да положи возачки испит, обави додатну возачку обуку или заврши други одговарајући курс”. Затим, чини се оправданим и питање зашто се обавезивање осумњиченог да се подвргне психосоцијалном третману ограничава само на отклањање узрока насилничког понашања и сл.³⁶ Оправданост овако постављених питања додатно добија на значају ако се посматра у контексту кривичних дела код којих се по правилу примењује овај вид начела (кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја и кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога). Уз изнесено, досадашња примена овог вида начела показала је и одређена спорна питања – дилеме у његовој практичној примени, што је за резултат имало и његову различиту примену на простору Републике Србије, што се пре свега односи на одсуство јасних критеријума и једнаких мерила при избору и начину реализације обавезе –обавеза које се налажу осумњиченом. С обзиром на ово, а у циљу отклањања уочених дилема, нејасноћа и спорних питања и обезбеђења претпоставки како за уједначену примену начела опортунитета кривичног гоњења на целом простору Републике Србије тако и за његову примену у складу са криминално-политичким разлозима који га оправдавају, Републичко јавно тужилаштво у сарадњи са Мисијом ОЕБС-а у Србији и Правосудном академијом сачинило је Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења и у њему је указало на начине решавања наведених и

примене)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017, стр. 27.

³⁵ Бејатовић, С., Примена начела опортунитета у пракси – изазови и препоруке, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, стр. 17.

³⁶ Милошевић, С., Митровић, Д., Мере безбедности обавезног лечења аклохоличара на слободи (норма и пракса), Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 2/2021, стр. 152.

других питања која су се појавила као спорна, дискутабилна у примени начела. Тако нпр. с овим циљем заузет је став да је и “у случају стицаја кривичних дела могућа примена одлагања кривичног гоњења под претпоставком испуњености формалног услова за свако кривично дело. Међутим, у таквим случајевима потребно је посебно ценити целисходност предузимања кривичног гоњења са аспекта јавног интереса, што мора бити посебно образложено“ и сл.³⁷ Све ово само по себи говори и о степену значаја који се у Републику Србији придаје оваквом начину решавања кривичних ствари и настојању да примена начела буде у складу са криминално-политичким разлозима који га оправдавају и што уједначенија на целом простору Републике Србије.

2.1.3. Безусловни (чист) опортунитет

Други могући вид начела опортунитета кривичног гоњења према ЗКП је безусловни (чист) опортунитет. Његова суштина и истовремено кључна разлика у односу на првонаведени вид начела опортунитета (условљени опортунитет) садржана је у томе да овде јавни тужилац може да одбаци кривични пријаву и поред чињенице да су испуњене све претпоставке за предузимање кривичног гоњења, и то без постављања било каквих услова осумњиченом.³⁸ Са таквом својом суштином овај вид начела предвиђен је у чл. 284 ст. 3 ЗКП. Према овој законској одредби, три су кумулативно предвиђена услова која морају бити испуњена да би јавни тужилац могао да одбаци кривичну пријаву по овом основу. То су: да се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора до три године; да је осумњичени услед стварног кајања – добровољно спречио наступање последице или је штету у потпуности већ надокнадио;³⁹ да јавни

³⁷ Чворовић, Д., Криминално-политичка оправданост, сврха и облици начела опортунитета кривичног гоњења, У: „Опортунитет кривичног гоњења”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009, стр. 32.

³⁸ Грубач, М., Коментар Законика о кривичном поступку, ЈП Сл. гласник, Београд, 2014, стр. 354.

³⁹ Оцену добровољности, посматрано са аспекта овог услова, треба ценити према околностима под којима је до спречавања насупања последице или накнаде штете дошло. Добровољност постоји само када је одлука о томе била резултат слободног опредељења осумњиченог и она се цени са становишта спољних и унутрашњих фактора, с тим да спољни фактори не смеју бити одлучујући.

тужилац према околностима случаја оцени да вођење кривичног поступка и изрицање кривичне санкције не би било правично – целисходно. Сходно овом, у случају испуњености ових услова у конкретној кривичној ствари, а јавни тужилац слободно цени чињенице и доказе који су од значаја за доношње одлуке, односно његове процене да изрицање кривичне санкције у конкретном случају не би било правично – сврсисходно, јавни тужилац решењем одбацује кривичну пријаву.

За разлику од усвојеног опортунитета – одлагања кривичног гоњења на основу чл. 283 ЗКП, овај вид опортунитета није условљен роковима, извршењем одређених обавеза од стране осумњиченог, односно договором о компензацији штете. Уколико су испуњени наведени кумулативни услови, јавни тужилац може одбацити кривичну пријаву по овом основу и у случају да осумњичени не прихвати овакво решење. Довољно је да је осумњичени својим делима допринео да се спрече штетне последице кривичног дела или да је надокнадио насталу штету, и да је, узимајући при томе у обзир одређене околности, јавни тужилац извео коначан закључак да изрицање кривичне санкције не би било правично. У том циљу, јавни тужилац треба да контактира оштећеног како би на несумњив начин утврдио да ли је осумњичени у потпуности надокнадио штету. Реалност постављеног захтева такође цени јавни тужилац, који је дужан да оштећеном предочи да преостали део свог имовинскоправног захтева у односу на део за који јавни тужилац сматра да реално представља потпуну надокнаду штете, може остварити у парници.

Криминално-политички разлог прописивања примене овог вида начела опортунитета лежи у чињеници да је испуњењем наведених услова поново успостављено пређашње стање између учиниоца и оштећеног, које је постојало пре извршења кривичног дела, услед чега би интервенција државе била сувишна и нецелисходна. Одбачајем кривичне пријаве по овом основу предметна кривична ствар се окончава, јер оштећеном не припада право на приговор у смислу чл. 51 ст. 2 ЗКП, а не постоји ниједан други облик институционалне контроле исправности такве одлуке.

Посматрано са аспекта своје практичне присутности, овај вид начела опортунитета кривичног гоњења у јавнотужилачкој пракси Републике Србије присутан је у далеко мањем обиму него што је то случај са условним одлагањем кривичног гоњења.⁴⁰ Званични статистички по-

⁴⁰ Ђокић, И., Чворовић, Д., Кривичнопроцесне форме за решавање проблема ситног

даци показују да се више од 50% у јавнотужилачкој пракси овај вид начела опортунитета кривичног гоњења мање користи од првонаведеног вида (условног одлагања кривичног гоњења). Став је стручне јавности да нема оправдања за овакав приступ јавних тужилаца овом виду начела опортунитета кривичног гоњења и да би исти требало користити у свим случајевима када су испуњени предње наведени услови, тј. у складу са разлозима који га криминално-политички оправдавају.

2.1.4. Решење о одбачају кривичне пријаве по основу начела опортунитета кривичног гоњења и начело *ne bis in idem*

Једно од не само актуелнијих већ и неизоставних питања начела опортунитета кривичног гоњења уопште је и питање: да ли начело *ne bis in idem* има или не апсолутно дејство у случајевима када је јавни тужилац решењем одбацио кривичну пријаву по основу начела опортунитета (и једног и другог његовог вида), тј. чл. 283 и 284 ст. 3 ЗКП? Односно, питање: да ли се овако донетом одлуком јавног тужиоца кривична ствар сматра пресуђеном (*res judicata*) и да ли се у овом случају може применити начело *ne bis in idem* – да ли оно има апсолутно дејство у случајевима оваквог начина решавања кривичне ствари? Реч је о сложеном правном питању, питању од чијег решавања зависи и правна сигурност грађана у случајевима решавања њихове кривичне ствари употребом начела опортунитета кривичног гоњења, а проценат решавања кривичне ствари на овакав начин је, као што смо видели, значајан. Три су разлога за тако висок степен актуелности овако постављеног питања. Први је садржан у чињеници да се у чл. 4 ЗКП (*Ne bis in idem*) који регулише ово начело, не даје недвосмислен одговор на овако постављено питање, а слично је и са чл. 4 Протокола бр. 7 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода из 1984. год. Друго, ту је и чињеница да је за примену начела опортунитета уопште потребно да се испуне четири законом прописана услова и два циља и да се одлука у случају примене оба вида начела опортунитета доноси у форми решења о одбацивању кривичне пријаве, против којег није дозвољен приговор из чл. 51 ст. 2 ЗКП нити било које друго правно средство за преиспитивање тако донесеног решења. Треће, ту је и чињеница обима коришћења на-

криминалитета у српском и немачком праву, Ревизија за криминологију и кривично право бр. 2/2021, стр. 31.

чела опортунитета кривичног гоњења у јавнотужилачкој пракси у Републици Србији. Видели смо, званични статистички подаци Републичког јавног тужилаштва говоре да се по основу два могућа вида начела опортунитета кривичног гоњења према пунолетним учиниоцима кривичних дела (условни и безусловни опортунитет) у Републици Србији годишње решава преко 20.000 кривичних случајева, преко 20% свих кривичних предмета, а ни број решених кривичних случајева малолетних учинилаца кривичних дела на овакав начин није мали. У преко 12% свих поднесених кривичних пријава против малолетника долази до примене условног опортунитета, што додатно говори о актуелности питања. У вези са овако постављеним питањем треба пре свега узети у обзир чињеницу да законодавац, у односу на решење о одбацивању кривичне пријаве, прописује могућност подношења приговора као правног средства, изузев у случају када је решење о одбацивању кривичне пријаве донето применом оба вида начела опортунитета тако што изричито наводи да се у овим случајевима одредба чл. 51 ст. 2 ЗКП неће примењивати. Законодавац не прописује ни могућност улагања жалбе као правног лека, ни било ког другог правног средства против ове одлуке јавног тужиоца с циљем њеног евентуалног преиспитивања. С обзиром на ово, може се закључити да решење о одбацивању кривичне пријаве у случају примене начела опортунитета кривичног гоњења представља коначну и правноснажну одлуку. Уз ово, овакав закључак је и у складу са чл. 4 ЗКП, којим је дефинисано начело *ne bis in idem*. Иоле датаљнија анализа садржине овог члана говори да начело *ne bis in idem* има апсолутно дејство не само у случају када је окривљени одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или када је оптужница правноснажно одбијена, већ и у свим другим случајевима када је поступак правноснажно обустављен, што је случај и са решењем о одбачају кривичне пријаве на основу чл. 283 и 284 ст. 3 ЗКП.⁴¹ Уз ово, ту је и одредба чл. 275 ЗКП, којом је прописано да пресуда постаје правноснажна када се више не може побијати жалбом или када жалба није дозвољена, а постаје извршна од дана достављања, ако за извршење не постоје законске сметње. С обзиром на све ово, чини се потпуно неспорним и да решење о одбацивању кривичне пријаве

⁴¹ Шкулић, М., Начело *ne bis in idem* у казненом законодавству Републике Србије, У: “Начело *ne bis in idem* и правна сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022, стр. 46.

јавног тужиоца донето на основу чл. 283 и чл. 284 ст. 3 ЗКП, против кога није дозвољена ни жалба ни приговор, стиче формалну и материјалну правноснажност *res judicata*. Дакле, кривични поступак у конкретном случају сматра се правноснажно окончаним и то представља сметњу за даље кривично гоњење у смислу начела *ne bis in idem*.⁴² Начело *ne bis in idem* у оваквим кривичним случајевима има апсолутно дејство. На овом становишту стоји и Врховни касациони суд у своје три пресуде.⁴³ У првој од ове три пресуде (Пресуда Прзз. број 18/2016 од 22.12.2016. године), а исто је и код две друге пресуде, суд је заузео став да је у случају примене института одлагања кривичног гоњења из чл. 283 ЗКП ствар пресуђена – *ne bis in idem*, те да примена овог института претпоставља да јавни тужилац мора прво да применом начела легалитета утврди да је окривљени учинио кривично дело, а потом да донесе одлуку о примени начела опортунитета и наложи извршење конкретне обавезе. Стога, извршење наложене обавезе представља вид кажњавања осумњиченог за учињено кривично дело, што је законски основ јавном тужиоцу за одбачај кривичне пријаве, сагласно чл. 283 ст. 3 ЗКП, према коме, ако осумњичени у року, на рачун прописан за уплату јавних прихода, уплати одређени новчани износ, који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе, јавни тужилац ће решењем одбацити кривичну пријаву и о томе обавестити оштећеног, који нема право да сагласно одредби чл. 51 ст. 2 Законика поднесе приговор. Основ за доношење пресуде било је правно питање Прекршајног апелационог суда из Београда: како да поступа прекршајни суд по захтевима за покретање прекршајног поступка због прекршаја који су обухваћени решењем јавног тужиоца из чл. 283 ст. 3 ЗКП (одлагања кривичног гоњења)? Кривично одељење Врховног касационог суда на седници одржаној 28.11.2016. године заузело је став да решење јавног тужиоца донето на основу чл. 283 ст. 3 ЗКП о одбачају кривичне пријаве под условом да осумњичени у року изврши обавезе из овог члана може се сматрати као *res judicata*. Наиме, Врховни касациони суд јасно је изразио мишљење да окривљени у прекршајном поступку у ситуацији у којој је претходно донето решење о одбацивању кривич-

⁴² Торковић, Е., Начело *ne bis in idem* и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и пракса Европског суда за људска права, У: „Начело *ne bis in idem* и правна сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022, стр. 137.

⁴³ То су: Пресуда Прзз бр. 18/2016 (22.12.2016); Пресуда Кзз. бр. 466/2019 (8.05.2019) и Пресуда Кзз. бр. 66/2020 (30.01.2020).

не пријаве на основу примене института одлагања кривичног гоњења, не треба да буде накнадно осуђен и у прекршајном поступку и то из разлога правне сигурности грађана, односно да би вођење прекршајног поступка против окривљеног за исте противправне радње довело до дуплирања поступка и самим тим до двоструког кажњавања. У одговору на постављено питање Врховни касациони суд се позива и на праксу Европског суда за људска права у односу на начело *ne bis in idem*⁴⁴, као и пресуду Суда правде Европске уније у Луксембургу Husein Хусеин Gozutok и Klaus Brugte С-187/01 і С -385/01 од 11. фебруара 2003, у којој је постављен стандард да у случајевима када је реч о поступцима државних тужилаштава који одустају од даљег кривичног гоњења након што окривљени испуни одређене, од истог му тужилаштва понуђене обавезе, у којим поступцима не учествује суд, нити се такви поступци завршавају судском одлуком, већ одустанком тужиоца од даљег кривичног гоњења, има се сматрати правноснажним окончањем поступка, са аргументацијом да одлуку у тим поступцима доноси тело власти које према одредбама националног кривичног права чини део састава казненог правосуђа.⁴⁵

2.2. Споразум о признању кривичног дела

Једна од важнијих особености које је донео процес реформе кривичног процесног законодавства Србије јесте озакоњење института споразума о признању кривичног дела. Реч је о институту чија се суштина огледа у претходном преговарању о признавању кривичног дела између тужиоца и окривљеног и његовог браниоца и накнадном прихватању или неприхватању од стране суда постигнутог споразума између ових субјеката. Полазећи од неспорног значаја института споразума као инструмента ефикасности кривичног поступка, Закон о изменама и допунама ЗКП Србије из 2009 .год.⁴⁶ доноси његово озакоњење као једне од доминантних форми поступања у кривичним

⁴⁴ Gradinger v. Austria, app. nos 15963/90 (ECtHR, 23 october 1995) і Sergey Zolotukhin v. Russia app. nos 14939/03 (ECtHR, 10 february 2009).

⁴⁵ Билтен Врховног касационог суда, бр. 2/2021, стр. 49.

⁴⁶ Симовић, М., Поједностављене форме поступања у кривичном процесном праву БиХ, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 124.

стварима уопште. Озакоњење споразума резултат је готово јединственог става стручне јавности о споразуму као веома важном и корисном инструменту повећања ефикасности борбе против криминалитета уопште. С обзиром на ово, сасвим је оправдано његово озакоњење и у кривичном процесном законодавству Србије. Међутим, још и пре његовог озакоњења као и у каснијем процесу рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије, критички је указивано, чини се не без основа, на нека питања његове нормативне разраде. Није мали број питања о којима се у стручној јавности Србије водила, а и даље се води, дискусија око начина њиховог решавања. Међу бројним питањима, када је реч о споразуму, посебно се истичу она која се тичу видова споразумевања процесних субјеката, могућег обима њихове примене (да ли за сва или само за одређена, лакша кривична дела дати могућност примене института), садржаја текста споразума, врсте и износа кривичне санкције у закљученом споразуму, месту и улози лица оштећеног кривичним делом у поступку закључења споразума и сл.⁴⁷ Међутим, ниједна стручна расправа није доводила нити доводи у питање криминално-политичку оправданост института. Напротив. За релативно кратко време постојања институт је показао своју пуну криминално-политичку оправданост и све интервенције и залагања иду у правцу изналагања решења за његову што адекватнију примену, уз предвиђање механизма који спречавају његову евентуалну злоупотребу. Као резултат оваквог става струке, ЗКП РС из 2011. године предвиђа могућност изузетно широке примене споразума. Према овом законском тексту, основне карактеристике овог вида поједностављеног поступања у кривичним стварима огледају се у следећем:

Прво, промењен је назив овог вида поједностављеног поступања. Уместо назива “Споразум о признању кривице” узет је назив “Споразум о признању кривичног дела”. Овакво решење је исправније и у складу је с концепцијом појма кривичног дела из чл. 14 ст. 1 КЗ РС, према којој је кривица саставни, битан елемент кривичног дела;⁴⁸

⁴⁷ Киурски, Ј., Споразум о признању кривице (кривичног дела), У: „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2012, стр. 87.

⁴⁸ Стојановић, З., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2009.

Друго, уместо нормативно ограничене могућности примене (за кривично дело или кривична дела у стицају за која је прописана казна затвора до 12 година) предвиђена је могућност примене споразума код свих, па и најтежих кривичних дела;

Треће, одсуство прописивања минимума кривичне санкције која се може предложити у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела. Уместо тога прописано је само “да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум предложена у складу с кривичним или другим законом.” Овакво решење супротно је решењу из ЗКП од 2009. год., у којем је предвиђено да “казна по правилу не може бити испод законског минимума за кривично дело које се окривљеном ставља на терет”,⁴⁹

Четврто, када је реч о санкцији, обавезан елемент споразума јесте и “споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције”;

Пето, прецизирани су процесни тренуци могућности закључења споразума (Споразум о признању кривичног дела јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса);

Шесто, право предлагања закључења споразума припада искључиво јавном тужиоцу и окривљеном, односно његовом браниоцу. Јавни тужилац може предложити окривљеном и његовом браниоцу закључење споразума, односно окривљени и његов бранилац могу јавном тужиоцу предложити закључење споразума. Након упућивања предлога о закључењу споразума, странке и бранилац могу преговарати о условима признања кривичног дела које се окривљеном ставља на терет. Суд нема никаква права у погледу иницијативе, нити у погледу процеса преговарања и закључивања споразума;

Седмо, одлука о споразуму о признању кривичног дела доноси се на рочишту на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац. О рочишту се чак и не обавештава оштећени. Функционална надлежност суда за одлучивање о споразуму зависна је од процесног тренутка подношења споразума суду. Сходно овом критеријуму, “о споразу-

⁴⁹ Шкулић, М., Главни претрес у новом ЗКП Србије, У: “Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 92.

му о признању кривичног дела одлучује судија за претходни поступак, а ако је споразум поднет суду након потврђивања оптужнице – председник већа” (чл. 315 ст. 1 ЗКП);

Осмо, три су могуће одлуке суда о понуђеном тексту споразума. То су: одбацивање, прихватање или одбијање споразума. Рочиште на којем се одлучује о споразуму држи се без присуства јавности;

Девето, пресуду о прихватању споразума о признању кривичног дела и оглашавању окривљеног кривим суд ће изрећи ако утврди: да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе; да је окривљени свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да се одриче права на суђење и да прихвата ограничење права на улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума; да постоје и други докази који нису у супротности с признањем окривљеног да је учинио кривично дело; да је казна или друга кривична санкција, односно друга мера у погледу које су јавни тужилац и окривљени закључили споразум, предложена у складу са кривичним или другим законом. У случају да није испуњен један или више од ових услова, као и у случају када постоје разлози за обуставу поступка, суд ће донети образложено решење којим се споразум о признању кривичног дела одбија. У таквом случају признање окривљеног дато у споразуму не може бити доказ у кривичном поступку. По правноснажности овако донесеног решења, споразум и сви списи који су са њим повезани уништавају се пред судом, о чему се саставља записник, а судија који је донео решење не може учествовати у даљем поступку;

Десето, споразумом о признању кривичног дела окривљени се може обавезати на испуњење обавеза под којима јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под условом да природа обавезе омогућава да се започне с њеним извршењем пре подношења споразума суду;

Једанаесто, против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела постоји могућност улагања жалбе. Наиме, сходно чл. 319 ст. 3 ЗКП, против ове пресуде јавни тужилац, окривљени и његов бранилац могу, у року од осам дана од дана достављања пресуде, изјавити жалбу због постојања разлога због којих се поступак по испитивању оптужнице обуставља у смислу чл. 338 ст. 1, као и у случају да се пресуда не односи на предмет споразума о признању кривичног дела. На супрот овом, против решења којим се споразум о признању кривичног

дела одбацује или одбија, жалба није дозвољена;

Дванаесто, прописана је обавезност одбране од почетка преговора с јавним тужиоцем о закључењу споразума па до доношења одлуке суда о споразуму.

Не упуштајући се у приказ других одредаба ЗКП о споразуму, чини се да се наведене, и не само наведене, одредбе којима је нормативно разрађен споразум у ЗКП озбиљно могу ставити под знак питања. Односно, скоро да се може закључити да у његовој нормативној разради нису, бар не у потребној мери, узети у обзир преовлађујући ставови наше, и не само наше, стручне јавности. Подсећања ради, треба и овде истаћи да су наведена питања уједно и најактуелнија питања у стручној јавности када је реч о споразуму уопште.⁵⁰ Став аутора јесте пуна криминално-политичка оправданост озакоњења могућности закључења споразума о признању кривичног дела. Међутим, оправдано се може ставити под знак питања немали број решења његове нормативне разраде у тексту важећег ЗКП. Примера ради, наводимо само најдискутабилније:

Прво, иоле озбиљнија анализа радова посвећених проблематици споразума показује да је, сасвим оправдано, преовлађујуће мишљење да споразум о признавању кривице (кривичног дела) треба да буде вид поједностављеног поступања који своју примену треба да нађе пре свега код кривичних дела која припадају групи тзв. лакшег и средњег криминалитета. Уосталом, то је случај и с другим формама поједностављеног поступања у кривичним стварима. У савременом кривичном процесном законодавству поједностављене форме поступања у кривичним стварима намењене су решавању лакших кривичних дела, кривичних дела која имају мањи степен друштвене опасности, што само по себи намеће и мање ангажовање материјалних средстава и времена него у случајевима када се ради о тежим, а посебно о најтежим кривичним делима. Поједностављене форме поступања у кривичним стварима треба да почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права процесних субјеката представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме. С обзиром на ово, чини се да није у складу са природом споразума дозвољавање могућности његове примене и за најтежа

⁵⁰ Види: Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства примене)", Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017.

кривична дела. Уз ово, оваквим једним решењем ствара се, сасвим непотребно, и могућност сумње у његову евентуалну злоупотребу, о чему се такође мора водити рачуна у његовом нормирању. Ако се овоме дода и чињеница да ЗКП, начелно посматрано, сасвим оправдано, предвиђа и још две додатне форме споразумевања јавног тужиоца и окривљеног (споразум о сведочењу окривљеног и споразум о сведочењу осуђеног) као инструменте откривања и доказивања најтежих кривичних дела, онда изнесени став још више добија на својој оправданости;

Друго, решење по којем нема изричитог прописивања минимума испод којег не може да се предложи кривична санкција у понуђеном тексту споразума о признању кривичног дела такође може да се озбиљно доведе у питање. Поред изнесених аргумената који говоре и у прилог оправданости постављања и оваквог једног питања, треба узети у обзир и општу сврху изрицања кривичне санкције. Потпуно је неспорно да се она постиже, поред осталог, само под условом адекватно изречене кривичне санкције. Да ли тако нешто гарантује решење по којем и за тешка кривична дела може да буде изречена и блага – зашто не рећи и најблажа – кривична санкција, што је могуће претпоставити, а што би било у складу са чл. 321 ст. 1 тач. 3 ЗКП? Став је аутора да коментар није потребан;

Треће, мора се поставити и питање адекватности заштите права оштећеног лица у поступку преговарања о споразуму о признању кривичног дела. Иоле детаљнија анализа положаја овог субјекта у поступку споразумевања о признању кривичног дела говори да је овим законским текстом његов положај чак и погоршан у односу на претходни ЗКП. Примера ради, наводимо само две чињенице. Прво, о рочишту на којем се одлучује о споразуму о признању кривичног дела оштећени се чак и не обавештава. Друго, оштећени није субјекат права на изјављивање жалбе против одлуке суда о споразуму. Једном речју, ЗКП не даје инструменте путем којих оштећено лице може успешно да брани своје интересе у поступку споразумевања о признању кривичног дела;

Четврто, обавезан елемент текста споразума је, поред осталог, и споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције. С обзиром на овакву формулацију, може се закључити да се странке могу споразумети само о распону казне у оквиру законског распона кажњавања (нпр., казна од три до пет година затвора), а да се суду препусти да у оквиру “договореног распона” изрекне конкретну меру казне одређене врсте. Оваква могућност пре свега није у складу с одредбом

чл. 317, по којој суд пресудом прихвата споразум када утврди да су испуњени одређени услови. С обзиром на ово, поставља се питање: како суд може прихватити споразум у којем је у погледу кривичне санкције договорен само распон казне? Која се казна у таквим случајевима изриче у осуђујућој пресуди? Поред овог, ако се прихвати (а то је могуће према чл. 314 ст. 1 тач. 3 ЗКП) да суд у случајевима када је у споразуму договорен само распон казне може слободно изрећи било коју меру казне у оквиру “договореног распона”, онда се мора поставити питање: како суд може изрећи било коју казну, тј. одредити меру одређене врсте казне, ако уопште није изводио доказе који се тичу прописаних околности као параметара одмеравања казне? Уместо било каквог коментара, мишљења аутора рада јесте да је таква једна могућност више него нелогична. Ако се по угледу на нека друга законска решења⁵¹ желела предвидети могућност да се странке договоре само о распону казне, а да се суду препусти да, у случају прихватања споразума, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морала прописати и обавеза суда да изведе доказе на основу којих ће утврдити чињенице од којих зависи конкретна мера казне;⁵²

Пето, када је реч о споразуму о признавању кривичног дела, једно од решења ЗКП које се озбиљно може ставити под знак питања, јесте и решење по којем је предвиђена могућност улагања жалбе против пресуде којом је прихваћен споразум о признавању кривичног дела од стране јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца. Више је аргумената који се могу истаћи против оправданости оваквог решења. Међу њима посебан значај имају три. Прво, споразум о признавању кривичног дела треба да буде институт који за резултат своје примене има ефикаснији кривични поступак. Да ли се оваквим једним решењем то постиже? Сигурно не. Напротив, доприноси се одуговлачењу поступка, и то без икакве потребе. Друго, разлози за могућност улагања жалбе не само да немају своје оправдање већ могу и да говоре о неозбиљној припремљености главних субјеката преговарања и одлучивања о споразуму, пре свега на рочишту на којем се одлучује о споразуму, што не би смело ни да се претпостави. Примера ради, у вези с овим мора се поставити пи-

⁵¹ Случај нпр. са решењима кривичног законодавства САД.

⁵² Шкулић, М., Илић, Г., Нови Законик о кривичном поступку Србије – Реформа у стилу “Један корак напред – два корака назад”, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, стр. 85.

тање: Да ли је могуће да суд пресудом прихвати споразум а да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је учињено кривично дело, да дело није кривично дело, да је наступила застарелост и сл.? Да ли у таквом случају суд поступа супротно чл. 324 ЗКП? Или, да ли се сме и замислити да тужилац с окривљеним понуди текст споразума а да не зна да ли се ради о кривичном делу или да је кривично гоњење застарело, односно да постоје и неке друге околности које се јављају касније као могући основ улагања жалбе? Затим, како је могуће и замислити да неко од субјеката права улагања жалбе на околности које представљају разлоге могућег улагања жалбе не зна на рочишту, а зна у тако кратком интервалу након завршетка рочишта на којем се одлучивало о споразуму? Поред ових, ту се могу поставити и друга питања оваквог карактера, али одговори су увек исти и указују на неоправданост оваквог нормирања права на улагање жалбе на пресуду о прихватању споразума;

На крају у вези са споразумом, пажњу заслужује и чињеница да је истраживање спроведено за потребе рада у вези са овом поједностављеном формом поступања у кривичним стварима дало више резултата. Међу њима посебан значај имају следећи:

Прво, у око 4% свих пријављених кривичних дела кривична ствар се решава путем споразума, односно око 13% укупног броја оптужења;

Друго, присутан је тренд смањења укупног броја броја закључених споразума о признању кривичног дела;

Треће, по правилу (у 94,7% случајева) суд прихвата понуђени споразум о признању кривичног дела, што указује на ефикасност, стручност и професионалност у раду јавног тужилаштва;

Четврто, када је реч о изреченим кривичним санкцијама на основу закљученог споразума о признању кривичног дела, на првом месту је казна затвора која је нпр. у 2022. години изречена у 45,5% свих закључених споразума. Потом следи условна осуда са 39,2% и новчана казна са 12,7% закључених споразума о признању кривичног дела. Изрицање осталих кривичних санкција више је него симолично. У вези са оваквом структуром изречених кривичних санкција у кривичним стварима окончаним на овакав начин чини се сасвим оправдано питање: да ли би и код оваквог начина решавања кривичне ствари као и уопште требало посветити већу пажњу новчаној казни, као и питање да ли је изрицање условних осуда у овако великом проценту у функцији сврхе кажњавања предвиђене у чл. 42 КЗ? У давању одговора на овако постављено питање чини се сасвим оправданим став учесника LXI редовног годишњег са-

ветовања Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, одржаног на Златибору 22–24. септембра 2022. године, у којима поред осталог стоји: "...3. Новчаној казни, као кривичној санкцији, посветити већу пажњу у циљу њене шире примене у пракси... 4. У примени поједностављених форми поступања у кривичним стварима присутан је несклад између норме и праксе који је неопходно отклонити јер су поједностављене форме поступања кључни инструменат ефикасности решавања кривичних ствари као једног од основних циљева целокупног процеса реформе кривичног процесног законодавства Републике Србије;"⁵³

Пето, када је реч о закључењу споразума и врстама кривичних дела, онда пре свега треба констатовати да нема ни једне групе кривичних дела код које не долази до закључења споразума – оваквог начина решавања кривичне ствари. Но, посматрано са аспекта обима закључених споразума, на првом месту (посматрано у 2022. години а слично је и у претходним годинама) су кривична дела против здравља људи, где је закључен споразум са 849 лица, од ког броја највише за кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а КЗ, са 572 лица, док је за кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246 КЗ закључено споразума са 266 лица. Затим, следе кривична дела против имовине код којих је споразум закључен, са 710 лица, од чега највише за кривично дело тешка крађа из члана 204 КЗ, са 257 лица. Потом следе кривична дела против јавног реда и мира, где је споразум закључен са 499 лица, од ког броја највише за кривично дело недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја из члана 348 КЗ, са 280 лица. Посматрано у овом контексту, ту је и чињеница да је закључење споразума присутно, сасвим оправдано, и за кривична дела предвиђена у споредном кривичном законодавству. Тако нпр. за кривична дела прописана Законом о пореском поступку и пореској администрацији, закључен је, у 2022. години, споразум са 90 лица, од ког броја највише за кривично дело недозвољени промет акцизних производа из чл. 176 овог закона, са 52 лица, док је за кривично дело недозвољено складиштење робе из чл. 176а КЗ закључено споразума са 30 лица, а за кривична дела прописана Законом о пореском поступку и пореској администрацији закључен је споразум са 90 лица, од ког броја највише за кривично дело недозвољени промет акцизних производа из чл. 176 овог закона, са 52 лица, док је за кривично дело недозвољено складиштење робе из чл. 176а КЗ закључен споразум са 30 лица;

⁵³ Види: Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/2022, стр. 169.

Шесто, анализа статистичких података за 2022. год. показује да је највећи број предлога за закључење споразума у фази пре оптужења и то 3.170, од чега је тужилаштво иницирало предлоге са 1.668 лица, а од стране окривљених са 1.502 лица, што је свако утицало на ефикасност поступка и смањење трошкова;

Седмо, на основу предлога за закључење споразума о признању кривичних дела после оптужења закључено је споразума са 1.021 окривљеним, од ког броја је иницирано закључење споразума од стране јавног тужиоца са 364 окривљена, а од стране окривљених и њихових бранилаца 657 споразума.

2.3. Скраћени кривични поступак

Један од традиционалних видова поједностављеног поступања у кривичним стварима и у Србији, као и уопште, јесте скраћени кривични поступак. Посматрано у односу на редовни кривични поступак, ова форма поједностављења кривичног поступка има низ особености, како по питању своје архитектонике тако и по питању модификовања појединих института из општег кривичног поступка. Када је реч о третману овог вида поједностављеног поступања у кривичним стварима у процесу реформе кривичнопроцесног законодавства Србије пада у очи пре свега једна његова особеност. То је стално ширење поља његове примене. Тако нпр. према ЗКП из 2001. год. као законском тексту за који се, сасвим оправдано, сматра да представља почетак реформе српског кривичног процесног законодавства, одредбе о скраћеном кривичном поступку примењују се у поступцима за кривична дела за која је као главна прописана новчана казна или затвор до три године. Изменама и допунама овог законског текста из 2004. године председник већа, на предлог овлашћеног тужиоца и уз изричит пристанак окривљеног, могао је одобрити примену одредаба о скраћеном кривичном поступку које се односе на главни претрес, пресуду и поступак по жалби и на кривична дела за које је прописана казна затвора до пет година. Оваква условна могућност примене одредаба о скраћеном кривичном поступку и на кривична дела за која је прописана казна затвора у трајању од три до пет година била је предмет оштре критике и сматрало се да није у функцији ефикасног кривичног поступка.⁵⁴ Управо имајући у виду ово, Законом о из-

⁵⁴ Бејатовић, С., Неколико разлога неопходности наставка рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије, У: „Реформа кривичног права”, Удружење јавних

менама и допунама ЗКП из 2009. године проширена је примена одредаба овог поступка на сва кривична дела за која је прописана казна до пет година затвора, и то без претходног испуњења предње наведених услова. На овоме се није стало. ЗКП из 2011. год. даље шири поље примене одредаба о скраћеном кривичном поступку. Према овом законском тексту, одредбе о скраћеном кривичном поступку примењују се за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до осам година, и то без обзира на то о којим поступцима се ради. Штавише, предвиђена је примена ових одредаба и у поступцима за кривична дела који се воде пред посебним одељењима надлежног суда. Процес ширења примене одредаба о скраћеном кривичном поступку је за поздрављање. Оваквим решењима кривични поступци постају ефикаснији, а тиме и јефтинији, при чему то истовремено није на уштрб законитости решења конкретне кривичне ствари нити међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног лица. Ово свакако под условом да су његове одредбе разрађене у складу с његовом природом, што се не би могло рећи када је реч о важећем тексту ЗКП. Два су решења овог законског текста која говоре у прилог исправности овакве једне констатације. Прво се тиче примене ових одредаба и у поступцима за кривична дела који се воде пред посебним одељењима надлежног суда, а друго је искључење његове примене на све кривичне случајеве који се воде по приватној тужби. Ова два решења скраћеног кривичног поступка озбиљно се могу ставити под знак питања, пре свега из разлога непостојања криминално-политичких разлога за дозвољавање могућности вођења редовног кривичног поступка у случајевима кривичних дела за која се кривично гоњење предузима по приватној тужби. Односно, ту је посреди неспојивост могућности примене одредаба о скраћеном кривичном поступку у поступцима који се воде пред посебним одељењима надлежног суда због њихове природе и сврхе постојања.

2.4. Остали видови поједностављеног поступања у кривичним стварима

Поред три наведена, репрезентативна вида поједностављеног поступања у кривичним стварима, ЗКП познаје и друге видове овог начина решавања кривичне ствари. Такви су нпр. случајеви с рочиштем за изрицање кривичне санкције и с непосредном оптужницом. Међутим, њихо-

тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2014, стр. 126.

ва детаљнија анализа овде изостаје. Не због њиховог мањег значаја, већ разлога ограниченог обима рада.⁵⁵

Извршена анализа питања везаних за поједностављене форме поступања у кривичним стварима Србије показује њихову не само пуну криминално-политичку оправданост већ и све већу присутност (нормативну и практичну) – вишеструкост форми поједностављеног поступања у кривичним стварима, што и теорија и пракса поздрављају. Једном речју, када је реч о овом аспекту предметне проблематике, може се констатovati да кривичнопроцесно законодавство Србије по овом питању, начелно посматрано, следи трендове присутне у релевантном компаративном кривичном процесном законодавству. Међутим, за разлику од овог његовог обележја, које се може оценити позитивним, то се не би могло рећи за конкретну разраду појединих видова поједностављеног поступања. Важећи текст ЗКП у нормативној разради немалог броја питања овог карактера није у складу с преовлађујућим ставовима струке. Случај нпр. са решењима о статусу оштећеног лица код споразума о признању кривичног дела и начела опортунитета кривичног гоњења. Услед овог у текућем раду на изменама и допунама овог законског текста потребно је узети у обзир већинско мишљење струке по овим питањима и тако и у кривичном процесном законодавству Србије питања поједностављених форми поступања у кривичним стварима нормативно разрадити у складу с већинским залагањем струке, што тренутно није случај.

Литература

1. Бејатовић, С., Измене и допуне ЗКП и поједностављене форме поступања у кривичним стварима, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 2/09.
2. Бејатовић, С., Поједностављене форме поступања као битно обележје кривичног процесног законодавства земаља региона, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства примене)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017.

⁵⁵ О овоме детаљније види: Бејатовић, С., Поједностављене форме поступања као битно обележје кривичног процесног законодавства земаља региона, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства примене)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2017, стр. 1–31.

3. Бејатовић, С., Споразум о признању кривице и друге поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Србије као инструменат нормативне ефикасности кривичног поступка, У: "Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе", Правни факултет Крагујевац, 2009, књига II.
4. Бејатовић, С., Неколико разлога неопходности наставка рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије, У: "Реформа кривичног права", Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2014.
5. Бејатовић, С., Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите), У: „Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)", Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020.
6. Бејатовић, С., Начело опортунитета кривичног гоњења као инструменат ефикасности државне реакције на криминалитет (Норма и пракса у Републици Србији), У: "Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет (Норме и пракса)", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Добој, 2022.
7. Бејатовић, С., Опортунитет кривичног гоњења и нови Законик о кривичном поступку РС, У: „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект)", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.
8. Бејатовић, С., Примена начела опортунитета у пракси – изазови и препоруке, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.
9. Бејатовић, С., Кривично процесно право, ЛП "Сл. гласник" Београд, 2019.
10. Бејатовић, С, и др., Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења (Треће измењено и допуњено издање), Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022.
11. Бугарски, Т., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и лице оштећено кривичним делом, У: "Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионална кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)", Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020.

12. Бркић, С., Поједностављене форме поступања и поступак њиховог озакоњења у Републици Србији, У: "Законодавни поступак и казнено законодавство", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
13. Вучковић, Б., Непредузимање кривичног гоњења – одустанак од кривичног гоњења и права оштећеног лица, У: "Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (Међународни правни стандарди, норма и пракса)", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2020.
14. Грубач, М., Коментар Законика о кривичном поступку, ЈП Сл. гласник, Београд, 2014.
15. Ћоровић, Е., *Nacelo ne bis in idem* и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и пракса Европског суда за људска права, У: „Начело *ne bis in idem* и правна сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени)", Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022, стр. 131–150.
16. Чворовић, Д., Криминално-политичка оравданост, сврха и облици начела опортунитета кривичног гоњења, У: „Опортунитет кривичног гоњења", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009.
17. Ђурђић, В., Начело опортунитета кривичног гоњења у кривичном поступку Србије, Ревиија за криминологију и кривично право, бр. 3/2012.
18. Ђурђић, В., Нормативна основа ефикасности кривичног поступка Србије, У: "Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет (Норме и пракса)", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Добој, 2022 .
19. Ђурђић, В., Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редифинисаним начелима кривичног поступка, У: "Нова решења у кривичном процесном законодавству – теоретски и практични аспект", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.
20. Ђурђић, В., Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима, У: "Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност

- поступања у кривичним стварима”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008.
21. Ђурђић, В., Страначки споразум о признању кривице у кривичном поступку, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 3/2009.
 22. Ђурђић, В., Пресуђење на основу споразума о признању кривице, У: „Пристап правосуђу”, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2007.
 23. Ђокић, И., Чворовић, Д., Кривичнопроцесне форме за решавање проблема ситног криминалитета у српском и немачком праву, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2021.
 24. Ђокић, И., Начело опортунитета кривичног гоњења, У: ”Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања III“, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2009.
 25. Илић, Г., Искуства и учени проблеми у досадашњој примени начела опортунитета кривичног гоњења у Србији, У: ”Опортунитет кривичног гоњења”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу“, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009.
 26. Карић, Т., и др., Анализа утицаја примене Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у периди од 2006-2020. год., Институт за криминологију и социолошка истраживања, Београд, 2021.
 27. Киурски, Ј., Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени, У: ”Нова решења у кривичном процесном законодавству – Теоретски и практични аспект”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011.
 28. Киурски, Ј., Начело опортунитета кривичног гоњења, Институт за криминологију и социолошка истраживања, Београд, 2019.
 29. Киурски, Ј., Споразум о признању кривице (кривичног дела), У: ”Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2012.
 30. Марковић, С., Кривично дело насиља у породици и заштита жртава насиља у породици, У: “Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди – норма и пракса)”, Српско удружење за кривичноправну теорију, Београд, 2020.
 31. Милошевић, С., Митровић, Д., Мере безбедности обавезног лечења алкохоличара на слободи (норма и пракса), Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2021.

32. Миљуш, И., Примена начела опортунитета кривичног гоњења за кривична дела у вези са злоупотребом опојних дрога, У: “Наркокриминалитет – Превенција и репресија”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Истраживачки центар Бања Лука, Београд, 2023.
33. Николић, Д., Споразум о признању кривице, ЈП Службени гласник, Београд 2009.
34. Радуловић, Д., Бејатовић, С., Законик о кривичном поступку, Култура, Београд, 2002.
35. Симић, М., Поједностављене форме поступања у кривичном процесном праву БиХ, У: ”Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.
36. Стојановић, З., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције, У: „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2009.
37. Шкулић, М., Кривичнопроцесно законодавство и (не)адекватност државне реакције на криминалитет, У: “Измене у кривичном законодавству и статусу носилаца правосудних функција и адекватност државне реакције на криминалитет (Међународни правни стандарди и стање у Србији)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2019.
38. Шкулић, М., Главни претрес у новом ЗКП Србије, У: “Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспект)”, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2012.
39. Шкулић, М., Погрешна концепција Нацрта ЗКП Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2010.
40. Шкулић, М., Споразум о признању кривице, Правни факултет, Београд 2009.
41. Шкулић, М., Илић, Г., Нови Законик о кривичном поступку Србије – Реформа у стилу “Један корак напред – два корака назад“, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.
42. Шкулић, М., Начело *ne bis in idem* у казненом законодавству Републике Србије, У: “Начело *ne bis in idem* и правна сигурност грађа-

на (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022.

43. Шкулић, М., Поједностављене форме поступања и други кривичнопроцесни инструменти реаговања на криминалитет и ЗКП из 2011. Године – Испуњени циљеви нормирања или не?, У: “Ванинституционалне мере, поједностављене форме поступања и други кривичноправни инструменти реакције на криминалитет и позитивно законодавство Србије (Испуњена очекивања или не?)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2022.

Academician Stanko Bejatović⁵⁶

**SIMPLIFIED FORMS OF PROCEDURE IN CRIMINAL
MATTERS AND THE REFORM OF CRIMINAL PROCEDURAL
LEGISLATION OF SERBIA**

***Abstract:** There are three groups of questions that are the subject matter of analysis in the paper. The first one concerns general remarks about the process of reform of the criminal procedural legislation of Serbia, which began with the adoption of the Code of Criminal Procedure in 2001 and is still ongoing. The second group of questions concerns general notes on simplified forms of procedure in criminal matters. Finally, the third group of questions concerns the expert-critical analysis of the key simplified forms of procedure in criminal matters provided for in the positive criminal procedural legislation of Serbia.*

There are two key results of the analysis of the issue in question. The first is the full criminal-political justification of norming and practical application of simplified forms of procedure in criminal matters. The second is the necessity of a different normative elaboration of a certain number of issues of simplified forms of procedure, above all the principle of the opportunity of criminal prosecution and the guilty plea agreement.

***Key words:** simplified forms, criminal matter, principle of opportunity, guilty plea agreement, summary criminal procedure.*

⁵⁶ Full Professor of the Faculty of Law, President of the Board of Directors of the Institute for Criminological and Sociological Research in Belgrade, President of the Serbian Association for Criminal Law and Practice

ULOGA VELIKE POROTE U KRIVIČNOM POSTUPKU SAD

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović¹
Prof. dr Vladimir M. Simović²

Sažetak: *Centralna tema rada je velika porota u SAD, koju sačinjava grupa građana, ovlašćena zakonom da vodi pravne procedure, istražuje potencijalno kriminalno ponašanje osumnjičenog i utvrđuje da li treba podnijeti optužni prijedlog. To pitanje je važno i zbog toga što je velika porota porijeklom iz Engleske tokom srednjeg vijeka, a zadržala se samo u dvije države, SAD i Liberiji. Druge jurisdikcije common law ranije su je koristile, a većina drugih sada koristi drugačiji postupak, koji se naziva preliminarno saslušanje a ne uključuje porotu.*

Funkcija velike porote je da optužuje osobe koje su krive za krivično djelo, ali i da štiti od neosnovanog i represivnog gonjenja. To je sredstvo za građane laike, predstavnike zajednice, da učestvuju u sprovođenju pravde. Ona obavlja i optužne i istražne funkcije. Istražne funkcije velike porote uključuju pribavljanje i pregled dokumenata i drugih dokaza, te saslušanje svjedoka pod zakletvom. Funkcija optužbe obuhvata odlučivanje da li postoji osnovana sumnja da se vjeruje da je jedno ili više lica izvršilo određeno krivično djelo.

¹ Redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću, profesor emeritus, e-mail: vlado_s@blic.net.

² Tužilac Tužilaštva BiH i redovni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci, simo@blic.net.

Nakon uvodnog objašnjenja značaja velike porote, analizirano je najprije pravo optuženog u odnosu na optužbu tužioca, s posebnim osvrtom na prava iz Petog i Četrnaestog amandmana na Ustav SAD, te nadležnost za podizanje optužnog prijedloga i odricanje od prava na razmatranje optužbe pred velikom porotom, te ograničenja u nadležnosti za podizanje optužnog prijedloga. U trećem dijelu rada potom je dat prikaz strukture velike porote (sastavljanje, kontrola nad dokazima, mogućnost svjedočenja optuženog, dokazna pravila, pravni savjeti, količina dokaza, odluke o optužnom prijedlogu i ponovno podnošenje optužnog prijedloga, te zahtjevi tajnosti i transkripcija). Četvrti dio članka odnosi se na efikasnost velike porote, a peti i šesti na opšte principe izazova zbog lošeg ponašanja i uobičajene tužilačke pogreške. Posebna pažnja je, s tim u vezi, usmjerena na prejudicirajuće komentare i informacije.

Ključne riječi: velika porota, Vrhovni sud SAD, optuženi, optužni prijedlog, osnovana sumnja.

1. UVODNE NAPOMENE

Engleska porota uspostavljena je kako bi pomogla Kruni (engl. Crown) u razotkrivanju i privođenju prestupnika, ali je krajem sedamnaestog vijeka postala cijenjena u Engleskoj kao štit protiv proizvoljnog pokretanja optužnice od Krune. U američkim kolonijama „zaštitna uloga“ porote je bila jednako poštovana, dijelom zbog toga jer su kolonijalne velike porote u nekoliko poznatih slučajeva odbile da osude osobe koje su se suprotstavljale Kruni.

Prigodno i sažeto velika porota je od Vrhovnog suda SAD (engl. Supreme Court) procijenjena u slučaju *Wood v. Georgia*³: „Istorijski gledano, ovo tijelo (velika porota) se smatra prvom linijom odbrane nevinih od ishitrenih, zlonamjernih i opsesivnih gonjenja; ono vrši nepromjenjivu funkciju u našem društvu između tužioca i optuženog, bez obzira na to da li je optuženi pojeđinac, manjinska grupa ili nešto drugo, kako bi se utvrdilo da li je optužba zasnovana na zdravom razumu ili naložena od zastrašujuće sile ili iz pakosti i lične zlonamjere.“

Ova bitna uloga velike porote zagarantovana je ustavom, kroz usvajanje prve klauzule u Petom amandmanu na Ustav SAD, koji nalaže: „Nijedna osoba neće biti osuđena na smrtnu niti zatvorsku kaznu bez podizanja optuž-

³ 370 U.S. 375, 82 S.Ct. 1364, 8 L. Ed 2d 569 (1962).

nog prijedloga ili prikaza optužnice pred velikom porotom, osim u slučajevima kopnenih snaga i mornarice ili snaga policije za vrijeme službe u vrijeme rata ili opšte opasnosti.“

Krajnja svrha ove odluke jeste da garantuje optuženom za gnusan zločin (engl. *infamous grime*) za, ako nije iz vojske, pravo da ne bude procesuiran, osim ako optužba nije odobrena potvrđnim glasanjem od velike porote. Pojedinaac ima pravo da insistira da protiv njega bude podignut optužni prijedlog od velike porote nezavisno od tužioca (engl. *presentment*) ili preko optužnog prijedloga (engl. *indictment*). *Presentment* se istorijski razlikovao od *indictment*a po tome što je to bila optužba koju je izdala velika porota na osnovu sopstvene inicijative, obično na osnovu saznanja porotnika ili ponekad i na osnovu informacija koju je dao privatni podnosilac prijave. *Indictment* je, naprotiv, bio optužni prijedlog koji je izdala velika porota, nakon što je optužbu iznio krunski zvaničnik (engl. *crown official*). U oba slučaja, s optužbom se mora složiti najmanje 12 porotnika (tj. većina, ukoliko je porota bila u punom sazivu od 23).

2. PRAVA OPTUŽENOG U ODNOSU NA OPTUŽBU TUŽIOCA

2.1. Prava iz Petog amandmana na Ustav SAD

Iz samog Petog amandmana proizlazi da on nije bio namijenjen da omogući pravo biranja velike porote svim optuženim osobama za sve vrste krivičnih djela u svim slučajevima. Nije bilo planirano ni da zabrani primjenu svih aspekata krivičnog postupka prije nego što osobe koje imaju pravo da biraju veliku porotu uopšte dobiju to pravo. Klauzula velike porote odnosi se na osobu koja se osuđuje na „smrtnu kaznu ili za gnusan zločin“, s tim da slučaj nije nastao u „kopnenim snagama i mornarici ili policiji za vrijeme službe u vrijeme rata ili opšte opasnosti“.

Riječ osoba u Petom amandmanu korišćena je da opiše subjekta u svim pravnim procesima specificiranim u ovom amandmanu – pravo da bude optužen pred velikom porotom, da mu se ne sudi dva puta za isto krivično djelo, pravo da ne bude prisiljen da bude svjedok protiv samog sebe, te pravo da ne bude lišen života, slobode ili imovine suprotno zakonu. Termin osoba izabran je umjesto termina građanin. Osoba se može tumačiti kao svaki pojedinac, ali uključuje, takođe, i kolektivitete (korporacije). Vrhovni sud je ustanovio da je pravo da ne bude prisiljen na svjedočenje protiv sebe (privilegija od samo-optuživanja – engl. *the privilege against self-incrimination*), zasnovano na

poštovanju osobina čovjeka.

*Ex Parte Wilson*⁴ postavila je standardni analitički okvir za određivanje sadržaja kategorije „gnusan zločin“. *Wilson* je argumentovao da sva krivična djela koja imaju potencijal da budu gnusni zločin jesu takva čak iako je u tom slučaju izrečena manja kazna. Što se tiče toga šta podrazumijeva gnusan zločin, to može biti „podložno promjenama u javnom mnjenju od jednog doba do drugog“. Međutim, istorijski gledano, „zatvaranje na prinudni rad“ u „zatvoru ili popravnom domu“ ili „nekoj drugoj sličnoj ustanovi“ činilo je gnusno djelo.

Kada su usvojena Federalna pravila krivičnog postupka (engl. *Federal Rules of Criminal Procedure*⁵), sastavljači zakona su gledali da inkorporiraju ove odredbe. Tako, pravilo 7 Federalnih pravila nalaže da krivična djela moraju biti procesuirana putem optužnog prijedloga (pretpostavljajući da se optuženi ne odriče tog prava) ako spadaju u jednu od ove tri kategorije: 1) za krivično djelo može biti izrečena smrtna kazna; 2) za krivično djelo može biti izrečena kazna više od godinu dana; 3) za krivično djelo za koje učinilac može biti kažnjen zatvaranjem [...] uz prinudni rad.

Izuzetak od Petog amandmana, koji se s rezervom može nazvati vojnim slučajevima (engl. *military cases*), oslikava uvažavanje nezavisne nadležnosti vojnih sudova i procedura koje ovi sudovi upražnjavaju, a koji se uveliko razlikuju od civilnih. Glavna svrha ovog izuzimanja jeste da se sačuva zasebnost vojnog zakona od zahtjeva civilnog suda. Shodno tome, Vrhovni sud je donio odluku da se ovo izuzimanje ograniči samo na aktuelne članove oružanih snaga. Zakon se, prema tome, ne odnosi na članove porodice vojnog službenika koji žive preko mora u vojnim bazama, čak i ako je krivično djelo počinjeno u vojnoj bazi i ima uticaja na čitavu zajednicu. U odnosu na policiju, aktivno članstvo samo po sebi nije dovoljno jer se slučaj mora desiti kada je njen pripadnik bio „u službi za vrijeme rata ili opšte opasnosti“. Isti uslov se ne odnosi na vojsku, tako da njeni pripadnici mogu biti procesuirani od vojnog suda za djela koja su počinili za vrijeme mira. Uz to, dugačka je lista faktora koji se uzimaju u obzir pri određivanju da li je neko krivično djelo vezano za službu.

U sadašnjoj praksi optuženi odgovara kada nakon hapšenja bude dove-

⁴ 114 U.S. 417, 5 S.Ct. 935, 29 L. Ed 89 (1885).

⁵ As amended to December 1, 2022. The original Federal Rules of Criminal Procedure were adopted by order of the Supreme Court on Dec. 26, 1944, transmitted to Congress by the Attorney General on Jan. 3, 1945, and became effective on Mar. 21, 1946.

den pred magistrata⁶, koji potvrđuje njegovo pritvaranje (ili ga otpušta uz jamčevinu), te nalaže da se optužbe protiv njega prosljede velikoj poroti na razmatranje (ili na preliminarno saslušanje – ukoliko je to sljedeći korak u procesu).

2.2. Četrnaesti amandman i procesne garancije (engl. *due process*)

Peti amandman nameće svoju ustavotvornu naredbu samo na federalnom nivou. Činjenica da savezne države nisu bile obavezane klauzulom Petog amandmana o velikoj poroti nije bila kritična u vrijeme usvajanja, jer su sve države već imale svoje vlastite zakone koji su omogućavali optuženom da traži očitavanje velike porote kada je suočen sa ozbiljnim krivičnim djelom.

Usvajanje Četrnaestog amandmana predstavljalo je potencijalnu ustavnu zabranu. Taj amandman se jasno odnosio na sve države, te im zabranio narušavanje „života, slobode ili vlasništva“ (obuhvatajući tako sve sfere krivičnih sankcija) „bez procesnih garancija“. Na ovo se generalno gledalo kao na ekvivalent „zakona o zemljištu“ iz Magna Carta⁷, tako da su ga pojedini autori interpretirali kao obavezno podizanje optužnice ili podizanje optužnice od porote nezavisno od tužioca za sva ozbiljna krivična djela.

Slučaj procesnih garancija došao je do Vrhovnog suda u slučaju *Hurtado v. California*⁸ u kojem se optuženom sudilo za ubistvo, u skladu sa državnim zakonom, u vezi sa informacijom tužioca koja je bila data za vrijeme preliminarnog saslušanja. Budući da ovaj postupak nije narušio prava optuženog, Vrhovni sud je usvojio pravilo koje je postalo poznato kao *fundamentalna pravičnost* (engl. *fundamental fairness*) interpretacije Četrnaestog amandmana. Osnovno pitanje u slučaju *Hurtado* jeste da li je zakonodavno tijelo države Kalifornija imalo zakone koji su „unutar limita fundamentalnih principa slobode i pravde koji su postali temelj svih naših građanskih i političkih institucija“. I dok je glavna komponenta ovih zakona

⁶ Sudija, magistrat u kojem sudu neplaćeni sudija, mirovni sudija, pravno obrazovani službenik. *Magistrate judge*, magistratski sudija, sudija koji pomaže okružnom sudiji (*district judges*) u pripremi predmeta ili donosi presudu kad se obje strane slože.

⁷ Magna Carta Libertatum je povelja koju je 15. juna 1215. godine izdao engleski kralj John Lackland nakon što je izgubio rat s pobunjenim baronima. Povelja predstavlja svojevrsni ugovor između kralja i njegovih plemića u kojem su potonjim garantovana prava koja se više ne mogu ograničiti vladarevom samovoljom. Magna Carta je predstavljala prvi pisani ustavni dokument u engleskoj istoriji i presedan kojim je ustanovljen princip ljudskih i građanskih prava u anglosaksonskoj pravnoj tradiciji.

⁸ 110 U.S. 516, 4 S.Ct. 111, 28 L. Ed 232 (1884).

bila pružanje adekvatne zaštite protiv proizvoljne upotrebe moći države, a velika porota pruža takvu zaštitu, njena uloga u ovom slučaju nije ni približno bitna koliko njeno zahtijevanje pravičnog tretmana optuženog.

Odluka Vrhovnog suda u slučaju *Hurtado* čvrsto se oslanjala na istorijske dokaze koji sugerišu da se obavezno podizanje optužnice ili podizanje optužnice od porote nezavisno od tužioca za sva ozbiljna krivična djela pred velikom porotom nikada nije smatralo jedinim načinom pokretanja optužnice koji je u skladu sa iskonskim vrijednostima *common law*. Vrhovni sud je istakao strukturu Petog amandmana, smatrajući da pravičan tretman u Četrnaestom amandmanu treba da ima isti sadržaj kao i tretman u Petom amandmanu. Argumentovao je da pravičan tretman u Petom amandmanu „očigledno ne uključuje, *ex vi termini*⁹, institucije i procese velike porote“, jer da ima takav sadržaj, ne bi bilo potrebe da se dodaje u Peti amandman odvojena klauzula o velikoj poroti.

U godinama nakon što je završen *Hurtado* slučaj, Vrhovni sud je dramatično promijenio svoj pristup procesnim garancijama, zagwarantovanih Četrnaestim amandmanom. Zauzeo je stav da samo postojanje tog prava u Petom amandmanu jasno sugerise da je to pravo jedno od „fundamentalnih principa slobode i pravde koji su postali temelj svih naših građanskih i političkih institucija“. Kao rezultat toga, Vrhovni sud je smatrao da pravičan tretman zagwarantovan Četrnaestim amandmanom obuhvata sve garancije koje se odnose na krivično gonjenje u Bill of Rights¹⁰.

2.3. Nadležnost za optužni prijedlog

Nadležnosti koje se obično označavaju kao „nadležnosti za optužni prijedlog“ su one u kojima se optuženom omogućava da ne odgovara za počinjeno djelo ukoliko optužni prijedlog nije podigla velika porota (ili podignut optužni prijedlog od porote nezavisno od tužioca za sva ozbiljna krivična djela).

U federalnom sistemu pravo optuženog na veliku porotu uspostavljeno je i definisano kombinacijom Petog amandmana i Pravila 7 Federalnih

⁹ *Eks vi termin* znači da je nešto dokazano samim značenjem korištenih riječi.

¹⁰ Bill of Rights, u Sjedinjenim Državama, obuhvata prvih deset amandmana na Ustav SAD, koji su usvojeni kao jedinstvena cjelina 15. decembra 1791. godine i predstavljaju kolekciju međusobnog jačanja garancija individualnih prava i ograničenja za savezne i državne vlade. Bill of Rights potiče iz Magna Carta (1215), engleskog Bill of Rights (1689) i kolonijalne borbe protiv kralja i Parlamenta i postepenog širokog koncepta jednakosti američkog naroda.

pravila krivičnog postupka. Pravilo 7 ne garantuje nikakva prava za osobu optuženu pred velikom porotom koja se već ne podudaraju sa Petim amandmanom. Međutim, razlikuje se od njega u jednom bitnom pogledu; ono se odnosi samo na klasični optužni prijedlog, a ne na optužni prijedlog podignut od porote nezavisno od tužioca za sva ozbiljna krivična djela.

Skoro polovina američkih država garantuje osobama optuženim za teža krivična djela pravo da insistiraju da im optužbu razmatra velika porota. Neke države imaju ustavne mjere koje garantuju pravo na podizanje optužnog prijedloga od porote nezavisno od tužioca za sva ozbiljna krivična djela, kao alternativu uobičajenoj optužbi. Barem u nekoliko nadležnosti, velika porota ne može samoinicijativno pokrenuti optužni prijedlog bez pristanka tužioca. Ipak, neke od ovih država su zakonom ili sudskom odlukom apostrofirale obavezu tužioca da podnese optužnicu koju sastavi porota.

2.4. Ograničenje od prava na razmatranje optužbe pred velikom porotom

Odredba o velikoj poroti u Petom amandmanu i slične u državnim ustavima ne spominju mogućnost odricanja od prava na razmatranje optužbe pred porotom. Vodeći se tom analogijom, većina sudova koji su razmatrali ovaj slučaj smatrali su da ustavna odredba o velikoj poroti potpada pod kategoriju ličnog prava optuženog, te, shodno tome, optuženi može da ga se odrekne. Međutim, u nekim državama nije dozvoljeno odricanje od razmatranja optužbe pred velikom porotom za krivična djela za koje su zapriječeni smrtna kazna ili doživotni zatvor.

Odricanje se najčešće dešava kada optuženi prizna krivicu. U mnogo slučajeva do odricanja dolazi zbog zahtjeva tužioca, kao dio dogovora o priznanju krivice, ali optuženi koji planiraju da priznaju krivicu vjerovatno će se odreći prava na veliku porotu – kako bi ubrzali proces. U slučajevima gdje optuženi namjerava da ide na suđenje, zdrav razum ne nalaže odricanje čak i ako je sigurno da uključivanje porote neće pomoći optuženom (tj. da će ga porota sigurno proglasiti krivim).

Različiti faktori utiču na to da tužilac karakteriše neki slučaj za razmatranje pred velikom porotom. U mnogim slučajevima predmet je doveden pred veliku porotu jer je tužiocu bila potrebna istraživačka moć porote u razvijanju slučaja. Jednom kada je velika porota ostvarila dovoljno dodatnih dokaza da podrži optužbu, predložena optužba se dostavlja velikoj poroti. Iako je tužilac mogao tražiti od porote da ne uradi ništa drugo nego da istra-

žuje i onda nastaviti bez njih, to ne bi bilo korisno za buduću saradnju s njima.

Nakon što je slučaj podnesen velikoj poroti na istraživanje, ona ostaje dio procesa odlučivanja. Kada je slučaj u potpunosti istražen, manje je vjerovatno da će tužilac iskoristiti veliku porotu, ali posebne okolnosti mogu usmjeriti tužioca u tom pravcu. U posebnim slučajevima, radi efikasnosti ili ostvarivanja taktičke prednosti, tužilac može poželjeti da izbjegne preliminarno saslušanje i slučaj iznijeti pred veliku porotu, te dobiti optužni prijedlog prije nego što bi se inače održalo preliminarno saslušanje. U politički osjetljivim situacijama tužilac se može okrenuti velikoj poroti kako bi dobio vjetar u leđa protiv nepovoljne reakcije javnosti.

Prepoznajući situaciju kada će odluka da se optuži podići veliku prašinu, tužilac može tražiti veliku porotu kako bi podijelio odgovornost s njima. Povremeno, tužilac može stvarno željeti mišljenje porote o tome da li nastaviti sa optužbom. Tako, tužilac može osjetiti da okolnosti slučaja mogu prevagnuti na bilo koju stranu, te da konačna odluka treba da bude na velikoj poroti i njenom smislu za društvene standarde. Slično tome, tužilac može imati poteškoća sa kredibilitetom ključnog svjedoka i ne željeti da nastavi postupak ukoliko porota ne smatra svjedoka vjerodostojnim.

3. STRUKTURA VELIKE POROTE

3.1. Sastavljanje velike porote

Velika porota smatra se glasom zajednice i uglavnom je predstavnik zajednice, koliko i mala. Gotovo u svim nadležnim jurisdikcijama sistem koji se koristi za odabir osoba koje će se pozvati za funkciju u velikoj poroti (popis mogućih porotnika – *array* ili izbor porote – *venire*) isti je kao i onaj pri odabiru male porote. U federalnom sistemu, kao i u većini država, sastav i male i velike porote određuje se metodom slučajnog izbora (engl. *random selection*) sa predstavničke liste.

Mnogo manji broj država koristi neku vrstu sistema ključnog čovjeka (engl. *key-man*) u odabiranju malih i velikih porota. Sistem ključnog čovjeka se koristi i za odabir velike porote kod država koje su se prebacile sa slučajnog izbora malih porota, ali nastavile da garantuju diskreciju u odabiru velike porote. Sistem ključnog čovjeka garantuje diskreciju osobi ili grupi osoba koja vrše odabir sastava ili veće grupe nominovanih od kojih će sastav biti nasumično odabran. Uz to, predsjedavajućeg velike porote obično imenuje sud, a ne porota.

Uobičajeni zakonom propisani uslovi za nominaciju su ti da osoba mora imati dobar moralan karakter (engl. *good moral character*) i zdravu moć rasuđivanja (engl. *sound judgement*). Uglavnom, osoba koja vrši odabir pouzdaće se na lično znanje o nominovanom ili na predstavnika zajednice (tj. ključnog čovjeka), oslanjajući se na njegovo šire znanje o zajednici. Osobe nominovane na ovaj način vrlo vjerovatno neće predstavljati sve slojeve društva, za razliku od osoba koje su nasumično odabrane sa liste glasača. Međutim, osobe koje vrše odabir često dobiju instrukcije da se pobrinu da njihova preporuka uključuje sve rasne i društveno-ekonomske segmente zajednice.

3.2. Kontrola nad dokazima

Kao što je rečeno, tužilaštvo, kroz svoj eks parte predstavljanje slučaja protiv optuženog, vrši primarnu kontrolu nad dokazima koji će biti predočeni velikoj poroti. Kao mjera praktičnosti, ta primarna kontrola može postati i potpuna, ali pravna struktura porote ne dozvoljava takav potpuni autoritet tužiocu. Ona uslovljava kontrolu tužioca nad dokazima sa barem nekoliko teoretski bitnih ograničenja, koji proizlaze iz nezavisnosti porotnika, supervizije nadležnog autoriteta suda, te opšte odgovornosti tužioca da traži pravdu prije nego pobjedu.

U početku, mnoge jurisdikcije, održavajući tradiciju, dozvoljavaju porotnicima da, pored tužiočevog predstavljanja slučaja, uzmu u obzir svaku informaciju koju su porotnici lično dobili, a koja se tiče slučaja koji je u pitanju. Naravno, takvo pravo je danas manje bitno u velikim zajednicama. Pored neuobičajenosti u kojem je slučaj došao pred samu porotu (npr. laganje pri svjedočenju pred velikom porotom), porotnici će rijetko imati bilo kakvog dodatnog znanja o slučaju koji im je tužilac predstavio.

Velika porota može, i pored predstavljanja slučaja od tužioca, da postavlja pitanja svjedocima koje je ponudio tužilac. Tužilac ponekad zahtijeva da porotnici postavljaju pitanja preko njega kako bi bio siguran da su postavljena u odgovarajućoj formi i sadržaju. Kada se tužilac i porotnik ne slažu u relevantnosti ili umiješnosti pitanja porotnika, portparol porote može riješiti slučaj kao predsjedavajući službenik, iako to može završiti glasanjem porotnika. Naravno, na kraju, nesuglasicu može riješiti predsjedavajući porotnik.

Porotnici takođe mogu, pored dokaza tužioca, tražiti da budu saslušani dodatni svjedoci ili da im budu dostavljeni materijalni dokazi (npr. dokumente). Takav zahtjev spada u jasno uspostavljena prava velike porote kako bi upotpunila svoju istragu i tako prikupila sve relevantne dokaze. Zahtjev velike porote za dodatnim dokazima može biti implementiran na više načina (npr.

putem automatskog izdavanja sudskog poziva na njihov zahtjev ili velika porota može naložiti tužiocu da uputi poziv dodatnim svjedocima). U praksi, naravno, porotnici će rijetko zahtijevati dodatne dokaze. Mnogo češće, oni neće ni biti svjesni osoba koje bi ih mogle opskrbiti dodatnim relevantnim dokazima, posebno onim oslobađajućim. Čak i ako porota iz jednog izvora ili drugog sazna da bi određena osoba mogla posjedovati oslobađajuće dokaze, porotnici će u većini slučajeva biti naklonjeni objašnjenju tužioca zbog kojeg taj svjedok ne bi trebalo da bude pozvan na svjedočenje.

U mnogo jurisdikcija kontrola tužioca nad predstavljenim dokazima može biti oborena nadzornim autoritetom suda djelujući na vlastitu inicijativu. Nadzorni sudija (obično sudija koji sastavlja porotu) uglavnom ima autoritet da naredi da velika porota razmotri određene dokaze gdje je neophodno kako bi se spriječila pogreška pravde (engl. *miscarriage of justice*). Međutim, nadzorni sudija će i sam manje biti svjestan oslobađajućih dokaza nego porota. Odsječen od komunikacije sa tužiocem, porotnicima i optuženim – sudija uglavnom neće ni znati koji su dokazi (ili koji nisu) predloženi poroti.

Mnogo efikasnije ograničenje tužiočeve kontrole nad dostavljenim dokazima dolazi od obaveze tužioca da dostavi poznate oslobađajuće dokaze (engl. *exculpatory evidence*). Međutim, sve jurisdikcije ne prepoznaju takvu obavezu i njen obim varira u onim jurisdikcijama u kojima postoji. Generalno govoreći, ta obaveza zahtijeva predložavanje dokaza za koje bi velika porota mogla smatrati da negiraju krivicu optuženog. Prijetnja takvog izazova može podstaći tužioca da pristupi suđenju sa ekstremnim oprezom, čak i kad ima sumnju da li su dokazi dovoljno važni da bi potpadali pod ovu kategoriju. Čak i kada tužilac postupi shodno tome, ova obaveza ima ograničenu važnost, jer ni sam tužilac često neće biti svjestan oslobađajućih dokaza.

3.3. Mogućnost svjedočenja optuženog

U gotovo svim jurisdikcijama zahtjev optuženog za svjedočenjem pred velikom porotom se pravno tretira kao i zahtjev za izvođenje bilo kojeg drugog dokaza. U stvari, ovdje će najvjerovatnije tužilac i velika porota imati potpuno i neograničeno ovlašćenje u ispunjavanju ovog zahtjeva, ali je vrlo vjerovatno da takvo svjedočenje neće biti smatrano kritičnim oslobađajućim dokazom. Praksa je da tužioci pristaju da optuženi svjedoči za sebe ako ni zbog čega drugog onda da tužiocu pruži mogućnost unakrsnog ispitivanja potencijalnog optuženog. Ali, ovo opšte pravilo strategije, kao i svako drugo, podliježe izuzecima. Barem u onim jurisdikcijama u kojima svjedok ima pra-

vo na prisustvo advokata, pojaviće se posebne situacije u kojima će rizik od svjedočenja umanjiti svoje potencijalne prednosti.

3.4. Dokazna pravila

Većina jurisdikcija primjenjuje u potpunosti dokazna pravila i na proceduru velike porote. Nešto manja grupa država primjenjuje i ograničene izuzetke (prihvatanjem zamjene pravila rekla-kazala – *hearsay*, kao u slučaju kad vještak izvještava o materijalnom dokazu).

3.5. Pravni savjet

Tužilac ne služi samo da predstavlja svoje slučajeve velikoj poroti, već je primarni pravni savjetnik ove porote. Napetosti u produkciji tih naizgled protivrječnih uloga imaju tendenciju da se moderiraju.

3.6. Količina dokaza

Približno, trećina država propisuje za podizanje optužnog prijedloga utvrđenje osnovane sumnje (engl. *probable cause*) da je optuženi učinio krivično djelo. Nešto manja grupa država koristiti *prima facie* dokazni standard. Druga grupa država nema jasan presedan prema važećim standardima. U federalnim sudovima uređeni standard je očito osnovana sumnja, ali neke sudije koriste *prima facie* instrukcije.

Porota može optuženog proglasiti krivim samo ako je uvjeren da je optuženi kriv izvan svake razumne sumnje (engl. *beyond any reasonable doubt*). U većini jurisdikcija ne dopušta se sudska ocjena dostatnosti dokaza pred velikom porotom.

3.7. Odluka o optužnom prijedlogu

U *common law* sistemu za odluku o optužnom prijedlogu potrebni su potvrdni glasovi većine članova velike porte. Porota ima 23 člana, a najmanje 12 mora podržati odluku o krivici. Ako većina ne podržava odluku o krivici optuženog, velika porota će vratiti utvrđenje kao „ne znamo“ (engl. *ignoramus*¹¹ – *we ignore it*) ili „nema osnova za podizanje optužnog prijedloga“

¹¹ Riječi kojima porota odbija optužbu zbog nedostatka dokaza.

(engl. *no bill*) kao odgovor tužiocu. Federalni sistem poznaje veliku porotu od maksimalno 23, a traži 12 afirmativnih glasova za krivicu. Federalno pravilo 6(a) propisuje da se porota sastoji od ne manje od 16 niti više od 23 člana. Naravno, kad se smanjuje broj članova porote, 12 glasova je i dalje potrebno za odluku o krivici, tako da ako je broj članova porote smanjen do 16, tri četvrtine potvrđnih glasova je neophodno za ovu odluku.

Porota zadržava potpunu nezavisnost u odbijanju optužbe. To uključuje ovlašćenje da se odbije optužba čak i tamo gdje prezentovani dokazi jasno upućuju na količinu dokaza koji su potrebni za optužni prijedlog.

3.8. Ponovno podnošenje optužbe

Odbijanje optužbe ne isključuje mogućnost da se slučaj ponovo pojavi pred velikom porotom. Obično se zahtijeva prezentovanje novootkrivenih dodatnih dokaza.

3.9. Zahtjevi tajnosti

Zahtjev tajnosti osigurava zaštitni tampon za veliku porotu u odlučivanju hoće li podnijeti optužni prijedlog. To treba da ojača istražnu funkciju velike porote. Zahtjevi za tajnost su dizajnirani kako bi se zaštitila nezavisnost velike porote u svojoj odluci. Oni služe kako bi se osiguralo da se rasprava u poroti odvija slobodno od pritiska koji bi se inače mogli nametnuti potencijalnom optuženom i njegovim prijateljima ili suprotnoj strani.

Federalno pravilo 6(e)3(C) (ii) predviđa objavljivanje porotnih materijala kada je to dopušteno od suda na zahtjev optuženog. Tipični standardi po kojima sud naređuje ovo objavljivanje jesu da je odbrana uspostavila preliminarnu znatnu vjerovatnost u cjelini ili predrasude u nepravilnosti u vođenju velike porote.

3.10. Transkripcija

Transkript sa zasjedanja porote pomaže porotniku u ocjeni dokaza i omogućava porotnicima koji su propustili sjednice da dobiju cjelovitu sliku o dokazima koji su prezentovani. Snimak ima uticaja i na to kako su neki svjedoci pristupali u davanju iskaza, vjerovatno podstiče istinitost njihovih iskaza i smanjuje sklonost tužilačke zloupotrebe na veliku porotu.

4. EFIKASNOST VELIKE POROTE

Kritičari velike porote imaju tendenciju da spadaju u tri kategorije: (1) oni koji bi ukinuli ulogu porote; (2) koji će reformisati porotu i zadržati je kao glavnu kontrolu agencija i (3) koji će zamijeniti porotu pripremnim ročištem – prethodnim saslušanjem (engl. *preliminary hearing*) ili nekim drugim postupkom iako je zadržavanje porota potrebno koristiti u posebnim okolnostima.

Druga grupa kritičara vjeruje da reforma velike porote može okrenuti porotu u prilično efikasan organ. Oni prvenstveno ukazuju i na sljedeće reforme (već postoje u barem nekim jurisdikcijama): (1) zahtjev tužiocu da iznese sve raspoložive oslobađajuća dokaze; (2) koja zabranjuje tužiocu da koristili dokaze koji su ustavno nedopušteni na suđenju; (3) zabranjuje korišćenje rekla-kazala svjedočenja za podupiranje optužbe, osim u usko definisanim uslovima. Kritičari u prvoj grupi smatraju takve reforme nedovoljnim da opravdaju zadržavanje porote.

I pristalice i kritičari ponekad karakterišu veliku porotu kao veliki sudski proces koji je uglavnom ujednačen u cijeloj zemlji. Postoje, međutim, brojne varijacije koje se odnose na porotnu nezavisnost i standarde za optužbu. To su varijacije: (1) metoda koja se koristi u odabiru porote; (2) dužina porotnog roka; (3) priznanje izazova pristrasnosti porotnika; (4) veličina porote i udio porotnika koji moraju glasati za optužni prijedlog; (5) autoritet tužioca za ispitivanje svjedoka preko porote; (6) priznavanje obaveze tužioca da predstavi poznate oslobađajuće dokaze; (7) priznavanje prava potencijalnog optuženog da svjedoči; (8) obim primjene pravila dokaza na postupak velike porote; (9) korišćenje standardnih uputstava u tužilačkim optužbama o pravnim elementima krivičnih djela; (10) upotreba standarda osnovana sumnja ili *prima facie* standarda potrebnog za podizanje optužnog prijedloga; (11) obim tužilačkog ovlašćenja da ponovo podigne optužbu nakon što je velika porota odbije; (12) dostupnost preispitivanja dovoljnosti dokaza pred velikom porotom u podupiranju optužbe; (13) obim revizije prvostepenog suda o navodnom nedoličnom ponašanju tužioca pred velikom porotom i (14) granice ispitivanja navodnih pogrešaka u porotnom postupku.

U federalnom sistemu i u skoro svim državama osoba kojoj prijete optužba može osporiti sastav velike porote prije nego što ona donese odluku. Federalno pravilo 6(B) tipično je za ovu situaciju. Ono pruža mogućnost osporavanja optužbe na osnovu toga da velika porota nije izabrana ili pozvana ili nije pravno kvalifikovana.

Nedugo nakon usvajanja klauzule Četrnaestog amandmana o jednakoj zaštiti, država je zabranila rasnu diskriminaciju pri izboru porote. Iako optuženi u državnom tužilaštvu nema savezno ustavno pravo na preispitivanje porote, on ima pravo na jednaku zaštitu od strane zakona. Pod uslovom da je pravovremeni prigovor podnesen, optužni prijedlog velike porote ne može opstati bez obzira na to što je izneseno dovoljno dokaza, jer rasna diskriminacija udara u fundamentalne vrijednosti pravosudnog sistema u cjelini. Na osnovu Petog amandmana i klauzule o zakonitosti postupanja (engl. *due process of law clause*), ista zabrana se odnosi na rasnu diskriminaciju pri izboru porote u federalnim slučajevima.

Iako nekoliko jurisdikcija neće dozvoliti da se ospori optužba koja se zasniva na neustavnim temeljima, velika većina smatra da će kršenje bar nekih zahtijevati odbacivanje optužbe iako se to neće svoditi na ustavnu grešku. Ta kršenja obično moraju biti veoma značajna da bi kršila osnovna pravila zakonitosti postupanja.

Porotnicima velike porote obično se savjetuje u trenutku njihovog zasjedanja da ne bi trebalo da učestvuju u razmatranju određenog slučaja ako je njihov glas motivisan na osnovu prijateljstva ili mržnje ili neke druge slične emocije. Ako tužilac ima razlog da posumnja da je određeni porotnik pristrasan zbog neke specijalne veze sa žrtvom, može tražiti od suda da odstrani tog porotnika.

Manje od polovine američkih država ima zakon o diskvalifikaciji porotnika u slučaju ako su pristrasni. Oko polovine ovih odredaba ograničeno je na ljude koji imaju posebnu povezanost sa slučajem. Većina država nema odredbe o diskvalifikaciji pristrasnosti i ne dozvoljavaju osporavanje optužbe koja se zasniva na navodnoj pristrasnosti određenih porotnika¹².

*Costello v. United States*¹³ je uticajno pravilo Vrhovnog suda koje se odnosi na zahtjeve odbrane za izuzeće osude federalne velike porote zasnovane na navodnoj inkompetentnosti i nedovoljnosti dokaza pred velikom porotom. U *Costellu* se tužilac u potpunosti prije velike porote oslonio na svjedočenje

¹² U slučaju *United States v. Mechanik* [475 U.S. 66 (1986)] Vrhovni sud je napravio razliku u odnosu na tvrdnju prezentovanu u slučaju *Rose and Vasquez*. Sud je zabilježio da, uzimajući u obzir sve što je vodilo odbacivanju „konačnog ubjeđenja“ u tim slučajevima – „postoji mali spoljni uticaj u izlaganju velike porote u smislu rasne diskriminacije“. Sud je izrazio uvjerenje da „rasna diskriminacija u odabiru velikih porotnika je toliko opasna i ostali lijekovi tako nepraktični, da je lijek automatskog poništenja bio neophodan kao zaštita odvratanja od rasne diskriminacije u velikoj poroti ubuduće“.

¹³ 350 U.S. 359 (1956).

trojice vladinih agenata koji su sumirali ono što je kasnije postalo svjedočenje 144 svjedoka na suđenju. Osuđeni je osporio takav postupak jer je velika porota i prije samog svjedočenja ustanovila da ono ne bi bilo prihvatljivo na suđenju i da bi zbog toga postojao nedostatak dokaza koji podržavaju optužbu. Vrhovni sud je istakao da Peti amandman nije sprečavao osude zasnovane na isključivo rekla-kazala i bilo bi neprikladno da Sud nametne takve zabrane u vršenju svojih nadzornih moći nad postupkom u saveznim sudovima.

U svakom slučaju, mišljenje u *Costellu* stavlja značajan akcenat na istoriju i tradiciju velike porote. Odredba velike porote u Petom amandmanu preuzima veliku porotu koja „djeluje bitno, kao i njegov engleski osnivač“. Engleska velika porota nije bila „ometena rigidnim proceduralnim ili dokaznim pravilima“, ali je mogla djelovati na „takve informacije pošto su se činile zadovoljavajuće“, uključujući „svoje sopstveno znanje“. Djelovali su samostalno i bili „oslobođeni od kontrole Krune ili sudija“. Ova tradicija „tijela nestručnjaka, oslobođenih tehničkih pravila“ bila je priznata početnim odlukama u ovoj zemlji smatrajući da sud ne bi mogao „ispitati presudu velike porote na osnovu dokaza da li je nalaz velike porote zasnovan na dovoljno dokaza“. Dakle, tvrdnja optuženog iz Petog amandmana u suprotnosti je sa „cijelom istorijom institucije velike porote“.

Mišljenje u *Costello je*, štaviše, odbacilo izazove ne samo u pogledu nadležnosti za dokaze, nego i svoje valjanosti da se utvrdi količina dokaza potrebnih za optužbu. Ova dva pitanja mogla su biti i razdvojena. Sud može da dozvoli korišćenje dokaza koja bi bila neprihvatljiva na suđenju, ali bi onda insistirao na tome da takvi dokazi imaju dovoljnu dokaznu težinu da bi uspostavili osnovanu sumnju. Sudija Black je, međutim, posmatrao izazove valjanosti i kompetentnosti kao jednako nedosljedne sa istorijskom ulogom velike porote.

Naknadni slučajevi Vrhovnog suda proizveli su opštu reaffirmaciju širine *Costello* principa. Dakle, niz odluka su pokazale da optužba neće biti predmet izazova u saveznim sudovima čak i kada se zasnivaju na protivustavno dobijenim dokazima. U odluci *United States v. Calandra*¹⁴ Vrhovni sud se oslanjao na *Costello* princip u odbijanju da donese odluku koja bi spriječila razmatranje dokaza porote dobijenih preko protivustavnih pretresa i zapljene. Navodeći *Costello* i široko čitanje *Costelloa* u kasnijim slučajevima, Vrhovni sud u *Calandri* konstatovao je da su izvori informacija velike porote široko izvučeni, te da na validnost optužbe ne utiče karakter dokaza uzetih u obzir.

¹⁴ 414 U.S. 338, 94 S.Ct. 613, 38 L.Ed.2d 561 (1974).

Dakle, važeća optužba nije predmet izazova na osnovu toga da je velika porota djelovala na osnovu neadekvatnih i nekompetentnih dokaza ili čak na osnovu informacija dobijenih kršenjem privilegije optuženog iz Petog amandmana protiv samooptuživanja.

Mnogi niži federalni sudovi nisu bili u potpunosti zadovoljni širinom *Costello* odredaba. Oni su naglasili da je postojala i potreba da se odgovori na „rastuće korišćenje” porote kao zaloge ili „čistog sredstva tužioca”. Ovi sudovi su nastojali da uspostave stanicu na pola puta između punog pregleda nadležnosti i adekvatnosti dokaza i odbijanja da se razmotre dokazni izazovi pod bilo kojim okolnostima. Ta stanica na pola puta zasnovana je na doktrini nadzorne kontrole nad tužilačkim lošim vladanjem.

Značajne su i podjele o drugim aspektima tužilaštvene prezentacije dokaza. Niži federalni sudovi bili su oštro podijeljeni o tome da li je tužilaštvo imalo obavezu da objelodani poznati okrivljujući materijal i, ako jeste, koliko se ta obaveza produžuje. Manje sudova se bavilo izazovima prezentacije tužilaštva optuženičkog imunizovanog svjedočenja pred velikom porotom koja ga je kasnije optužila.

*Bank of Nova Scotia v. United States*¹⁵ uključuje izazov za optužbu, tvrdeći da postoje razna djela tužilačkog neprikladnog ponašanja pred velikom porotom, koja su odobrena od prvostepenog suda. U prilog svom odbacivanju optužnice u *Bank of Nova Scotia*, prvostepeni sud je zaključio da su optuženi bili prevareni od strane svjedočenja pred porotom o poreskim agentima koji su dali obmanjujući i netačan rezime dokaza prethodno prezentovanog pred porotom. Međutim, Vrhovni sud je zaključio da prezentacije dokaza, čak i ako su lažni i obmanjujući, ne predstavljaju odgovarajući osnov za odbacivanje optužbe pošto se nije dokazalo nijedno nepropisno ponašanje tužilaštva u vezi sa ovim dokazima.

I *Mechanik* i *Bank of Nova Scotia* su postavile značajna ograničenja na federalne sudske vlasti da odbace optužbu zbog nedosljednosti tužioca (ili lošeg odnosa – ponašanja tužioca) u predstavljenim dokazima pred velikom porotom. *Mechanik* je uticao na preispitivanje odluke apelacionog suda. *Bank of Nova Scotia* je sugerisala da bi sporovi zasnovani na predstavljanju lažnih svjedočenja, pogrešne upotrebe glasina ili neuspjeh pri otkrivanju oslobađajućih dokaza bili uspješni ako bi odbrana mogla dokazati da je tužilac znao za to.

¹⁵ 487 U.S. 250, 108 S.Ct. 2369, 101 L.Ed.2d.228 (1988).

Većina sudija u *United States v. Williams*¹⁶ je zaključila da kao „bar opšte pitanje” federalnim sudovima nedostaje autoritet da bi samostalno (nezavisno) propisali standard prikladnog tužilačkog ponašanja pred velikom porotom. Gledajući na ovaj ograničeni autoritet, većina u *Williamsu* je smatrala da se ovlaštenje federalnih sudova nije proširilo da nameće tužiocu obavezu da otkrije poznate oslobađajuće dokaze velikoj poroti.

5. OPŠTI PRINCIPI IZAZOVA ZBOG LOŠEG PONAŠANJA

U gotovo svakoj jurisdikciji prepoznaje se ovlaštenje suda da odbaci optužbu, pod barem nekim okolnostima, zasnovanih na tužiočevoj grešci u postupcima velike porote. Da li takvo ovlaštenje postoji u preostalim državama – nije jasno. Nedostatak presedana je vjerovatno zbog rijetke upotrebe velike porote.

Dovoljne osnove za takva odbacivanja nađena su u onome što je okarakterisano kao opšte pravo (engl. *common law*), neizbježno (engl. *inherent*) ili nadzorno (engl. *supervisory*) ovlaštenje suda da zaštiti integritet funkcije donošenja odluka velike porote. Primijećeno je da sudovi moraju poštovati status velike porote kao nezavisnog organa, s tim da sudovi takođe imaju odgovornost da ne prihvataju optužbe koje su proizvod tužiočeve subverzije tog tijela. U opisivanju prakse za ostvarivanje ove odgovornosti sudovi često govore o tužilačkom postupanju koje znatno smanjuje funkciju nezavisnog odlučivanja velike porote. Drugi sudovi, međutim, govore o postupcima koji lišavaju postupke velike porote njihove „pravičnosti i nepristrasnosti”.

Državni sudovi su pregledali različite izvore u odlučivanju šta predstavlja loš odnos – ponašanje (engl. *misconduct*) koje može opravdati odbacivanje neustavnih osnova. Tako, ovaj osnov može biti pronađen gdje je došlo: 1) do kršenja zakonskih standarda koji upravljaju postupcima velike porote, 2) gdje je velika porota prekršila prava predmeta (svjedok ili neko drugi), 3) do neuspjeha tužioca da ispuni obavezu pravnog savjetnika velike porote, 4) do postupaka koji sprečavaju veliku porotu u ostvarivanju njenog nezavisnog ovlaštenja, 5) do obmana u prezentovanju dokaza koja pred porotu stavlja lažni slučaj, u poređenju sa dokazima poznatim tužiocu i 6) do toga da advokatura ide znatno dalje od granica tradicionalnog, što je u velikoj mjeri razvijeno u kontekstu suđenja, ali donekle modifikovanj za veliku porotu.

¹⁶ 504 U.S. 36 (1992).

Prije odluke Vrhovnog suda 1992. godine, u *United States v. Williams*, niži federalni sudovi su ustanovili tužilački prekršaj koji bi zahtijevao odbacivanje optužbe kako bi obuhvatio širi spektar akcija. Takva greška je uključivala: različite aktivnosti ili neaktivnosti u vezi sa predstavljanjem lažnih dokaza, „dokaze iz druge ruke” i oslobađajuće dokaze; tužioca koji radi pod sukobom interesa; tužioca koji daje netačne pravne savjete; tužioca koji svjedoči kao svjedok; tužioca koji daje zapaljive/inflamatorne komentare koji se odnose na slučaj; tužioca koji izražava lično mišljenje o krivici optuženog; tužioca koji predstavlja velikoj poroti optužbe koje su već potpisane (na taj način pokazujući svoje mišljenje); dozvoljavanje neovlašćenoj osobi da prisustvuje svjedočenju svjedoka; tužioca koji komentariše ostvarivanje privilegije protiv samooptuživanja od strane optuženog i sl.

Dok se tužbe za greške porotnika podižu mnogo rjeđe nego tužbe za greške tužioca, sudovi uzimaju u obzir i takve žalbe, prepoznajući nadležnost prvostepenih sudova da odbace optužbe zasnovane na greškama porotnika. Žalbe na greške porotnika obično se odnose na aktivnosti porotnika izvan sudnice – prostorije za porotnike. Sudove su smatrali „izazovima” za optužbe gdje su porotnici učestvovali u nezvaničnim suštinskim raspravama sa svjedocima u toku odmora ili su posjetili mjesto zločina na sopstvenu inicijativu. Porotnik koji se bavi takvim nezavisnim prikupljanjem dokaza čini grešku. Naravno, drugi uticaji kao što su prijatnje i podmićivanja, bili bi osnov za osporavanje optužbe u bilo kojoj jurisdikciji.

Prije odluke Vrhovnog suda u *Bank of Nova Scotia v. United States* nekoliko nižih federalnih sudova je predložilo da bi u vršenju svojih ovlašćenja sudovi mogli odbaciti optužbu jednostavno kao „profilaktičko sredstvo”, dizajnirano da spriječi tužilački prekršaj – grešku, barem tamo gdje je to ponašanje bilo „flagrantno i utvrđeno”. Presude *Bank of Nova Scotia* odbile su upotrebu nadzornih organa na ovaj način. Iako ispravnost profilaktičkih odbacivanja nije bila široko razmatrana u državnim sudovima, sličan rezultat vjerovatno bi bio dostignut u velikoj većini država.

U ograničenim situacijama, države koje su odbile profilaktički autoritet – ovlašćenje odbacivanja, koriste koncept „inherentne predrasude” da opravdaju odbacivanje zbog greške – lošeg odnosa bez pokazivanja posebnih predrasuda. Sudovi su ponudili dvije racionalnosti u karakterisanju greške kao inherentno štetne. Jedna je da je uticaj greške preteško utvrditi i da optuženom mora biti data beneficija – korist sumnje, konačno pretpostavljajući da je optuženi bio sa predrasadama. Druga je da je greška u postupanju velike porote stvorila „strukturni defekt”, koji je lišio veliku porotu njene nadležno-

sti. Oba objašnjenja dijelom proizlaze iz postupanja ka rasnoj diskriminaciji u odabiru velike porote kao inherentno „štetnog”.

Koncept inherentnih predrasuda bio je primijenjen na malu grupu nepravilnih radnji u skriningu velike porote. Najvažnije među ovim su greške u procesima glasanja velike porote. S tim u vezi, države su podijeljene u pogledu toga da li bi neovlašćeno prisustvo uopšteno trebalo biti smatrano inherentno štetnim, sa državama koji daju podršku tom položaju.

Okrećući se standardu koji će biti korišćen u primjeni pravila 52(a), Vrhovni sud je usvojio sljedeću mjeru u slučaju neophodno ispoljene predrasude: „Odbacivanje optužbe je odgovarajuće samo ako se utvrdi da je povreda značajno uticala na odluku velike porote da podigne optužni prijedlog ili ako postoji ozbiljna sumnja da je odluka o podizanju optužbe oslobođena od značajnog uticaja takvih povreda“. Ovaj standard je proizašao iz tradicionalnog federalnog standarda o neškodljivoj grešci (engl. *harmless error*) kojim se uređuje preinačenje osuđujuće presude zasnovane na neustavnoj sudskoj greški (engl. *unconstitutional judicial error*), kako je navedeno u slučaju *Katteakos v. United States*¹⁷. Vrhovni sud je presudio da osuđujuća presuda ne može biti preinačena, osim ako sud poslije razmatranja ne zaključi, nakon što je u potpunosti proučio zapisnik, da je greška možda imala značajan uticaj na ishod postupka.

Gledajući *Katteakos* i *the Bank of Nova Scotia* Vrhovni sud je dao značajan element uticaja njegovog standarda neškodljive greške za postupke velike porote. Mišljenje u *Katteakos* jasno je stavilo do znanja da uticaj greške treba mjeriti njegovim uticajem na odluku porotnika, bez obzira na tačnost odluke koju je donio porotnik. S tim u vezi, prisustvo dovoljnih dokaza za osuđenje ne bi nužno učinilo grešku neškodljivom; pitanje koje treba postaviti bilo je „da li ipak, sama greška ima značajan uticaj“. Konkretna greška je možda bila toliko uticajna da je odigrala važnu ulogu u odluci porote da je optuženi kriv, iako je vjerovatno da bi isti rezultat bio postignut od druge porote koja nije izložena grešci. U okruženju velike porote federalni sud, slično ovome, mora ići dalje od pitanja da li je velika porota imala dovoljno dokaza o krivici. Povreda može biti toliko uticajna da učini vjerovatnim to da joj je velika porota dala veliku težinu.

Oslanjanje Vrhovnog suda na *Kotteakos* ponudilo je manje smjernica u vezi sa drugim elementom standarda *Bank of Nova Scotia* – neophodnom vjerovatnoćom da je povreda imala značajan uticaj. U *Kotteakosu* je kritično

¹⁷ 328 U.S. 750, 66 S.Ct. 1239, 90 L.Ed. 1557 (1946).

pitanje bilo da li bi apelacioni sud mogao reći, sa pravičnom sigurnošću, da se presuda nije značajno zamaglila greškom ili da bi mogao zadržati osuđujuću presudu za koju je siguran da greška nije uticala na porotu ili je imala vrlo mali efekat. *Bank of Nova Scotia* je preformulisala taj standard kako bi se tražilo da se ili utvrdi da je povreda značajno uticala na odluku velike porote da podigne optužni prijedlog ili da postoji ozbiljna sumnja da je odluka o optužbi oslobođena značajnog uticaja povreda. Drugi dio ovog standarda je, očigledno, lakše postići. Zapravo, prvi dio vjerovatno obuhvata drugi. Kada je odbrana utvrdila da je greška značajno uticala na odluku velike porote, sud očigledno ide daleko više nego samo što ima ozbiljnu sumnju u to da li je ta odluka oslobođena značajnog uticaja. Prema tome, kritično pitanje prema sudskom standardu biće ono koji stepen vjerovatnoće značajnog uticaja stvara ozbiljnu sumnju, a po tom pitanju ni *Kotteakos* ni *Bank of Nova Scotia* ne pružaju precizan odgovor.

U *Kotteakosu* je suština u tome da bi sud mogao sa pravičnom sigurnošću reći da porota nije značajno zamagljena greškom. Niži sudovi se nisu složili sa preciznim stepenom vjerovatnoće pravične pouzdanosti (sigurnosti). Međutim, oni se slažu da može biti prisutna pravična sigurnost, bez obzira na minimalne suprotne pokazatelje koji bi uspostavili razumnu sumnju u pogledu uticaja predrasuda. Razumna sumnja je sve što je neophodno da se spriječi pronalazak beznačajne greške za ustavne povrede pod standardom *Chapman v. California*¹⁸ ali se smatra da *Kotteakos* zahtijeva veću vjerovatnoću predrasuda da spriječi takav zaključak o neustavnim sudskim greškama.

U *Bank of Nova Scotia* Vrhovni sud je većinom glasova odlučio da „okružni sud ne smije odbaciti optužbu za greške velike porote osim ukoliko takve greške utiču na optuženog“. Naknadno, mišljenje sadrži ocjenu da Sud nije imao prije slučaj u kome je ili (1) ustavna greška nastupila usljed postupka velike porote, (2) „nezavisnost velike porote povrijeđena“ ili (3) istorija povreda postupka pokreće „ozbiljno pitanje“ u „temeljnu pravičnost“. Primjenjivost preformulisaniog *Katteakos* standarda u ove tri situacije, shodno tome, može biti posmatrana kao otvoreno pitanje¹⁹.

¹⁸ 386 U.S. 18 (1967).

¹⁹ U pogledu načela iz *Petog* amandmana, pošto Vrhovni sud nije utvrdio povredu tog načela, samim tim nije imao potrebu utvrđivati posljedice takve povrede. Na suđenju *Chapmanu* Vrhovni sud je testirao kršenje načela iz *Petog* amandmana u pogledu standarda neškodljive greške, koji zahtijeva ukidanje presude, osim ako sud ne može van razumne sumnje utvrditi da kršenje nije doprinijelo odluci porote.

U *United States v. Mechanik*²⁰ Vrhovni sud je prihvatio pristup da odlučuje u federalnim slučajevima. Ostaje otvoreno pitanje da li se to držanje proteže na sve vrste kršenja ili samo na određene vrste kršenja zakona. *Mechanik* predstavlja navodno kršenje odredbe federalnog pravila 6(d) koje dozvoljava da samo određene osobe, uključujući „svjedoka koji se ispituje“, budu prisutni pred velikom porotom. Ranije se dešavalo da tužilac pred velikom porotom predstavi dva svjedoka tužilaštva koja su se pojavljivala zajedno i svjedočila u tandemu. Zahtjev za izuzeće predstavljen je sredinom suđenja. Okružni sudija odgodio je donošenje presude po zahtjevu optuženih sve dok suđenje nije završeno i optuženi nisu osuđeni.

Većina sudija Vrhovnog suda u predmetu *Mechanic* je smatrala da je bilo povrede odredbe pravila 6(d) i da bi bilo opravdano da je (prvostepeni) sud odbacio optužnicu po osnovu toga da je postojala „stvarna predrasuda i da se o toj činjenici trebalo raspravljati prije nastavka suđenja“. Međutim, budući da je o povredi presuđeno nakon što su optuženi na pravičnom suđenju osuđeni, niži sudovi bi trebalo da je tretiraju kao *per se* neškodljivu grešku.

Sušтина prethodne analize, kako je to Vrhovni sud prepoznao, leži u konačnom značaju odluke o krivici koju daje porota. Sud pretpostavlja da kršenje nije moglo uticati na ishod slučaja zato što bi optuženi u svakom slučaju bio osuđen za krivično djelo. Druga velika porota kojoj bi se prezentovao slučaj s istim dokazima sigurno bi prihvatila optužbu. Većina sudija u *Mechaniku* priznala je da je prilično drugačiji pristup bio primijenjen u ocjeni navoda o rasnoj diskriminaciji u odabiru velike porote.

Niži federalni sudovi podijelili su se oko toga da li *Mechanik* treba shvatati tako široko. Sudovi koji osporavaju takvu primjenu tvrde da je presuda u *Mechaniku* „bila pažljivo oblikovana po vrlo uskim crtama“ i da je uključivala povrede koje su u najgorem slučaju bile tehničke i u najvećoj mjeri uticale samo na utvrđivanje osnovane sumnje od strane velike porote. Ovi sudovi smatraju *Mechanik* neprikladnim za povrede koje se tiču „fundamentalne pravičnosti“, ali ne ograničavaju ovaj koncept na povrede koje predstavljaju negiranje procesnih garancija.

Ostali sudovi usvojili su mnogo šire shvatanje *Mechanika* i držali ga na nivou razmatranja širokog spektra tradicionalnih prigovora o pogreškama. Napominju da obrazloženje *Mechanika* nije zavisilo od tehničke prirode navedenog pravila; treba da je povreda bila dovoljno značajna (do nivoa ustavne povrede) da dozvoljava odbacivanje optužbe. S tim u vezi, mišljenje sudije

²⁰ 475 U.S.66, 106 S.Ct. 938,89 L.Ed. 2d 50 (1986).

Rehnquista u *Mechanicu* daje značajnu podršku gledištu da presuda treba sadržavati ocjenu tvrdnji barem o svim navodnim neustavnim pogreškama.

6. UOBIČAJENE TUŽILAČKE POGREŠKE

a) **Obim prigovora.** Svaki pokušaj kategorizacije prigovora zbog pogrešaka nužno gubi iz vida njihov značajan broj koji se ne uklapaju ni u jedan uobičajeni kalup. Svejedno, čini se da se prigovori grupišu oko određenih osnovnih kategorija pogrešaka. U ovoj raspravi se obično ne uzimaju u obzir razne vrste kršenja zakona koje obično ne bi imale uticaja na odluku velike porote o slučaju koji je prezentovalo tužilaštvo. U ovu kategoriju uključene su takve radnje kao što je namjerno curenje informacija iz materijala velike porote i nepravilno korišćenje procesa velike porote u razvijanju civilne parnice.

U *Bank of Nova Scotia* Vrhovni sud je utvrdio da nekoliko takvih pogrešnih radnji ne mogu opravdati odbacivanje jer svojom prirodom utiču na odluku velike porote da podigne optužni prijedlog. Većina jurisdikcija očito se drži ovog gledišta, iako bi neki sudovi mogli uzeti u obzir takvu grešku pri utvrđivanju da li ukupne okolnosti podražavaju tužilačko podrivanje integriteta velike porote.

b) **Prejudicirajući komentari i informacije.** Standardi Američke advokatske komore (engl. *American Bar Association*) predviđaju da tužilac u svojim izlaganjima pred velikom porotom „ne bi trebalo da daje izjave ili pokuša uticati na radnje velike porote na način koji bi bio nedozvoljen na suđenju pred malom porotom“. Ovaj se standard odnosi i na nedopustive argumente tužilaštva i pozivanje na štetne informacije prilikom ispitivanja svjedoka i uvođenja dokaza. Iako su sudovi često citirali ovaj standard s odobravanjem, njihove presude su sugerisale da njegovo ugrađivanje u standarde neće biti strogo primijenjeno. Tužilac pred velikom porotom „nosi nekoliko šešira“ koje nema procesni tužilac i te uloge treba da budu uzete u obzir u određivanju šta predstavlja pogrešku pred velikom porotom.

Tužilac pred velikom porotom služi kao pravni savjetnik velikoj poroti i njegovo izvršenje te uloge može mu dati prevagu da daje komentare koji ne bi bili dozvoljeni tužiocu na suđenju koji djeluje isključivo kao tužilac. Takođe, tužilac ima vodeću ulogu u primjeni istražnog autoriteta velike porote i ta uloga može zahtijevati referisanje na pitanja koja ne bi mogla biti iznesena pred malu porotu. Konačno, u federalnom sistemu, koji djeluje pod limitacijom iz predmeta *Williams*, sud ne smije uzeti u obzir procesne standarde koji

se navode u standardima Američke advokatske komore osim ako odražavaju zakonsko pravilo, sudsko pravilo ili ustavne standarde primjenjive na veliku porotu.

Jedno ograničenje koje sudovi spremno primjenjuju na tužioca pred velikom porotom je zabrana argumenata ili referenci koji se računaju da rasplamsaju strasti ili predrasude velike porote ili da „ubrizgavaju“ šira pitanja od krivice određenog optuženog. Stoga su sudovi kao povrede zakona okarakterisali sljedeće radnje: (1) ispitivanje svjedoka koji je potencijalni optuženi o irelevantnim ličnim pitanjima u pokušaju da se „diskredituje ili ocrni u očima porotnika“; (2) upoznavanje porotnika s tim da je svjedok osumnjičen za druga ozbiljna krivična djela koja nisu predmet konkretnog suđenja; (3) ukazivanje na krivičnu evidenciju svjedoka kad to nije relevantno za predmet postupka; (4) ukazivanje na odbijanje svjedoka da se podvrgne poligrafskom testiranju; (5) pozivanje porotnika, kroz neosnovana ukazivanja u pitanjima postavljenim svjedocima, da povežu optužene s nepoželjnom kriminalnom grupom; (6) upoznavanje porotnika s tim da je svjedok tražio nagodbu (u vezi s priznanjem krivice) i (7) pozivanje na lični ponos porotnika. Naravno, jedan od aspekata da se dođe do takvog zaključka je da se ocijeni da je materijal u pitanju irelevantan za zadatak velike porote i to pitanje nije uvijek lako razriješiti s pozivanjem na procesne standarde.

U svjetlu dodatne uloge velike porote kao istražnog tijela i njegove široke nadzorne uloge koja ide daleko više od jednostavne dovoljnosti dokaza, ne dešava se nužno da svaka tužilačka referenca na materijal koji bi bio ocijenjen kao irelevantan na suđenju, nužno potpada u istu kategoriju u nadležnosti velike porote. Stoga, u predmetu gdje je optuženi gonjen za seksualno zlostavljanje, velika porota ima odgovornost da istraži sve potencijalne zločine, uključujući i one navedene kao glasine. Takođe, zato što može prikladno obezbijediti „opštu pozadinu i istražne informacije“ velikoj poroti, tužilac može smatrati potrebnim da se osvrne na povezana krivična djela počinjena od drugih lica koja su dio istrage ili objasniti da svjedoci koji će biti pozvani mogu imati problema sa sjećanjem (zbog saosjećanja sa optuženim), ali da je važno saznati „šta oni znaju ili ne znaju“ i da nedostatak sjećanja nije „sasvim loš“ zato što to može potkopati njihov kredibilitet ako bi se kasnije prisjetili u smislu pogodnom za optuženog. Slično, dok tužilac na suđenju jedva da može reći svjedoku da je počinio krivokletstvo, to može biti prikladno pred velikom porotom gdje je tužiočeva svrha ne samo da porotnicima dâ svoju vlastitu ocjenu kredibiliteta svjedoka, već i da omogući istragu sugerišući da svjedok preispita svoje svjedočenje i iznese istinu. Tako, tužilac može da se

osloni na transkripte svjedočenja pred prethodnom velikom porotom, izjavljujući velikoj poroti da je traženo „ponovno optuženje po prethodnoj optužbi druge velike porote“.

Još jedna karakteristika koja razlikuje ono što se dozvoljeno iznosi pred velikom porotom jeste mogućnost ove porote da postavlja pitanja i očekuje odgovore o takvim temama kao što je temeljnost istražnog postupka koju je sprovela država. Takvo ispitivanje može dovesti do toga da tužilac otkrije, na primjer, da je osumnjičeni imao priliku dati izjavu, ali je iskoristio svoja *Miranda* prava²¹. U drugom slučaju, takvo ispitivanje porotnika dovelo je istražnog službenika do toga da informiše veliku porotu da je slika optuženog došla iz foto-dokaza drugog odjela policije, da je ukradena droga uobičajeno korišćena od heroinskih zavisnika i da on vjeruje da je optuženi heroinski zavisnik.

Osnovni element u određivanju da li je tužilac počinio pogrešku u prezentovanju informacija, koja bi mogla biti ocijenjena irelevantnom i prejudicirajućom na suđenju, jeste tužiočeva svrha u prezentovanju informacija i naknadna upotreba tih informacija. Kad se tužilac nije oslanjao na informacije s ciljem da navede veliku porotu da potvrdi optužbu, uglavnom će se pretpostaviti da je tužilac postupao u dobroj vjeri. Stoga, kad tužilac upozori porotnike da ne uzimaju u obzir konkretni irelevantni dokaz, to upozorenje neće biti shvaćeno kao strateški potez koji ima namjeru da porotu podsjeti na taj dokaz. S druge strane, kad tužilac stavi značajan naglasak na određeni nepravilni materijal i jasno ga koristi kao dio zahtjeva da se osumnjičeni optuži, sud će puno vjerovatnije utvrditi postojanje pogreške na nivou dovoljnom da odbaci optužbu. Zaista, čak i neprikladni komentari koji bi inače bili shvaćeni kao komparativno neškodljivi, vjerovatno će izazvati odbacivanje optužbe kad su usmjereni na to da utiču na porotu koja je jasno iskazala nespremnost da potvrdi optužbu.

Mnoge jurisdikcije zaključuju da uloga tužioca kao pravnog savjetnika opravdava formu komentara koji inače ne bi bili dozvoljeni na suđenju. Te

²¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) u kojoj je Vrhovni sud zaključio da Peti amandman na Ustav SAD ograničava tužioce da koriste izjave osobe date kao odgovor na ispitivanje u policijskom pritvoru (engl. *interrogation in police custody*) kao dokaz na suđenju ukoliko ne mogu da pokažu da je osoba bila obaviještena o pravu na konsultacije sa advokatom prije i tokom ispitivanja (engl. *right to consult with an attorney before and during questioning*) i prava protiv samooptuživanja prije policijskog ispitivanja (engl. *the right against self-incrimination before police questioning*), te da optuženi ne samo da je razumio ova prava, već ih se i dobrovoljno odriče.

jurisdikcije će dozvoliti tužiocu da saopšti velikoj poroti vlastito mišljenje o potpunosti slučaja države. Pritom, standardi Američke advokatske komore navode da tužilac može „izraziti mišljenje o pravnom značaju dokaza“, iako navode da takav iskaz „treba uvažavati status (velike porote) kao nezavisnog tijela“. Zaista, ovi standardi zahtijevaju da tužilac poroti predloži da ne optuži kad „vjeruje da dokazi prezentovani ne opravdavaju optuženje prema primjenjivom pravu“. Ipak, svi sudovi ne prihvataju tužiočev autoritet da izrazi lično mišljenje o dokazu koji je štetan za optuženog. Neki sudovi neće dozvoliti tužiocu da ide dalje od prezentovanja istih generalnih argumenata koji bi bili dozvoljeni na suđenju.

Izjave o opštoj snazi dokaza su prihvatljive, ali ne u formi ličnih zaključaka ili preporuka da se potvrdi optužba. Ta pozicija se oslanja na pretpostavku da tužioca uloga pravnog savjetnika jednostavno stavlja u identičnu ulogu kao sudiju na suđenju, kome ne bi bilo dozvoljeno da iznosi svoje lično mišljenje. Sudovi koji odbacuju ovaj stav, koji dozvoljavaju iznošenje ličnog mišljenja, smatraju davanje pravnog savjeta kao proširenje na primjenjivost prava na prezentovane činjenice. Ovi sudovi ne vide mnogo zla u iznošenju ličnog mišljenja o dostatnosti dokaza, posebno kad tužilac podsjeti veliku porotu da nije vezana njegovim mišljenjem i da treba primijeniti svoju vlastitu ocjenu.

Iako se većina jurisdikcija slaže da je postupak pred velikom porotom jednostrana aktivnost koja daje veliku širinu tužiocu u davanju komentara u odnosu na slučaj za optuženje, takođe su saglasni da tužioci ne mogu vršiti pritisak ili prinuditi veliku porotu da potvrdi optužbu. Tužiočeva stalna prisutnost dok velika porota glasa obično se smatra vidom pritiska, posebno kad tužilac iskoristi tu priliku da urgira velikoj poroti da potvrdi optužbu. Nekoliko sudova sugerisalo je da tužiočevi komentari implicitno sugerišu velikoj poroti da se vidi kao dio tužiočevog tima, što takođe može stvoriti pritisak koji utiče na ništavost optužbe.

(c) **Tužiočeva pretpostavka drugih uloga.** Izvjesni navodni prekršaji proističu ne toliko iz pogrešne upotrebe autoriteta tužioca, koji je dio njegove uloge, koliko iz preuzimanja različitih uloga koje nisu usklađene s njegovom ulogom. Jedna takva situacija prisutna je kad tužilac pred velikom porotom ima sukob interesa zbog odnosa sa strankom koja bi mogla da se okoristi od uspješne istrage i optuženja. Posebno, nakon predmeta *Williams*, federalni sudovi ne mogu zanemariti zakonodavstvo, primjenjujući sudski kreiran zaključak šta se može smatrati sukobom interesa. Kad se smatra da postoji sukob interesa, sudovi će često tretirati tužioca u sukobu interesa kao manj-

kav autoritet za postupanje pred velikom porotom koji tako stvara situaciju u kojoj neovlašćena osoba (tužilac u sukobu interesa) izlaže tokom sjednice velike porote.

Analiza sukoba interesa takođe je bila korišćena od sudova da se nađe pogreška u tužiočevim radnjama kad djeluje kao svjedok pred velikom porotom, kao i njihov pravni savjetnik. Ta praksa ne samo da predstavlja prisustvo profesionalne neprikladnosti, već i kreira rizik da će porota dati nepostojeću težinu tužiočevom svjedočenju zbog prestiža njegove kancelarije. Neki sudovi su sugerisali da nema prekršaja kad svjedočenje ne dolazi iz tužiočevog ličnog znanja, već tužilac samo čita velikoj poroti transkript svjedočenja pred prethodnom velikom porotom.

(d) **Povreda svjedočkih prava optuženog.** Različiti sudovi su ili smatrali ili sugerisali da naknadna optužnica može biti osporena zbog povrede od strane velike porote onoga što može biti okarakterisano kao „svjedočka prava“ optuženog, tj. prava optuženog da svjedoči ili da uskrati svjedočenje pred velikom porotom. Vjerovatno, najčešće takvo kršenje uključuje optuženog koji svjedoči s imunitetom pred velikom porotom, a kasnije bude optužen od te iste velike porote. Federalni status imuniteta obezbjeđuje da svjedočenje dato pod naredbom imuniteta ne može biti upotrijebljeno ni u jednom krivičnom slučaju izuzev za krivokletstvo. Oslanjajući se na tu zabranu i njen osnov u Petom amandmanu, federalni sudovi su zauzeli stav da je optužni prijedlog velike porote (za djela izuzev krivokletstva) osnov za odbacivanje ako je podnesena protiv osobe koja je pred velikom porotom svjedočila sa imunitetom. U tom smislu se ukazuje na predmet *Costello* sa osnovom povrede prava optuženog od velike porote. Drugi sudovi su pak smatrali da bi odgovarajući lijek za povredu prava optuženog kad je bio u svojstvu svjedoka bio onemogućavanje korišćenja tog svjedočenja na suđenju, a ne odbacivanje optužbe.

Sudovi takođe priznaju kao pogrešno postupanje i kao mogući osnov za odbacivanje optužbe situaciju tužiočevog negativnog komentara na odbijanje optuženog da svjedoči pred velikom porotom. Takvi komentari spadaju pod generalnu kategoriju irelevantnih i prejudicirajućih komentara. Primijenjeno na potencijalnog optuženog u njegovoj ulozi kao potencijalnog svjedoka, ova taktika ima još više prejudicirajući uticaj.

(e) **Prevara u prezentovanju dokaza.** Vrhovni sud je utvrdio da tužilaštvo na suđenju ima procesnu obavezu da ispravi bilo koji materijalno pogrešan dokaz prezentovan od njihovih svjedoka kad tužilaštvo zna da je taj dokaz pogrešan. Sudovi su se generalno složili da osnovna komponenta te obaveze takođe uključuje i okruženje velike porote, ali njeno tačno utemelje-

nje i obim primjene još su predmet rasprava. Inicijalno, postoje nesaglasnosti da li obaveza ispravke svjesno pogrešnih dokaza ovdje može biti predmet klauzule zakonitosti. Nekoliko sudova se vezalo za zakonitost, utvrđujući na suđenju obavezu primjene tog načela. Mnogi drugi sudovi preferirali su da tretiraju tužiočevo svjesno oslanjanje na lažno svjedočenje kao radnju jasno suprotnu sa ulogom tužioca.

Sudovi se takođe ne slažu oko tačnih elemenata namjere potrebnih za postojanje tužiočeve pogreške prilikom upotrebe lažnog svjedočenja. Još jedno pitanje koje je podijelilo sudove jeste da li uvođenje svjedočenja za koje se zna da može biti sugestivno, ali ne i lažno, treba da bude tretirano na isti način kao svjesno uvođenje lažnog svjedočenja. Ovo pitanje se najčešće pojavljuje u čitanju velikoj poroti odabranih dijelova transkripta svjedočenja datog pred drugom velikom porotom ili prezentovanje tračeva (bez jasnog navođenja da je riječ o traču). Prije predmeta *Williams*, mnogi federalni sudovi tretirali su takvo prezentovanje kao ekvivalent krivokletstva. Nekoliko državnih sudova zauzelo je sličnu poziciju. Relevantni federalni zakoni koji zabranjuju lažne navode, iako nisu nužno ograničeni samo na laži, ne idu tako daleko da obuhvate svjedočenja koja su sugestivna ili koja ne prezentuju sve činjenice.

(f) **Propust da se prezentuju poznati oslobađajući dokazi.** Drugostepeni sudovi u preko 20 država i federalni sistem izjasnili su se o pitanju da li tužilaštvo ima obavezu da prezentuje velikoj poroti barem neke od poznatih oslobađajućih dokaza. Kao rezultat, otprilike trećina država ima stavove koji prepoznaju tu obavezu. Dok se neki od tih stavova oslanjaju na zakonske odredbe koje zahtijevaju od velike porote da razmotri „dostupne dokaze koji će obrazložiti optužbe“, drugi se oslanjaju na procesne garancije ili *common law* autoritet suda nad procedurama velike porote.

Presuda Vrhovnog suda u predmetu *United States v. Williams* stvorila je vodeći precedent kad je odbila obavezu tužilaštva da objelodani poznate oslobađajuće dokaze velikoj poroti. Rješavajući sukob između federalnih sudova, u predmetu *Williams* utvrđeno je da nadzorni autoritet federalnih sudova ne može biti osnov da se odbaci optužba zasnovana na propustu tužioca da prezentuje velikoj poroti „značajne oslobađajuće dokaze“ koje ima u posjedu. Sud je jasno naglasio da ustanovljenje tužilačke obaveze da prezentuje oslobađajuće dokaze velikoj poroti ne bi bilo opravdano čak i kad bi federalni sudovi imali autoritet da propišu procedure velike porote kao dio „*common law* ispravke Petog amandmana“. Zahtijevanje da se razotkriju makar i najznačajniji oslobađajući dokazi „ne bi sačuvalo niti unaprijedilo tradicionalno funkcionisanje“ federalne velike porote, već naprotiv, „to bi izmijenilo isto-

rijsku ulogu velike porote, mijenjajući je od optužnog u sudsko tijelo“.

Velika porota, navodi sud u predmetu *Williams*, „sjedi ne da bi odredila krivicu ili nevinost, već da ocijeni da li ima dovoljno osnova za krivično optuženje“. U tu svrhu, tradicionalno je bilo dovoljno da velika porota „čuje samo tužiočevu stranu“. Zahtijevati prezentovanje oslobađajućih dokaza u stvari bi dalo potencijalnom optuženom glas u ovom dijelu postupka, što je suprotno istoriji i funkciji velike porote. To bi izvjesno „stvorilo bazu za manipulisanje sistema davanjem oslobađajućih dokaza koji bi bili proslijeđeni velikoj poroti, osim ako tužilac nije spreman da rizikuje da sud neće dokaze cijiniti dovoljno bitnim da ih odredi za obavezno objelodanjivanje“.

Državni sudovi koji su prihvatili tužiočevu obavezu da velikoj poroti prezentuje poznate oslobađajuće dokaze imali su različita shvatanja širine te obaveze. Svi se slažu da dokazi moraju biti poznati tužiocu, ali neki smatraju da ovdje, nasuprot obaveze koja je nametnuta na suđenju, znanje tužilaštva može biti ograničeno na individualne tužioce koji prezentuju slučaj velikoj poroti. Primarne razlike u tumačenju za primjenu ove obaveze vezuju se na opisivanje šta spada pod kategoriju oslobađajućih dokaza. Generalno, ta kategorija bila je definisana mnogo uže nego standard zakonitosti materijalnih oslobađajućih dokaza koji moraju biti objelodanjeni na suđenju²².

(g) **Pogrešan pravni savjet.** Kao pravni savjetnik velike porote, tužilac ima obavezu da ovoj poroti da dovoljno informacija u vezi sa primjenjivim pravom kako bi im omogućio da „inteligentno odluče da li je počinjeno krivično djelo“. Ipak, samo nekoliko država ima precedent u vezi sa ovom obavezom. Ovo je tako možda zbog praktičnih prepreka izazvanim instrukcijama. Instrukcije nisu propisane u nekim jurisdikcijama i transkript vjerovatno neće biti dostupan odbrani u svakom slučaju, izuzev u onim jurisdikcijama koje daju takvo automatsko objelodanjivanje. Izvori koji bi mogli biti korisni u činjenju preliminarog pokazivanja, a neophodni su da bi se postiglo objelodanjivanje, najverovatnije se neće odnositi na tužiočeve instrukcije.

Među državama koje priznaju izazove u tužiočevim pravnim instrukcijama svi se slažu da tužilac ne treba dati instrukcije koje ni ugrubo ne pribli-

²² Državne presude su dale različite formulacije ovog užeg zahtjeva objelodanjivanja. Npr. navode da se obaveza razotkrivanja primjenjuje samo na dokaze koji „jasno opovrgavaju krivicu“, koji „direktno negiraju krivicu“, „objektivno opovrgavaju dokaze države“, „direktno negiraju krivicu i direktno su oslobađajući“, „mogu materijalno uticati na odluku velike porote“, „značajno potkopavaju kredibilitet dokaza koji bi vjerovatno imali uticaj na odluku velike porote da optuži“, „imaju takvu težinu da promijene stav velike porote da pronađe osnovanu sumnju“ i koji bi „spriječili izdavanje optužnog prijedloga“.

žavaju obim optužbe pred porotom. Takođe se slažu da instrukcije mogu biti pogrešno navodeće, zbog pogrešaka i propusta, tako da posljedična optužba „neće moći opstati čak i ako je podržana pravno valjanim dokazima“. U nekim državama sud pita da li su instrukcije bile dovoljne da se odobri poroti da odredi da li su izneseni dokazi pravno dostatni. U drugim sud određuje da li su instrukcije bile pogrešne i nedostatne u suštini da stvaraju „flagrantno i preovlađujuće pogrešno ponašanje“ ili djeluju tako da „kompromituju fundamentalni integritet procesa optuženja“.

Sudovi koji su se bavili ovim pitanjem zaključili su da tužilac na zadovoljavajući način obrazlaže optuženje ako jednostavno pročita zakon velikoj poroti. Iskazuju nespornost da se odbaci optužba zato što je propušteno da se obezbijedi dodatni sadržaj.

(h) **Prisustvo neovlašćenih osoba.** Odredbe koje se odnose na tajnost velike porote obično sadrže da nijedna osoba koja nije u sastavu ove porote ne može biti prisutna tokom ocjenjivanja i glasanja, dok samo porotnici, tužioci, osoblje (zapisničari) i svjedok koji se ispituje mogu biti prisutni za vrijeme bilo kog dijela postupka. Generalno je prihvaćeno da povreda odredaba o prisustvu može opravdati predsudsko odbacivanje optužbe, ali postoji podjela kada je riječ o tome da li odbacivanje ovdje treba da bude uslovljeno uobičajenim zahtjevima pojedinačno konkretnih dokaza o vjerovatnoj predrasudi. Sudovi koji traže takav dokaz ne vide osnov za razgraničavanje prisustva neovlašćene osobe od drugih neregularnosti u postupku pred velikom porotom (npr. neprikladni komentari tužioca).

U određivanju da li prisustvo neovlašćene osobe predstavlja dovoljnu vjerovatnoću za prejudicirajući uticaj, sudovi gledaju na te faktore kao što su: (1) odnos neovlašćeno prisutne osobe i tužioca; (2) fazu postupka u kojoj je bila prisutna neovlašćena osoba (da li prilikom odlučivanja i glasanja ili tokom predstavljanja dokaza ili raspravljanja); (3) kad je osoba bila neovlašćeno prisutna, da li je ta osoba imala neki odnos sa svjedokom koji je mogao uticati na svjedočenje; (4) trajanje neovlašćenog prisustva; (5) da li je neovlašćeno prisutna osoba pokušala da utiče na porotnike velike porote ili svjedoke. Nije iznenađenje kad se kaže da sudovi različito ocjenjuju slične faktore²³.

²³ Jedan sud može smatrati prisustvo majke tokom svjedočenja njenog maloljetnog djeteta o navodnom seksualnom krivičnom djelu kao jednostavno „pružanje emocionalne podrške“, dok drugi to može vidjeti kao značajan potencijal za oblikovanje djetetovog svjedočenja kako bi se uskladilo s onim što je prethodno rečeno majci.

Značajan broj državnih sudova tretira prisustvo neovlašćene osobe kao *per se* osnov za odbacivanje optužbe (predmet *Bank of Nova Scotia*). *Per se* pristup je neophodan, ističu ti sudovi, zato što bi odbacivanje optužbe samo na osnovu pokazivanja vjerovatne predrasude ponudilo „preveliku mogućnost za odobravanje pretjeranog uticaja“. Toliko je teško utvrditi prejudicirajući uticaj da je često propušteno njegovo utvrđivanje.

Sud može pokušati da ocijeni uticaj koji bi prisustvo određene osobe mogao da ima na svjedoka ili porotnike, ali takvo utvrđenje bi bilo previše spekulativno da obezbijedi odgovarajuću zaštitu optuženog. Kako bi, na primjer, neko mogao biti siguran da je neovlašćeno prisustvo zatvorskih službenika moglo uticati na svjedočenje svjedoka – zatvorenika koga ti službenici čuvaju? Kad se dva svjedoka istovremeno pojave pred velikom porotom, ne može li se uvijek govoriti o mogućnosti da će svaki biti rezervisan da pobije šta je drugi rekao u prisustvu te osobe?

7. ZAKLJUČAK

Uobičajeno je uvjerenje da Ustav SAD svojim građanima garantuje određena prava i slobode. To uključuje određene zaštite za koje se smatra da su univerzalne u sudskom sistemu. Ipak, bliži pogled otkriva i stvarnost institucije koja djeluje u tajnosti i dovodi u pitanje osnovna prava – sistem velike porote.

Ako velika porota utvrdi da postoji osnovana sumnja da se vjeruje da je optuženi počinio predmetno krivično djelo, ona će izdati odluku o potvrđivanju optužnog prijedloga. Ovo omogućava federalnim tužiocima da podignu optužnicu protiv optuženog.

Velika porota, koja se često naziva jakom rukom sudskog sistema, napreduje od javnog neznanja, radeći iza zatvorenih vrata i pod naizgled malo propisa. Dva najkontroverznija aspekta procesa velike porote uključuju odredbe Petog amandmana koje se bave zaštitom od samooptuživanja i pravom na branioca i pravo Šestog amandmana na odredbu branioca. Generalno, Ustav SAD garantuje zaštitu od samoinkriminacije i pravo na branioca tokom svih sudskih postupaka. Međutim, ove garancije ne odnose se na pojedince koji su uključeni u proces velike porote.

LITERATURA

1. Black, H. C. (1910). *Jury, Grand*. A Law Dictionary (2nd ed.), St Paul, Minnesota: West.
2. Brenner, S., Shaw, L. (2003). *State Grand Juries*, University of Dayton, School of Law.
3. Chemerinsky, E. (2019). *Constitutional Law [Connected eBook with Study Center] (Aspen Casebook) 6th Edition*, Wolters Kluwer.
4. Dressler, J., Michaels, A., Simmons, R. (2021). *Understanding Criminal Procedure: Investigation (Volume 1) (Understanding Series) 8th Edition*, Carolina Academic Press.
5. Dressler, J., Thomas, G., Medwed, D. (2020). *Criminal Procedure, Investigating Crime (American Casebook Series) 7th Edition*, West academic publishing.
6. Edwards, G. J., Ward, R. H. (ed.) (1906). *The Grand Jury: Considered from an Historical, Political and Legal Standpoint and the Law and Practice Relating Thereto*, University of Michigan: G. T. Bisel.
7. Edwards, G. J. (1906). *Part IV: How The Grand Jury Transacts Business and its Relation To The Court*, The Grand Jury, Philadelphia: George T. Bisel Co.
8. Handbook for Federal Grand Jurors, Administrative Office of the U. S. Courts Thurgood Marshall, Federal Judiciary Building One Columbus Circle, N. E. Washington, D. C. 20544 www.uscourts.gov.
9. Harris, S. F. (1896). *Book 3, Chapter VII: The Grand Jury*. Principles of the Criminal Law (7th ed.), London, UK: Stevens & Haynes.
10. Helmholtz, R. H. (1983). „The Early History of the Grand Jury and the Canon Law“ (PDF), *University of Chicago Law Review*, 50 (2): 613-627.
11. Histed, E. (1987). „The introduction and use of the grand jury in Victoria“, *Journal of Legal History*, 8 (2): 167–177.
12. LaFave, W., Israel, J., King, N. (2017). *Criminal Procedure*, 6th Edition, West group.
13. Monaghan, Nancy (1979). „Grand jury system – justice behind closed doors“, *Democrat and Chronicle*, Rochester, NY, p. 1.
14. Partington, C. F. (1836). „Jury, Trial by“, *British Cyclopaedia of Literature, History, Geography, Law, and Politics*, Vol. 2. London, UK: Orr & Smith.

15. Roots, R. (1999–2000). „If It’s Not a Runaway, It’s Not a Real Grand Jury“, *Creighton Law Review*, 33 (4): 821.
16. Rosebraugh, C. (2014). *Grand Juries: Tools Of Political Repression*, Zine Distro.
17. Stokes, M. (2016). „Grand Juries and ‘Proper Authorities’: Low Law, Soft Law and Local Governance in Canada West/Ontario, 1850–1880“. In Baker, G. B., Fyson, D. (eds.). *Essays in the History of Canadian Law*, Toronto: University of Toronto Press, pp. 538–570.
18. Tomkovicz, J., White, W. (2020–2021). *Criminal Procedure: Constitutional Constraints Upon Investigation and Proof, 8th Edition*, Carolina Academic Press.
19. Taylor, G. (2001). „The Grand Jury of South Australia“, *American Journal of Legal History*, 45 (4): 468–516.
20. Turley, H. (2007). *The Grand Jury*, Hyattsville Life & Times – via DC Dave.

Miodrag N. Simović²⁴

Vladimir M. Simović²⁵

THE ROLE OF THE GRAND JURY IN CRIMINAL PROCEDURE IN THE USA

Abstract: *The central theme of the paper is the grand jury in the USA, which is composed of a group of citizens, authorized by the law to conduct legal procedures, to investigate potential criminal behavior of the suspect and to determine whether an indictment should be filed. This question is also important because the grand jury originated from England during the Middle Ages, and remained in only two countries, the USA and Liberia. Other common law jurisdictions used it earlier, and most others now use a different procedure, called a preliminary hearing, that does not involve a jury.*

The function of the grand jury is to indict persons who are guilty of a crime, but also to protect against groundless and repressive prosecution. It is a means for lay citizens, community representatives, to participate in the administration of justice. It performs both accusatory and investigative functions. The grand jury's investigative functions include obtaining and reviewing documents and other evidence, and hearing of witnesses under oath. The function of the accusation includes deciding whether there is a reasonable suspicion that one or more persons are believed to have committed a specific crime.

After an introductory explanation of the significance of the grand jury, the right of the accused in relation to the prosecutor's accusation is first analyzed, with special reference to the rights from the Fifth and Fourteenth Amendments to the US Constitution, and the jurisdiction to raise an indictment and waive the right to consider the accusation before a grand jury,

²⁴ Full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, full member of the European Academy of Sciences and Arts, foreign member of the Russian Academy of Natural Sciences, full professor of the Faculty of Law, University of Bihać, professor emeritus,

²⁵ Prosecutor of the Prosecutor's Office of BiH and full professor of the Faculty of Security and Protection of the Independent University of Banja Luka

and limitations on the competence to raise an indictment. In the third part of the paper, the structure of the grand jury is presented (composition, control over evidence, the possibility of the accused's testimony, evidentiary rules, legal advice, amount of evidence, decisions on the indictment proposal and re-submission of the indictment proposal, as well as confidentiality requirements and transcription). The fourth part of the paper relates to the effectiveness of the grand jury, and the fifth and sixth to the general principles of challenges for misconduct and common prosecutorial error. In this regard, special attention is focused on prejudicial comments and information.

Key words: grand jury, US Supreme Court, accused, indictment, reasonable suspicion.

УДК 347.963(497.6)(094.5.072)

doi 10.7251/PR6723875M

Прегледни научни чланак

**ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ПРИМЈЕНЕ „НОВОГ“ ЗАКОНА О
КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У БиХ – РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ
(Теоријско практични аспект)**

Проф. др Миле Матијевић*

***Анстракт:** Прошло је 20 година примјене ЗКП, који је област истраге установио на сасвим нов, другачији начин у односу на претходну истрагу. Наиме, од 2003. год. истрагу води тужилац, који ангажује припаднике полицијских агенција да у оквиру законских надлежности, уз примјену полицијских овлашћења, као и знања из области криминалистичких наука, проводе мјере и радње на проналажењу доказа.*

Пракса је показала да у примјени новоформираних одредаба има одређених квалитета у односу на претходно вријеме, али истовремено су констатовани и одређени недостаци у вези са квалитетом, ефикасношћу истраге.

У раду ће се истаћи резултати прелиминарног истраживања кроз писмени интервју који је обављен са тужиоцима, полицијом и адвокатима, у вези са истрагом, у погледу предности и недостатака актуелног концепта истраге.

***Кључне ријечи:** Закон о кривичном поступку, тужилачка истрага, полиција, тужилац, истражне радње, посебне истражне радње, законитост доказа.*

* Факултет правних наука Универзитета за пословне студије Бања Лука

1. Увод

Истрага представља веома значајну фазу у свеукупном процесу откривања, разјашњавања, доказивања кривичног дјела, учиниоца. У прилог овоме говори чињеница да заснивање и исход главног кривичног поступка највећим дијелом зависи управо од резултата истраге¹. Кроз историјску призму истрага је мијењала своју садржину, носиоце активности, а посебно у вези са примјеном одређених радњи од стране надлежних органа.

Истрага је до 2003. год. била у надлежности истражног судије. Истражни судија је у суштини од полиције, тужиоца, добијао већ у значајном садржају квалитета проведеног преткривичног поступка, прикупљене доказе, чињенице у вези са конституцијом основане сумње о кривичном дјелу, учиниоцу. Како се судска истрага покретала на основу постојања основане сумње, сматрало се да су радње преткривичног поступка конституисале доказе „вишег квалитета“ али без судске верификације. Истражне радње које је проводио истражни судија у суштини су само верификовале претходно прибављене доказе од стране полиције, уз евентуално проширивање појединих истражних радњи, или примјену оних које полиција није реализовала.

Као битан разлог за промјену концепта истраге, што је услиједило 2003. год., наводи се и фактичко „дуплирање“, понављање радњи кроз истрагу, које су већ обављене у преткривичном поступку, који је водила полиција самостално².

У новом ЗКП истрага добија сасвим други законски оквир, концепт, карактер, садржину. Наиме, истрага се покреће наредбом тужиоца/јавног тужиоца, на основу постојања основа сумње за кривично дјело, учиниоца, а не основане сумње, како је то раније било. Искуства од двије деценије показала су многе карактеристике квалитета у вези са надлежностима тужиоца у односу на истражног судију, као и предност, али и недостатке.

Наиме, у новој концепцији када тужилац констатује постојање основа сумње, постоји официјелни цензус за покретање истраге. Међу-

¹ Каква истрага, такво суђење, пресуда (изрека познатог југословенског криминалисте проф. др В. Водинелића).

² Истрага у Србији и Хрватској је и даље задржала преткривични, преистражни поступак, с тим што је и у том дијелу тужилац присутан, што јача карактер тужилачке истраге.

тим, пракса је показала да је само костатовање, поимање основа сумње веома проблематично, да у неким случајевима сам тужилац није довољно схватио суштину овог кривичнопроцесног института³.

Такође, нови претходни поступак сублимирао је ранији преткривични поступак и истрагу у јединствену истрагу, коју спроводи, њоме руководи и надзире је тужилац, као изворни носилац истражних овлашћења. Оваква сублимација, између осталог, омогућава тужиоцу да формира мултидисциплинарне истражне тимове састављене од различитих институција и агенција за провођење закона (полиције, разних инспекција, државне агенције за истраге и заштиту, граничне полиције БиХ, пореске управе и сл.). То му омогућава да правилном подјелом рада и координацијом има цјеловиту слику истраге, да њоме ефикасно руководи, надзире је, региструје и анализира доказни квалитет резултата, како у појединим сегментима, тако и као цјелине. Поред измијењене улоге тужиоца, измијенила су се и овлашћења овлашћених службених лица / полицијских службеника у истражном поступку, гдје је доказима прибављеним од стране ових лица дат већи доказни карактер, под условом да су прибављени на законит начин.

2. Нека актуелна питања истраге

Једно од кључних питања у почетном стадијуму отварања истраге представља питање процјене постојања основа сумње да је извршено кривично дјело и ко је извршилац кривичног дјела. Из релевантних одредаба процесних закона у Босни и Херцеговини произлази да је полазиште или основ сваке активности тужиоца у кривичном поступку постојање основа сумње да је извршено кривично дјело. То би практично значило да тужилац не би требало да предузима ни једну радњу у кривичном поступку, па тако ни у истражном поступку, без постојања иницијалног стандарда сумње.

Сходно томе, процјена основа сумње представља почетну фазу доношења одлуке о наређивању, провођењу истраге. При томе, основ сумње не треба тумачити и у процјени приступати рестриктивно. У вези с тим се, у овој фази, појављује стручно питање – када заиста постоје основи сумње да је извршено кривично дјело? Одговор на ово питање није дат од стране законодавца, јер процесни закони не садрже дефиницију појма „основ сумње“.

³ То најбоље доказују још актуелни случајеви/кривични предмети „Драгичевић, Мемич“.

Искуства и уочени проблеми у примјени тужилачке истраге у БиХ у вези са конституцијом основа сумње за кривично дјело у надлежности је и у дискреционој оцјени тужиоца и овлашћених службених лица да о томе одлуче на основу тренутно објективно расположивих доказа, те оцјени постојања чињеница и околности које, доведене у везу с одређеним логичким хипотезама, произашлим из непосредних или посредних доказа, на основу искуства, могу указивати на то да је извршено кривично дјело. Са овим питањем повезано је и више других важних питања која су од посебног значаја за процес одлучивања о покретању истраге и даљи ток поступка истраге.

Закон о кривичном поступку Републике Српске у чл. 224 дефинише: „Тужилац наређује спровођење истраге ако постоје основи сумње да је извршено кривично дјело“. Овај институт је у пракси веома широко, понекад и проблематично схваћен, како од стране тужиоца, тако и од стране полиције. Наиме, тужилац је институт наређивања истраге често схватио у административном смислу, без довољног прихватања разумијевања постојања „основа сумње“ као почетног стадијума сумњања за истражне радње.

У даљем тексту закона констатује се да се истрага води против одређеног, али и неодређеног/непознатог лица, потенцијалног учиниоца кривичног дјела. Сматрамо да је недовољно назначена, акцентирана истрага према НН учиниоцу, с обзиром на то да је и до 80% кривичних дјела учињено од стране непознатог учиниоца⁴.

У пракси су се догађале веома различите ситуације, од ненаређивања истраге, па до фактичког опструисања, дуготрајног „размишљања“ да ли постоје основи сумње за кривично дјело, учиниоца. Чињеница је да се кроз процес пријављивања кривичног дјела од стране разних „пријавилаца“ добијају веома различити садржаји у погледу квалитета, степена истинитости, што често компликује ситуацију валидног одлучивања⁵.

Тужилац неће наредити провођење истраге ако не констатује постојање „основа сумње за кривично дјело, учиниоца“. Таква ситуација не брани даљи „оперативни, криминалистички рад полиције на јачању

⁴ Сматрамо да тежиште истраге мора бити према непознатим учиниоцима, кроз јачање откривачког карактера истраге.

⁵ Број непокретања истраге на основу разних пријава о кривичном дјелу учиниоцу указује на то да се исте подносе „лако“ тј. често и неаргументовано, али и на могућност недовољног „дубинског“ процењивања постојања основа сумње за кривично дјело, учиниоца.

индицијалних садржаја, који могу одређеног момента добити правну релевантност, основ сумње.

Институт руковођења истрагом је веома битан као теоријско и практично питање. Истрага је фактички дата у надлежност тужиоцу. Он руководи, надзире, контролише, али не одговара за квалитет, резултат истраге⁶. У судском концепту истраге тужилац је поприлично пасиван и ослања се углавном на оно што полиција и истражни судија прикупе и доставе му, а што, мора се признати, није у складу с његовом основном функцијом кривичног гоњења учинилаца кривичних дела.

Руковођење и надзор тужиоца представља два облика тужилачког ангажмана у истражном поступку у односу на овлашћена службена лица. Руковођење је активнији однос тужиоца, уз његово непосредно и активно учешће у планирању и извођењу одређених истражних радњи, док надзор представља пасивнији ангажман, у којем тужилац иницијативу и динамику истраге препушта овлашћеним службеним лицима/полицијским службеницима, надзирући њихов рад у смислу његове законитости и ефикасности. Руковођење истрагом, у првом реду, значи осмишљавање и прилагођавање истражне стратегије и тактике, када тужилац може одлучити да одређене истражне радње обави непосредно, а поједине повјери овлашћеним службеним лицима. Руковођење и надзор над истрагом траје већ од самог планирања истраге па до њеног окончања. Оно подразумијева активну улогу тужиоца у истрази већ од постојања основа сумње да је учињено кривично дјело. У пракси истраге за кривична дјела за која је предвиђена казна затвора до пет година, гдје полиција може „самостално“ до седам дана водити истрагу, постоје неке недоумице, нејасноће у вези са интегритетом, квалитетом такве истраге без надзора тужиоца.

Нови ЗКП је унаприједио укупан фонд истражних радњи, њихов садржај, уз јачање доказне вриједности. Њима се заиста може квалитетно, свеобухватно радити истрага у односу на ранија рјешења. Ту посебно мислимо на институт „посебне истражне радње“ које омогућавају кроз оперативно-истражни рад све расположиве радње „оружја“ којима ће се обезбиједити докази. У пракси се догађа да тужилац наређује истражне радње које полиција спроводи. Међутим, само спровођење радњи пред-

⁶ Честе су примједбе, приговори полиције да тужилац, који надзире истраге, ипак не одговара за њен квалитет, резултат, што је свакако дискутабилно, недовољно теоријски, законски обрађено.

ставља кључни проблем, који у суштини одражава стручност, оператив-но-криминалистичку оријентисаност како полиције, тако и тужиоца.

Овдје акцентирамо „извјесно криминалистичко непознавање тактике, методике у вези са примјеном криминалистичког карактера истражних радњи⁷. Радње у ЗКП формално су дефинисане, међутим њихово спровођење је „криминалистичка технологија“, без чије стриктне, па и научне примјене, нема успјеха. Бројни су примјери доброг, али још бројнији лошег рада као полиције, а и тужиоца који су недовољно криминалистички образовани, оспособљени.

Једно од кључних промјена у новом ЗКП јесте питање надлежности за одређивање притвора, који је постао много рестриктивнији. Превасходно је то право одузето полицији, што сматрамо да је у правном, а и функционалном погледу прихватљиво. Судијски притвор је у суштини законитији, иако понекад није у потпуној сврси „истражне, оперативне ефикасности“.

У ранијем ЗКП, полиција је имала могућност тзв. полицијског (тродневног) притвора. Такво законско рјешење дало је полицији високо овлашћење, које је обилато коришћено. У том контексту су се догађала и прекорачења (намјерна, ненамјерна), што се одражавало повредом људских права осумњичених. Новим ЗКП, судија за претходни поступак одређује притвор, чиме се успоставља судска контрола притвора. Такво рјешење иде у прилог заштити уставности и законитости истражног поступка. Међутим, пракса често реагује констатацијом да се таквим приступом судије за претходни поступак омаловажава „полицијска процјена потребе притвора“ и у суштини оправданост истог у циљу ефикасности истраге. Ово питање је веома проблематично и захтијева темељито изучавање, анализу⁸.

Значајна новина у актуелном ЗКП јесте увођење бројних посебних истражних радњи. Тако ЗКП познаје седам посебних истражних радњи, које у основи имају по два функционална облика. Тако, бројни „арсенал“ веома офанзивних радњи, које могу да задиру и у најсуптилнија људска права (слободу кретања, комуникација, говора, и др.), указује на то да

⁷ ЗКП је формалноправно дефинисао истражне радње, не наводећи технологију њихове реализације, што је управо криминалистичко питање, надлежност.

⁸ Ако се има у виду да сваки притвор гдје се „предмет“ не реализује осуђујућом пресудом може проузроковати поступак накнаде трошкова за незаконито притварање, даје за потребу веома квалитетног преиспитивања потребе одређивања притвора.

је законодавац желио овим радњама, за разлику од ранијег периода, да омогући ефикасност прибављања потребних доказа за ефикасно вођење кривичног поступка, који се на други начин не могу прибавити.

Чињеница да ЗКП предвиђа да се посебне истражне радње не могу предузимати у свим случајевима, већ само у одређеним,⁹ указује на рјешење гдје се и даље инсистира да истражни органи кроз „редовне“ истражне радње прибављају потребне доказе. Међутим, с обзиром на све сложеније облике криминалитета, гдје се кроз традиционалне радње не успијевају обезбиједити валидни докази за кривични поступак, а када су у питању одређена (прописана) кривична дјела, ЗКП омогућава активирање механизма посебних истражних радњи, које могу значајно унаприједити квалитет, доказну ефикасност истраге. Пракса указује на низ квалитетних рјешења у примјени посебних истражних радњи, али и на одређене пропусте органа, служби које их непосредно реализују.

Наиме, сама примјена ових радњи скопчана је са низ фактичких оперативних комбинација, које непосредни актери морају „функционално увјежбати“ до перфекције, да не би дошли у проблем у стварној примјени. Стално се инсистира на том да се води рачуна о законитости примјене, јер ако се исте примјењују супротно одредбама ЗКП, њихов резултат се не може употријебити у даљем поступку¹⁰.

Када је истрага заиста завршена? Да ли је истрага исцрпила све ресурсе, капацитете? Да ли је истрага донијела очекивани резултат? Актуелна пракса указује на то да се истражни органи, тужилац, полиција, углавном усаглашавају у погледу завршетка истраге, тј. процјене да је постигнут циљ, који се манифестује у довољном капацитету, квалитету прибављених доказа.

Међутим, има случајева да се истрагом ипак не прибаве довољно квалитетни докази који ће обезбиједити подизање оптужнице. Поставља се питање због чега се исто догађа. Посебно се то односи на оцјену одговорности/суодговорности тужилаштва, полиције. Наиме, у пракси се углавном сматра да је полиција „лоше радила“, што се у суштини не може прихватити у потпуности. Сматрамо да и тужилаштво сноси како

⁹ Посебне истражне радње се предузимају „само“ у случајевима када се редовним истражним радњама не могу обезбиједити потребни докази, као и код прописаних – тежих кривичних дјела.

¹⁰ Анализе показују да се грешке у примјени посебних истражних радњи чине најчешће због непознавања суштине прописа у примјени или непостојања „транспарентне“ тактике, методике у примјени истих.

похвалу за квалитетно проведenu истрагу, тако и одговорност за лошу, неефикасну истрагу. Квалитет истраге непосредно се мјери снагом оптужнице и њеном каснијом манифестацијом у главном кривичном поступку /доказној вриједности).

Сматрамо да је суштинско питање у јачању свих капацитета истраге да се на крају може са великим степеном вјероватноће констатовати завршетак истраге, који обезбјеђује основану сумњу за кривично дјело, учиниоца и могућност подизања, потврде оптужнице. Све остале ситуације указују на недостатак квалитета, прибављених доказа и тиме на лош рад истражних органа.

На крају истраге ЗКП предвиђа подношење извјештаја о предузетим мјерама и радњама од стране полиције надлежном тужиоцу¹¹. Основна замисао концепта извјештаја јесте да извјештај није кривична пријава. Међутим, не знамо ко је, зашто, на основу којег прописа осмислио форму извјештаја МУП-а, који је у суштини „преписана“ кривична пријава¹², извјештај о откривању¹³. Чак се подноси „против“, а не о предузетим мјерама и радњама, као то стоји у Закону о кривичном поступку.

Потребно је такође истаћи обавезу истражних органа да у извјештају тужиоцу наведу и евентуалне чињенице, доказе које су „од користи за осумњиченог“, што у пракси веома ријетко, или никако нећемо наћи у извјештају. Ненавођење таквих чињеница може само штетити даљем току кривичног поступка, јер ће их адвокати „вјешто“ употријебити у моменту када цијене да имају позитивно дејство, ефекат¹⁴.

¹¹ На основу прикупљених изјава и доказа који су откривени, овлашћено служено лице саставља извјештај. Уз извјештај се достављају и предмети, скице, фотографије, прибављени извјештаји, списи о преузетим мјерама и радњама, службене забиљешке, изјаве и други материјали који могу бити корисни за успјешно вођење кривичног поступка, укључујући све чињенице и доказе који иду у корист осумњиченом. Ако овлашћено службено лице последије подношења извјештаја сазна за нове чињенице, доказе или трагове кривичног дјела, дужно је да прикупља потребна обавјештења и извјештај о томе, као допуну претходног извјештаја, одмах преда тужиоцу.

¹² Посебно истичемо да се и даље у правном комуникацији, чак и званичника (полиције, тужилаштва), употребљава непостојећи термин „кривична пријава“, који у ЗКП не постоји.

¹³ Чак се извјештај формулише са констатацијом да се подноси „против“ одређеног лица, што је суштински неприхватљиво, јер у самом извјештају се складно ЗКП могу наћи и садржаји који иду у прилог осумњиченом.

¹⁴ „...укључујући све чињенице и доказе који иду у корист осумњиченом“, чл. 227 ЗКП Републике Српске.

3. Емпиријско истраживање/интервју

У циљу добијања релевантних одговора референтних субјеката истраге (тужилац, полиција, адвокат) истима је постављено 10 питања те је потребно да дају кратак, аргументован одговор. Анкетирано је укупно 15 припадника тужилаца, криминалистичких полицајаца, адвоката (5 + 5 + 5).

1. Шта је најбоље у новој истрази од 2003. год.?
2. Који су проблеми у односима према тужиоцу у истрази?
3. Одређује ли се олако основ сумње за кривично дјело?
4. Какав је положај полиције у истрази?
5. Које су истражне радње најефикасније?
6. Колико се сврсисходно одређује притвор у истрази?
7. Да ли полиција угрожава људска права кроз посебне истражне радње?
8. Шта је за вас пријава кривичног дјела?
9. Шта је извјештај о предузетим мјерама и радњама у истрази?
10. Сматрате ли да сте постигли степен основане сумње завршетком истраге?

На основу анализе/синтезе одговора добијених у краткој анкети, добијени су одређени резултати у вези са постављеним питањима, на основу којих се може констатовати сљедеће:

Питање бр. 1. Шта је најбоље у новој истрази од 2003. год.?

Највећи број инспектора МУП-а констатовао је да је квалитет нове истраге у ближој сарадњи полиције и тужилаштва. Посебно се акцентира „сигурност“ примјене истражних радњи, кроз благовремену, квалитетну консултацију са надлежним тужиоцима. Тужиоци сматрају да је квалитет „нове“ истраге у концентрацији истражних радњи под контролом тужиоца, чиме се иста води доста усмјерено, законски прецизно. Адвокати углавном сматрају да се у новој истрази значајно контролишу, штите људска права осумњичених, а посебно у вези са могућим ангажовањем браниоца већ у првим истражним радњама, чиме се даје могућност равноправног статуса супротстављених страна у истрази. Такође, адвокати констатују контролисанији притвор, који такође довољно води рачуна о праву грађанина/осумњиченог на слободу кретања, у случајевима када је осумњичен.

Питање бр. 2. Одређује ли се олако основ сумње за кривично дјело?

Када је ријеч о одређивању основа сумње за кривично дјело, учиниоца, резултати анкете указују на то да у вези са овим битним кривичнопроцесном институтом постоји доста различитих схватања, нејасноћа. Наиме, анкете указују на то да „полиција“ лакше констатује основ сумње, фактички на основу и пуких „индицијалних садржаја“ . Међутим, тужиоци констатују да морају у складу са учењем о „правној релевантности“ основа сумње полицијске индиције опрезно анализирати, а тек онда констатовати постојање основа сумње и тиме могућности наређивања истраге. Адвокати сматрају да се понекад „без аргумената“ конституише основ сумње и покреће истрага на основу недовољног квалитета доказних чињеница.

Питање бр. 3. Који су проблеми у односима према тужиоцу у истрази?

Према одредбама актуелног ЗКП, тужилац је руководиоца истраге. Полиција је као помоћни/оперативни орган веома битна у свеукупној истражној активности. Међутим, резултати анкете указују на то да је, и поред „извјесне“ правне регулативе, много питања фактичког односа тужилаштва и полиције и послје две деценије спорно, проблематично. Тужиоци указују на извјесну „самосталност“ полиције, која и даље жели да доминира, самостално дјелује у појединим истражним фазама. Посебна примједба тужиоца је у „некада недовољној кривично процесној стручности“ појединих полицијских истражилаца. Истовремено, полицајци сматрају да им је „одузета“ ранија оперативност, самосталност, па и стручност. Такође констатују да тужиоци нису оперативни, нису криминалистички едуковани, као и да „не разумију“ одређене оперативне комбинације, захвате полиције. Адвокати сарадњу полиције и тужиоца посматрају као „договорени“ заједнички рад, што некада превазилази оквире закона.

Питање бр. 4. Какав је положај полиције у истрази?

Полиција као оперативни орган у истрази фактички предузима набројнији дио радњи, почев од увиђаја, па до примјене посебних истражних радњи. Полиција сматра да је њима дата бројна надлежност, али да сам начин реализације истражних радњи често бива „оспорен“ од стране тужиоца, који наређује, контролише примјену истражних радњи. Полиција би жељела да има извјесну оперативну слободу у примјени

и криминалистичко-оперативних радњи, које некада „излазе“ из оквира формалних истражних радњи.

Полиција констатује да тужиоци ријетко излазе на увиђајне радње, што им је обавеза према ЗКП. Тужиоци сматрају да је полиција дужна да ради по налозима тужиоца, у складу са наредбом о истрази, али да може „оперативни аспект“ истраге креирати у складу са криминалистичком праксом, с тим да воде рачуна о законитости радњи. Тужиоци такође наводе примједбу да истрага има „два шефа“ – тужилац и полицијски руководиолац¹⁵. Адвокати виде полицију у истрази и даље са јаким овлашћењима и недовољном контролом. Посебно стављају примједбу за случајева „изнуде признања, прекорачења овлашћења и др.“.

Питање бр. 5. Које су истражне радње најефикасније?

Према актуелном ЗКП, посебна новина јесу „посебне истражне радње“. О њиховој истражној, доказној снази констатацију дају како тужиоци, тако и полиција. Адвокати сматрају да се понекад злоупотребљавају посебне истражне радње, које у суштини угрожавају људска права. Адвокати виде ефикасност посебних истражних радњи, уз констатацију да се догађа да презентовани, прибављени докази на тај начин немају материјално покриће (нпр. кроз надзирање комуникације осумњичених, који разговарају о трговини дроге, која није пронађена, тиме се не обезбјеђују валидни докази за кривични поступак).

Питање бр. 6. Колико се сврсисходно одређује притвор у истрази?

Питање притвора у истрази различито се посматра. Наиме, тужиоци имају доста рестриктивно тумачење потребе притвора, док полиција сматра да би исти требало чешће одређивати, те да би тако допринио већој ефикасности и квалитету истраге. Адвокати посебно поздрављају рестриктивније одређивање притвора, што је према ранијем ЗКП био чешћи случај, када је полиција имала то овлашћење.

Питање бр. 7. Да ли полиција угрожава људска права кроз посебне истражне радње?

Људска права у истрази су на „удару“ кроз разне облике интензивније примјене истражних, а нарочито посебних истражних радњи. Тужиоци

¹⁵ Наведени проблем би се могао ријешити прописивањем и увођењем „истражних тимова“, које би сачињавали посебно одабрани тужиоци и полицијски службеници према специјалности.

сматрају да судија за претходни поступак правилно штити људска права, кроз надзор, контролу појединих истражних радњи. Полиција сматра да се превише инсистира на људским правима, не водећи рачуна о потреби офанзивнијег рада у истрази, посебно према осумњиченим, који су повратници у вршењу кривичних дјела. Адвокати сматрају да ипак и данас полиција угрожава људска права, да понекад неблаговремено обавијести адвоката, или га уопште не обавијести, што је супротно одредбама ЗКП.

Питање бр. 8. Шта је за вас пријава кривичног дјела?

Питање пријаве кривичног дјела је и самим ЗКП недовољно дефинисано. Наиме, пријава кривичног дјела се од стране тужилаштва поистовјећује са ранијом кривичном пријавом, док је полиција у суштини третира као било који облик сазнања за постојање кривичног дјела у нивоу основа сумње, или чак и нижег степена квалитета сумње. Адвокати сматрају да је доста либерално тумачење суштине пријаве кривичног дјела, те да би тужиоци, као и полиција, морали том питању посветити већу пажњу¹⁶. Сматрамо да ово питање није довољно правно уређено, те га треба дорадити у будућим измјенама ЗКП.

Питање бр. 9. Сматрате ли да сте постигли степен основане сумње завршетком истраге?

Питање основане сумње је доста проблематично, посебно код схватања полиције. Наиме, полиција сматра да се прикупљањем доказа у истрази не конституише основана сумња, тако да у извјештају „наглашавају“ постојање основа сумње, што је суштински непотребно, а правно неодрживо. Тужиоци ипак сматрају да су једино они мјеродавни да констатују постојање основане сумње о кривичном дјелу, учиниоцу, у контексту тужилачке одлуке о поднесеном извјештају. Стога је интересно констатовати у извјештају постојање „основа сумње“, што значи да се истрага почела и завршила са „основом сумње“, тј. истим квалитетом доказа, што сматрамо неправилним тумачењем и праксом.

Питање бр. 10. Шта је извјештај о предузетим мјерама и радњама у истрази?

Извјештај о предузетим мјерама и радњама такође је нејасна законска одредба, како у теоријском, тако и практичном смислу. Наиме,

¹⁶ Примјетан је велики број одбачаја пријава о кривичном дјелу, тј. непокретања истраге на основу неаргументованих пријава разних субјеката, оштећених и др.

полиција је извјештај у потпуности поистовијетила са „некадашњом“ кривичном пријавом, извјештајем као допуном кривичне пријаве, што он у правном и стварном смислу није. Полиција сматра да извјештај обавјештава тужиоца о учињеном, о прикупљеним доказима, предузетим радњама. Тужиоци сматрају да се извјештајем тужилац обавјештава о предузетим радњама и прикупљеним доказима, а да квалитет истог процјењује тужилац, у оквиру тужилачке одлуке. Адвокати констатују да се кроз истрагу у неким случајевима не прибаве потребни докази за подизање оптужнице, а полиција „прејудицира“ кривицу, коју кроз извјештај констатује. Посебна примједба адвоката је чињеница да веома ријетко, скоро никада у извјештају полиција не констатује чињенице које иду у прилог осумњиченом, што им је законска обавеза.

4. Закључак

На основу презентованих теоријских садржаја, као и резултата емпиријског истраживања, може се у завршном дијелу рада констатовати да је тужилачка истрага на извјестан начин донијела нови квалитет у погледу унапређења превасходно законитости у поступању истражних орган кроз заштиту људских права осумњичених у претходном поступку (истрази). Таква констатација даје значајан квалитет и констатацију оправданости актуелног модела истраге.

Међутим, истовремено се виде броје теоријске недоречености, нејасноће, а у пракси проблеми у примјени таквих института. Једноставно речено, у ЗКП је истрази посвећено веома мало простора, што указује на потребу њеног темељитијег законског регулисања и конкретнијој разради. У оквиру закључних разматрања, подржавамо цјелину констатација проф. др С. Бејатовића, који је децидирано навео битне садржаје могућег унапређења истрага¹⁷.

Једини овлашћени субјекат покретања истражног поступка треба да буде јавни тужилац, уз истовремено прописивање предуслова који морају да буду испуњени да би дошло до покретања истраге (случај прије свега са степеном сумње о извршеном кривичном дјелу који не може да се поистовјећује са степеном сумње потребним за предузимање радњи које претходе истражном поступку).

¹⁷ Бејатовић, С., Тужилачка истрага, Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени. Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014, стр. 15–17.

Поред јавног тужиоца, активни субјекат истраге треба да буде и полиција, с тим што морају прецизно да буду прописани случајеви у којима полиција може да се појави у овом својству, као и врсте истражних радњи које она може предузети у својству активног субјекта истраге. Предвиђање конкретних механизма обезбјеђују адекватну сарадњу јавног тужиоца и полиције у истрази.

Једна од основних карактеристика тужилачког концепта истраге јесте да мора тачно и прецизно да се пропише када, под којим условима и код којих доказних радњи као активни субјекат њиховог предузимања може да се појави суд (судија за истрагу, судија за претходни поступак...). У тужилачком концепту истраге, основна, главна функција суда мора да буде одлучивање о питањима везаним за слободе и права окривљеног и других субјеката истраге.

Предузимање појединих истражних радњи од стране суда треба да буде само изузетна могућност, само онда када се оправдано претпоставља да се та радња неће моћи поновити на главном претресу или да би њено извођење било скопчано с великим тешкоћама, а уз то неопходно је да је она и битна за правилно рјешење конкретне кривичне ствари схваћене у смислу доношења судске одлуке о истој. Једном ријечју, радње доказивања које се предузимају од стране суда у овом поступку не би смјеле да буду у функцији остваривања основног задатка истраге.

На крају, сматрамо да се концепт „тужилачке истраге“ већим дијелом може прихватити, уз одређене формалноправне „дораде“ и темељитије подзаконско регулисање „садејства“ тужиоца и полиције, који су у суштини на истом задатку.

5. Литература

1. Бејатовић, С., Тужилачка истрага, Регионална кривичнопроцесна законодавста и искуства у примени. Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014.
2. Јовановић, И., Петровић-Јовановић, Тужилачка истрага регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014.
3. Матијевић, М., Хасанспахић, С., Тужилачка истрага у ЗКП Босне и Херцеговине, Зборник радова, Факултет правних наука, Свеучилишта „Витез“ Витез, 2015.

4. Симовић, М., Симовић, В., Кривично процесно право, Интернационална асоцијација криминалист, Бања Лука, 2011.
5. Васиљевић, Р., Саламадија, М., Улога полиције у тужилачком моделу истраге, Безбедност, полиција, грађани, Бања Лука, 2017.
6. Закон о кривичном поступку Републике Српске (Сл. гласник РС, 53/2012, 91/2017. 66/2018, и 15/2021.
7. Зако о кривичном поступку Босне и Херцеговине (Сл. гласник БиХ, 65/2018.

TWENTY YEARS OF IMPLEMENTATION OF THE “NEW” LAW ON CRIMINAL PROCEDURE IN BIH REPUBLIC OF SERPSKA (Theoretical practical aspect)

***Abstract:** Past 20 years have passed since the application of the CPC, which established the field of investigation in a completely new, different way compared to the previous investigation. Namely, since 2003. the investigation is led by the prosecutor, who engages and authorizes members of police agencies to carry out measures and actions to find evidence within the framework of legal competences, with the application of police powers, as well as expertise in the field of cryoministic sciences.*

Practice has shown that in the application of the newly formed provisions there are certain qualities compared to the previous time, but at the same time certain shortcomings were noted in connection with the quality and efficiency of the investigation.

The paper will highlight the results of the preliminary research through a written interview conducted with prosecutors, police and lawyers, in connection with the investigation, regarding the advantages and disadvantages of the current investigation concept.

***Keywords:** Criminal Procedure Law, prosecutor’s investigation, police, prosecutor, investigative actions, special investigative actions, legality of evidence.*

ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА (ОПРАВДАНОСТ УВОЂЕЊА ИНСТИТУТА У КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ)

Проф. др Младенка Говедарица*

Апстракт: Закон о кривичном поступку Републике Српске не прописује институт одлагања кривичног гоњења осумњиченог лица. Овај се институт може уско везати за постојеће начело опортунитета као једно од начела које припада јавном тужиоцу у кривичном поступку, али сличност се манифестује и кроз институт споразума о признању кривице. Могућност његове примјене би се актуелизовала у тренутку предистражних радњи тј. прије доношења одлуке – наредбе јавног тужиоца о покретању истраге. Поред тога, одлагање кривичног гоњења у предистражној фази познају и законодавства у окружењу.

Кључне ријечи: јавни тужилац, одлагање кривичног гоњења, осумњичени, начело опортунитета, споразум о признању кривице.

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

Увод

Јавни тужилац као један од главних процесних субјеката у кривичном поступку врши функцију кривичног гоњења. Сама функција кривичног гоњења повјерена му је као резултат нужности и потребе сваког друштва да штити своје интересе од свих видова криминала. Чињењем кривичног дјела за државу настаје захтјев да примијени прописе кривичног закона према учиниоцу кривичног дјела. Самим тим, улога јавног тужиоца је битна и захтјевна, с обзиром на то да од њега зависи да ли ће доћи до успостављања материјалнопроцесног односа између друштва с једне стране (кога он представља) и појединца (осумњиченог) с друге стране, у случају остварења кривичног дјела. Правна снага јавног тужиоца може се мјерити кроз прописивање садржински ваљаног института – одлагање кривичног гоњења, када би се он могао показати као правно средство дисциплиновања друштвених односа у почетним предистражним радњама. По свом карактеру институт има сличности са начелом опортунитета у погледу тога да је могућност његове примјене у надлежности јавног тужиоца, али сличност је евидентна и са споразумом о признању кривице јер је услов за примјену одлагања кривичног гоњења да осумњичени призна кривично дјело и прихвати договорену обавезу/е.

Начело легалитета и опортунитета

У савременим земљама постоје два принципа којима се јавни тужилац руководи у вршењу функције кривичног гоњења и давању иницијативе за покретање кривичног поступка за кривична дјела која се гоне по службеној дужности. Та два, у основи супротна принципа су: легалитет и опортунитет (Панта, 1972: 3). Оба наведена начела кривичног гоњења имају предности и недостатке: начело легалитета осигурава правну једнакост грађана пред законом, али у својој строгости понекад може довести до посљедица које су неприхватљиве са становишта јавног интереса, те из тог разлога начело опортунитета се успоставља да води рачуна о друштвено-политичким потребама одређеног тренутка, али и даје овлашћења јавном тужиоцу да фактички врши помиловања кривца и отвара тиме врата за могућност евентуалних злоупотреба (Крапац, Лончаревић, 1985: 1).

Суштина начела легалитета кривичног гоњења састоји се у обавези јавног тужиоца као представника државног органа да по сили закона

(*ex lege*) предузме кривично гоњење у свим оним случајевима када за то постоје законски услови. Ради се о облигаторној законској обавези тужиоца на кривични прогон као и на његову крајњу досљедност. Тако, при одлучивању да ли ће предузети гоњење или не, јавни тужилац се мора руководити законом и не може узимати у обзир ванзаконске обзире цјелисходности, чак ни онда када би они били у складу са јавним интересом, још мање ако би били израз његовог личног нахођења те не предузимати гоњење за радње које су несумњиво кривично дјело (Васиљевић, Грубач, 2002: 54). Услови који се траже по закону, у теорији се сврставају у двије групе: једну чини стварни услов – постојање основа сумње да је одређено лице учинило кривично дјело, и правни услови – да нема сметњи у смислу наступања застарјелости, помиловања, амнестије и друго (Матовски, 2003: 105). Дакле, обавеза кривичног гоњења настаје тек ако из чињеничног стања произлази да постоје потребни правни елементи кривичног дјела и кривца, и кад има довољно доказа (довољан је и најнижи степен сумње) о чињеницама на којима би могла да се заснује пресуда (Васиљевић, 1981: 122). Односно начело легалитета захтијева испуњење три претпоставке. Прва би се односила на постојање доказа да је кривично дјело извршено. Тачније речено, постојање степена сумње о извршењу дјела које се манифестује као основи сумње. Друга претпоставка би се тицала непостојања законских сметњи за кривично гоњење, и коначно, трећа би се односила на изузетке од принципа легалитета (Сијерчић-Чолић, 2005: 78). Управо постојање изузетака од начела легалитета утире пут егзистирању начела опортунитета.

Законодавац из различитих разлога, у првом реду због економичности (држава нема неограничена материјална средства за сузбијање свих учињених кривичних дјела па мора у њиховом прогону изабрати између важних и неважних, тзв. багателних), а затим и због утилитаристичких идеја о корисности избјегавања кривичног поступка, предвиђа случајеве одступања од начела легалитета (Крапац, 2001: 52), кроз успостављање начела опортунитета. Начело опортунитета садржи овлашћење јавног тужиоца да по дискреционој оцјени одлучи о вршењу функције кривичног гоњења (Циглер, 1995: 562). Другим ријечима, да ли ће и када иницирати гоњење зависи од његове оцјене, при чему се он руководи разлозима цјелисходности и корисности покретања кривичног поступка у појединим случајевима (Панта, 1972: 4). Поменуто начело не значи самовољу и произвољност, већ једно разумно, образложено и одговорно одлучивање јавног тужиоца. Такође, не би ваљало ни да се јавни

тузилац тим овлашћењем не користи, јер одредбе закона установљавају извјесно право учиниоца кривичног дјела да буду примијењене кад се предвиђени услови испуне (Грубач, 2002: 371). Тако да је могуће да кривично не гони иако су се стекле све законске претпоставке за покретање поступка, руководећи се обзирима цјелисходности за које нађе да постоје. Обзире цјелисходности мора да цијени са становишта јавног интереса, тј. да ли је у јавном интересу да се учинилац кривично гони или не гони, а не произвољно ни по свом слободном нахођењу (Ђурђић, 2014: 68). У погледу тога, стоји и став Васиљевића да јавни тужилац ни при начелу опортунитета нема право на произвољан избор између гоњења и негоњења, већ само право на оцјену да ли је, с обзиром на јавни интерес, гоњење цјелисходно или не (Васиљевић, 1981: 122). С тим у вези у закону проналазимо случајеве у којима јавни тужилац може опортуно дјеловати.

(1) Право свједока да не одговара на поједина питања представља случај опортунитета у Закону о кривичном поступку Републике Српске и као такав везан је за положај свједока који би се, одговарајући на поједина питања, изложио кривичном гоњењу. У овом случају законодавац предвиђа опортунитет као начин рјешавања сукоба интереса између сазнања истине од стране јавног тужиоца, с једне стране, и интереса свједока да такве чињенице прећути јер би тиме себе открио и изложио кривичном гоњењу, с друге стране. Код оваквог стања ствари јавни тужилац може опортуно дјеловати и свједоку под одређеним законским условима понудити имунитет (члан 149 ЗКП РС).¹ Опортуно дјеловање јавног тужиоца оправдано је зарад већег успјеха у борби против организованог криминала јер се полази од тога да је исказ оваквог свједока значајан за откривање, доказивање или спречавање других кривичних дјела криминалне организације, те битнији од штетних посљедица кривичног дјела које је свједок учинио. Тада свједок бива дужан да даје истините одговоре, у супротном, уколико би дао лажан исказ, подлијегаће кривичном гоњењу.

(2) Опортуно дјеловање јавног тужиоца налазимо и у законским одредбама којима се регулише поступак према малољетницима као један од посебних кривичних поступака. Поступање према начелу опортунитета овдје се третира као једноставна диверзија која се првенствено

¹ Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“ бр: 53/12, 91/17, 66/18, 15/21)

примјењује у погледу малољетних учинилаца лакших кривичних дјела, а њена примјена се заснива на селекцији од стране тужилаштва (Шкулић, 2003: 135). У првом случају, тужилац може одлучити да не покрене кривични поступак, иако постоје докази да је малољетник учинио кривично дјело за које је запријеђена новчана казна или казна затвора до пет година, ако нађе да не би било цјелисходно да води кривични поступак према њему с обзиром на природу кривичног дјела, околности под којим је дјело учињено, ранији живот малољетника и његова лична својства (члан 89 став 1 Закона о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку РС).² У другом случају, закон дозвољава тужиоцу да се равна по начелу опортунитета када одлучује да ли ће покренути кривични поступак према малољетном учиниоцу, према којем је већ у току извршење казне или заводске васпитне мјере за неко друго кривично дјело (члан 89 став 3 Закона). То би били случајеви гдје је већ изречена најстрожа васпитна мјера или казна малољетничког затвора која је још у току, а строжа се мјера или казна не може изрећи (но, било би могуће изрицање мјере безбједности или мјере одузимања имовинске користи Васиљевић, 1981: 708). Примјена овог принципа у предвиђеним случајевима за малољетнике представља један од начина постизања сврхе поступка према малољетнику која се огледа у даљем правилном развоју његове личности и његовом васпитању у друштвено прихватљивим оквирима.

(3) У кривичном поступку против правних лица јавни тужилац може у законом прописаним случајевима поступати према начелу опортунитета, тј. може одлучити да против правног лица не покрене кривични поступак у сљедећим случајевима: прво, када околности случаја указују да то не би било цјелисходно, јер је допринос правног лица извршењу кривичног дјела био незнатан; друго, када правно лице нема имовине или је има тако мало да не би била довољна ни за покриће трошкова поступка; затим, ако је против правног лица започео стечајни поступак, и најзад, када је учинилац кривичног дјела једини власник правног лица против којег би се кривични поступак иначе покренуо (члан 365 ЗКП РС). У оваквим ситуацијама видљиво је и прије покретања кривичног поступка да крајњи циљ – изрицање и извршење казне, неће бити постигнут, односно да је учешће правног лица у извршењу дјела безначај-

² Закон о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“ бр:13/10, 61/13, 68/20).

ног карактера. Слично запажање се намеће и када је учинилац кривичног дјела једини власник правног лица и када би кажњавање правног лица у ствари било кажњавање два пута: као учиниоца кривичног дјела (физичка особа) и као правног лица (једини власник правног лица) (Јурчевић, 2005: 927).

(4) Одступање од начела легалитета запажамо и код установе одобрења за гоњење учинилаца кривичних дјела, када је законом прописано да је кривично гоњење правно могуће уз претходно одобрење надлежног државног органа. Ако јавни тужилац у тим случајевима не добије такво одобрење, не може вршити кривично гоњење. Сам надлежни државни орган у таквом случају оцјењује је ли опортуно да се учинилац кривичног дјела гони и казни (Бауер, 1977: 162). Одобрење се односи само на дјело за које је дато и не може се проширити на друга кривична дјела (Сијерчић-Чолић, Вулета, Хациомерагић, 1999: 171–172). Јавни тужилац не може проводити истрагу нити подићи оптужницу уколико не поднесе доказ да је одобрење дато. Надлежни орган при давању одобрења не би требало да се руководи самовољом, већ да управља сврхом установе имунитета, која није установљена као лична привилегија него као мјера заштите функције (Циглер, 1995: 573). Иако одобрење представља ограничење начела легалитета, оно не представља ограничење монопола јавног тужиоца, јер се гоњење не преноси на други орган, већ уопште изостаје ако нема одобрења (Васиљевић, 1981: 123), те се самим тим одлука о кривичном гоњењу у таквим случајевима доноси сходно начелу опортунитета кривичног гоњења (Бејатовић, 1997: 96).

(5) Облик опортунитета се јавља и код уступања кривичног гоњења странца иностраној држави у којој има пребивалиште, у случају када је на подручју домаће територије учинио кривично дјело. Приликом одлучивања о уступању гоњења иностраној држави, јавни тужилац се руководи разлозима цјелисходности ванпроцесног карактера (Ђурђић, 2014: 72). Овај случај опортунитета можемо назвати неправим обликом опортунитета јер овдје не изостаје кривично гоњење. Оно се само уступа иностраној држави уколико се она томе не противи и приступа се примјени њеног материјалног и процесног законодавства.

Одлагање кривичног гоњења (оправданост његовог увођења у кривичнопроцесно законодавство Републике Српске)

Одлагање кривичног гоњења представља институт код кога јавни тужилац процјењује да ли постоје одређени услови за опортуно дјеловање. Тако у законодавствима Србије³, Хрватске⁴, Црне Горе⁵ срећемо институт – одлагање кривичног гоњења под одређеним условима. Ради се о најчешћем случају одступања од начела легалитета за лакша кривична дјела и као такав представља већи пробој примјене начела опортунитета у кривични прогон пунољетних лица (Крарас, 2001: 53). Јавни тужилац може донијети одлуку да одложи кривично гоњење ако је за дјело предвиђена новчана казна или казна затвора до пет године, дакле, ради се о лакшим кривичним дјелима за које се иначе води скраћени поступак. Овај облик опортунитета би подразумијевао да кривица осумњиченог није озбиљна и да се захтијевање кажњавања не чини потребним у погледу специјалне и генералне превенције. Одступање од законских мјера је дозвољено само када би осумњичени то добровољно прихватио, те када би преузео одговорност за своје дјело и док је год могуће, обештетио оштећеног (Hausmaninger 2003: 192). Посве је јасно да би јавни тужилац донио овакву одлуку само ако је осумњичени вољан испунити једну или више обавеза предвиђених у закону. Воља осумњиченог је, према закону, конститутивни елеменат за одлуку јавног тужиоца. Те обавезе закон прописује, а оне се састоје у отклањању штетних посљедица насталих извршењем дјела или накнади причињене штете, испуњењу доспјелих обавеза издржавања, плаћању одређеног износа у корист хуманитарне организације, јавне установе или фонда или обављање рада за опште добро на слободи, као и обавеза одвикавања од алкохола или опојних дрога или подвргавање психосоцијалној терапији. У погледу отклањања штетних посљедица не тражи се пристајање оштећеног и оно је апсолутно ирелевантно за одлуку јавног тужиоца у погледу позивања на овај институт у закону Србије, док закон Црне Горе прописује могућност посредовања између оштећеног и осумњиченог у погледу

³ Члан 283 Законика о кривичном поступку Србије, „Службени гласник“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21, 62/21.

⁴ Чланак 206.d Закона о kaznenom postupku Hrvatske, „Narodne novine“, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 130/20, 80/22.

⁵ Члан 272 Законика о кривичном поступку Црне Горе, „Службени лист Црне Горе“, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15, 58/15, 28/18, 116/20.

отклањања штетних посљедица, односно испуњења обавеза издржавања или других обавеза које проистичу из правноснажних судских одлука као и прибављање сагласности оштећеног за изрицање мјера плаћања одређеног износа у корист хуманитарне организације, јавне установе или фонда или обављање рада за опште добро на слободи. Самим тим, закон Црне Горе не оставља по страни оштећено лице када је у питању примјена овог института од стране јавног тужиоца као што то чини закон Србије. Законом Хрватске, одлагање кривичног гоњења је условљено, поред формалних услова (запријеђене казне), и сагласношћу жртве или оштећеног за било коју мјеру, што се чини најпотпунијим и најисправнијим законским рјешењем са становишта хуманистичких и етичких постулата. На овај начин као систем штите се интереси оштећених лица и показује осјетљивост према жртвама кривичних дјела. Мишљења смо да је у закону Србије законодавац нарушио право оштећеног да буде обавијештен о оваквој намјери јавног тужиоца, штавише, он о томе сазнаје тек када јавни тужилац формално рјешењем одбаци кривичну пријаву, а на такво рјешење оштећени нема право подношења приговора (члан 283 став 3 ЗКП Србије). Сувишно је говорити да се оваквим понашањем јавног тужиоца интереси оштећеног потпуно занемарују на начин да се нарушава принцип правичности којим би се налагало уважавање интереса оштећеног лица с обзиром на то да му је онемогућена била каква реакција у правцу извођења учиниоца дјела пред суд, као и његово право да пред судом (кривичним) поставља имовинскоправни захтјев.

Summa summarum одлагање кривичног гоњења представља неку врсту договора између осумњиченог и јавног тужиоца (Pavišić, 2001: 286) као државног органа гдје он наредбом (ЗКП Србије), односно рјешењем (ЗКП Хрватске и ЗКП Црне Горе) налаже испуњење неке обавезе у остављеном року,⁶ а осумњичени исказује свој пристанак на то. Закони Србије и Црне Горе надзор над извршавањем обавезе/а стављају у надлежност органа управе (министарство за послове правосуђа), за разлику од закона Хрватске који не прецизира чија је надлежност те се може извести закључак да јавни тужилац надзире осумњиченог да ли он обавезе извршава у року и на начин како их је прихватио. Чини се потпуно исправним подржати став законодавца који надзор оставља јавном тужиоцу из разлога што он треба да активно прати провођење обавезе коју

⁶ Рок не може бити дужи од годину дана (члан 283 став 2 ЗКП Србије, члан 206.d став 2 ЗКП Хрватске), односно шест мјесеци (члан 272 став 2 ЗКП Црне Горе).

је осумњичени предузео како би могао правовремено реаговати. Ово се чини оправданим и због оштећеног лица који се у кривичном процесном смислу третира као споредни процесни субјект на страни јавног тужиоца, а који је у овом случају дао пристанак на примјену одлагања кривичног гоњења и самим тим се „придружио“ алтернативној реакцији јавног тужиоца у погледу учињеног кривичног дјела од стране осумњиченог. Уколико осумњичени не би испунио преузету обавезу, јавни тужилац је дужан започети кривично гоњење. Када овако не би поступио, отворио би врата правној несигурности (Крпач, 2001: 54), поготово из разлога што је оштећеном ускраћено право преласка у супсидијарног тужиоца у фази истраге и што је немали број оваквих кривичних дјела на које се ова установа може примјенити (Јекић, 2003: 222). Дакле, оштећени не само да нема могућност да стекне својство супсидијарног тужиоца, већ нема ни право да се приговором обраћа непосредно вишем јавном тужиоцу (Шкулић, 2013: 83). У супротном, ако би осумњичени испоштовао договор, јавни тужилац би одбацио кривичну пријаву рјешењем и обавијестио оштећеног.

Одлагањем кривичног гоњења жели се постићи повећање ефикасности поступка и растерећење судова (Ђурђић, 2009: 83), уз евидентну наглашеност рјешавања случајева неконфликтним путем којим се може донекле постићи и измирење осумњиченог с једне стране и оштећеног с друге стране, наравно, ако би оштећени дао пристанак да се одложи кривично гоњење.⁷ Можемо рећи да би увођење овог института у Закон о кривичном поступку Републике Српске имао позитиван ефекат у два правца: једном, смањење броја предмета, и другом: успостављање неконфликтног рјешавања случајева на начин да се оштећени активно укључи у овој фази поступања јавног тужиоца кроз право на могућност да се сагласи са приједлогом јавног тужиоца када су испуњени услови, а осумњичени да пристане на такав приједлог. На овај начин јавни тужилац би довео правну ситуацију према осумњиченом у стање одлагања кривичног гоњења, условљено испуњењем обавезе/а осумњиченог. Дакле, ова одлука јавног тужиоца имала би условљен карактер и од њене реализације у коначници би зависила даља судбина осумњиченог у кривичном поступку. Сам циљ кривичних процесних одредаба закона које би се кретали у овом правцу према осумњиченим учиниоцима кривичног дјела када се испуне формални услови, могао би се огледати у неулажењу

⁷ У законодавствима која то прописују.

у кривични поступак, односно примјеном овог института остајало би се ван терена формалног суђења. Ово би био типичан примјер алтернативе кривичном гоњењу и вођењу формалног поступка према осумњиченом учиниоцу кривичног дјела. Само одлагање кривичног гоњења зависило би од тога да ли ће осумњичено лице испунити неку од преузетих обавеза или, боље речено, учинити нешто добро, а испуњење таквих обавеза без посезања за судским поступком у новој правној терминологији назива се и неформалним санкцијама (Свјетко, 2003: 49–68). Добра страна оваквог неформалног поступка била би и у томе што бисмо овдје имали и неку врсту поравнања између учиниоца кривичног дјела и оштећеног.

Дакле, одлагање кривичног гоњења захтијевало би кумулативно испуњење два услова на страни осумњиченог лица: да осумњичено лице прије одлуке јавног тужиоца о реаговању на овај начин недвосмислено искаже свој пристанак на преуземиње обавезе/а по претходно прибављеној сагласности оштећеног лица, и друго, да осумњичени испуни преузету обавезу у остављеном року. Произлази да би активирање института, одлагање кривичног гоњења, било у надлежности јавног тужиоца уз претходно прибављену сагласност оштећеног лица, а у коначници његова примјена зависила би од осумњиченог лица тј. његовог става о примјени овог института. Уколико осумњичено лице не би дало свој пристанак, јавни тужилац би предузео радње кривичног гоњења у складу са начелом легалитета.

Како је у основи овог института погодовање осумњиченом, јер му се умјесто вођења кривичног поступка (суђења), које може резултирати кривичном санкцијом, нуди могућност невођења кривичног поступка а самим тим и могућност неизрицања кривичне санкције, мишљења смо да би у одређеном броју предмета осумњичени пристајао на примјену овог института у преистражним радњама (прије доношења наредбе о покретању истраге). На тај начин, кроз примјену овог института када су испуњени законски услови а које би процјењивао јавни тужилац у предистражној фази, дошло би до убрзања поступака, смањења трошкова и генерално растерећења судова. Из тог разлога, у случају увођења института одлагање кривичног гоњења у кривичнопроцесно законодавство Републике Српске, веома је важно уредити критеријуме који ће служити јавном тужиоцу приликом опредјелјивања на одлагање кривичног гоњења у погледу утврђивања новчаног износа (обавезе плаћања одређеног новчаног износа у корист хуманитарних организација, фондова или јавних установа) као што су тежина кривичног дјела и имовно стање

осумњиченог лица. Поред тога, важно би било прописати да се овакав алтернативни вид реакције не би могао примјењивати код повратника у извршењу кривичних дјела или према лицима према којима је и раније одлагано кривично гоњење. Оправданост примјене одлагања кривичног гоњења долазила би до изражаја само према лицима која нису била раније осуђивана, односно која нису склона вршењу кривичних дјела и према којима би се овим институтом могло реаговати на начин да им друштво омогући „опраштање прве грешке“ у друштвеном понашању. Најзад, приједлог за примјену овог института могао би потицати не само од јавног тужиоца него и од осумњиченог лица, као и браниоца. Како је у основи института признање кривичног дјела, то га чини блиским институту споразума о признању кривице (који се може постићи у фази истраге па све до доношења другостепене одлуке) који такође може потећи од било које странке у кривичном поступку. Дакле, овдје би се признање кривичног дјела од стране осумњиченог лица дешавало у предистражној фази (прије наредбе о покретању истраге) са преузимањем неке обавезе, што би указивало на развијену свијест осумњиченог о свом неприхватљивом понашању. Због свега тога сматрамо да би бранилац требало да буде обавезан како би се заштитило право одбране у тренутку одлучивања о одлагању кривичног гоњења с једне стране, док би се с друге стране бранилац постарао да се изрекне обавеза која у највећој мјери одговара личности осумњиченог, или да предлаже комбиновање обавеза (нпр. уплата новчаног износа у хуманитарне сврхе, с обзиром на његове имовинске могућности, са одређеним бројем сати хуманитарно корисног рада).

Дакле, и када имамо кривично дјело које је осумњичено лице учинило (запријеђена новчана казна или казна затвора до пет година), јавни тужилац би имао могућност да, уз сагласност осумњиченог лица и пристајак оштећеног лица, не проводи формални поступак као и да не захтијева изрицање санкције која би била резултат тог поступка, те овакав облик алтернативног реаговања имао би за циљ да се осумњичени обавезе пред судом властите савјести. Ипак, не треба губити из вида да би у одређеном броју случајева осумњичени дао пристајак на овакав начин непокретања поступка од стране јавног тужиоца како би избјегао формални поступак, чак и када није спреман да испуни преузету обавезу. Процјена тог услова спремности осумњиченог лица на испуњење обавезе спада у дискрециона овлашћења јавног тужиоца, који би из разлога свјесне неспремности осумњиченог имао могућност да своју првобитну одлуку коригује.

Само одлагање кривичног гоњења, уколико би се сагласиле странке, требало би бити у форми писменог споразума, као и у случају споразума о признању кривичног дјела. У случају неиспуњења обавеза у остављеном року јавни тужилац би у складу са споразумом донио наредбу за спровођење истраге и на тај начин наставио кривични поступак у складу са начелом легалитета.

Може се поставити питање шта би се могло десити уколико осумњичено лице дјелимично испуни своју обавезу. Сматрамо да би у овом случају јавни тужилац имао дискреционо право да не покрене кривични поступак ако сматра да то не би било цјелисходно. Свакако да би главни разлог за овакву одлуку јавног тужиоца требало да буде квалитет дјелимичног испуњавања обавезе од стране осумњиченог лица, те његова дискрециона процјена да се и таквим дјелимичним испуњењем постигло јачање личне одговорности у правцу невршења кривичних дјела у будућности. Дакле, јавни тужилац у свјетлу свих објективних и субјективних показатеља треба да процијени дјелимичну испуњеност обавезе те да, с обзиром на то, као и претпоставком о будућем понашању, процијени да ли ће ићи на доношење наредбе о покретању истраге.

ЗАКЉУЧАК

Институт одлагања кривичног гоњења представља прави израз начела акузаторности, јер је оптужна функција јавног тужиоца апсолутно подређена његовој процјени и његовом ставу. Несумњиво је да би на овакав начин закон имао потпунији смисао, који се не би огледао само у замјени кривичних санкција изреченим обавезама тј. њиховој ванрепресивности, него бисмо овдје, уз уважавање става оштећеног лица, осумњиченом лицу у изглед ставили одговорну позицију. Као резултат оваквог могућег законског реаговања на учињено лакше кривично дјело осумњиченом лицу би се пружила могућност да активно сагледа грешку у свом понашању и да донесе одлуку у општем и сопственом интересу.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бејатовић, С., *Кривично процесно право, општи део*, Београд, 1997.
2. Вауер, В., *Југословенско кривично процесно право*, Загреб, 1977.
3. Панта, М., *О легалитету и опортунитету у кривичном гоњењу*, Правни живот, бр: 6-7/72, Београд
4. Рајишић, В., *Коментар закона о казненом поступку*, Ријека, 2001.
5. Крапас, Д., Лончаревић, Д., *Оштећени као туžilас и кривичном поступку*, Загреб, 1985.
6. Крапас, Д. и сарадници, *Казнено процесно право (примјеровник)*, Загреб, 2001.
7. Васиљевић, Т., Грубач, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2002.
8. Матовски, Н., *Казнено процесно право*, Скопје, 2003.
9. Васиљевић, Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981.
10. Сијерчић-Чолић, Х., *Коментари закона о кривичном поступку у БиХ*, Сарајево, 2005;
11. Hausmaninger, Н., *Austrian Legal System*, Wien, 2003
12. Циглер, С., *Појам начела легалитета и опортунитета кривичног гоњења*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4/95, Београд
13. Свјетко, В., *Hrvatski projekt posebne obveze – izvansudske nagodbe и prethodnom postupku prema maloljetnim i mlađim punoljetnim роћинителјима казnenih djela*, Hrvatski ljetopis за казнено право и праксу, vol. 10, број: 1/03, Загреб
14. Грубач, М., *Реформа кривичног поступка*, Правни живот, бр. 9/02, Београд
15. Ђурђић, В., *Кривично процесно право, општи део*, Ниш, 2014.
16. Ђурђић, В., *Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка*, Поједностављење форме поступања, 2009.
17. Шкулић, М., *Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела*, Београд, 2003.
18. Шкулић, М., *Основне новине у кривичном процесном праву Србије (нови ЗКП из 2011. године)*, Београд, 2013.

19. Јурчевић, М., *Коментари закона о кривичном поступку БиХ*, Сарајево, 2005.
20. Јекић, З., *Кривично процесно право*, Београд, 2003.
21. Сијерчић-Чолић, Х., Вулета, Д., Хациомерагић, М., *Коментар закона о кривичном поступку*, Сарајево, 1999.

Правни прописи

1. Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник РС“ бр. 53/12, 91/17, 66/18, 15/21;
2. Закон о заштити и поступању са дјецом и малољетницима у кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник РС“ бр.13/10, 61/13, 68/20;
3. Законик о кривичном поступку Србије, „Службени гласник“ бр. 72/11,101/11, 121/12,32/13, 45/13,55/14, 35/19,27/21, 62/21;
4. Закон о kaznenom postupku Hrvatske, „Narodne novine“, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 130/20, 80/22.
5. 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, 116/20.

Associate Professor, Mladenka Govedarica, LL. D.

**DELAY OF CRIMINAL PROSECUTION (JUSTIFICATION
OF INTRODUCING THE INSTITUTE IN THE CRIMINAL
PROCEDURE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA)**

The institution of postponement of criminal prosecution represents the true expression of the principle of accusatory, because the prosecutorial function of the public prosecutor is absolutely subordinated to his assessment and his attitude. There is no doubt that in this way the law would have a more complete meaning, which would not be reflected only in the replacement of criminal sanctions with imposed obligations, i.e. to their non-repressiveness, but here, while respecting the position of the injured party, we would put the suspect in a position of responsibility. As a result of this possible legal response to a minor criminal offense committed, the suspect would be given the opportunity to actively consider the error in his behavior and make a decision in the general and his own interest.

Key words: public prosecutor, postponement of criminal prosecution, suspect, principle of opportunity, plea agreement.

УТИЦАЈ КОНСЕНЗУАЛНИХ КРИВИЧНИХ ПОСТУПАКА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Др Раденко Јанковић¹

***Апстракт:** кривични поступци који се завршавају на основу споразума о признању кривице и изјаве о признању кривице дате судији за претходно саслушање заједно са поступком за издавање казног налога нови су посебни консензуални кривични поступци у кривичном процесном законодавству Републике Српске. Они су прихваћени искључиво под страним утицајима. Иако се у нашој пракси ови поступци често примјењују још увијек код њих постоји низ спорних, како теоретских, тако и практичних питања. Једно од тих питања, које је до сада само површно разматрано, је њихов утицај на казнену политику. Погрешно је овај утицај посматрати апстрактно. Он је веома различит у различитим законодавствима, а и у истом се временом може мијењати. Једини пуоздан начин да се о њему донесу исправни закључци су скоро заборављена истраживања у пракси. Да би утврдио овај утицај, али и размотрио многа друга питања, аутор је обавио два изузетно обимна истраживања споразума и захтјева за издавање казног налога. Разматрање ове проблематике треба да допринесе бољем разумијевању ових поступака, омогући њихову правилнију примјену, али и да доведе до бољих законских рјешења.*

***Кључне ријечи:** казнена политика, споразум о признању кривице, признање кривице пред судијом за претходно саслушање, поступак за издавање казног налога, консензуални кривични поступци.*

¹ Др Раденко Јанковић, републички јавни тужилац Републике Српске, e-mail: radenko.jankovic@pravosudje.ba.

1. Увод

Крајем XX и почетком XXI вијека многе државе, међу којима и све државе настале распадом бивше СФР Југославије, у своја законодавства увеле су консензуалне кривичне поступке засноване на признању кривице. Они су просто “преплавили” законодавства широм свијета.² Споразум о признању кривице (у даљем тексту споразум), признање кривице пред судијом за претходно саслушање и поступак за издавање казног налога су се на просторима Босне и Херцеговине (у даљем тексту БиХ) први пут појавили у Закону о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ који је донесен 23.10.2000. године.³ 24.01.2003. године донесен је нови Закон о кривичном поступку БиХ.⁴ Нови Закон о кривичном поступку Републике Српске (у даљем тексту ЗКП РС) ступио је на снагу 01.07.2003. године⁵, а нови Закон о кривичном поступку Федерације БиХ 01.08.2003. године.⁶ Сви ови закони су прихватили наведене консензуалне кривичне поступке засноване на признању кривице. Њима странке “диспонирају” предметом кривичног поступка и они се заснивају на “адаптацији англо-америчке процесне идеје да само спорни предмети захтијевају пуну процесну обраду”.⁷

² Војислав Ђурђић, „Рационализација кривичног поступка Србије“, Правна ријеч бр. 12/2007, 99. говори о „plea bargaining infection“; Марјан Дамашка, „Напомене о споразумима у казненом поступку“, Хрватски љетопис за казнено право и праксу бр. 1/2004, 4. истиче да се овакви институти “нападно шире”; Исто и Милан Шкулић, „Споразум о признању кривице“, Правни живот бр. 1/2009, 287.

³ Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 7/00); Важећи Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 33/13, 27/14, 3/19 и 16/20).

⁴ Високи представник у БиХ је Одлуком бр. 100/03 донио Закон о кривичном поступку БиХ; Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине (“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, 72/13 и 65/18).

⁵ Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 50/03“; Важећи Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/12, 91/17, 66/18 и 15/21).

⁶ 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).

⁷ Марјан Дамашка, „О мијешању инквизиторних и акузаторних процесних форми“, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр. 2/1997, 383.

Под консензуалношћу подразумјевамо сагласност, најчешће договор, странака о начину избјегавања или бржег окончања кривичног поступка.⁸ У консензуалне кривичне поступке засноване на признању кривице у Републици Српској спадају поступак који се завршава на основу споразума, поступак који се завршава на основу изјаве о признању кривице дате судији за претходно саслушање и поступак за издавање казног налога. Погрешно је у њих сврставати и имунитет свједока, односно право свједока да не одговора на поједина питања (чл. 149 ЗКП РС).⁹ Заједничко за ове поступке је то што до њих долази само онда када оптужени призна кривицу. Код њих по правилу изостаје главни претрес као најважнија фаза редовног кривичног поступка. Ситуација у којој јавни тужилац даје имунитет свједоку сасвим је друге природе.¹⁰ Од тога не зависи да ли ће се кривични поступак завршити неком од консензуалних форми или ће се водити редовни кривични поступак. У случају давања имунитета свједоку најчешће се и води редовни кривични поступак, али не против лица коме је дат имунитет.¹¹ Циљ одредбе која свједоку даје право да не одговара само на поједина питања ако би га истинит одговор изложио кривичном гоњењу и могућност давања имунитета потпуно је различит од циља наведених консензуалних кривичних поступака. Њен циљ је заштита од самооптуживања. Неки аутори у поједностављене кривичнопроцесне форме не убрајају имунитет свједока, као нпр. Јова-

⁸ Горан Томашевић, Казнено процесно право – Опћи дио (измијењено и допуњено Е-издање), Сплит: Правни факултет 2013, 95.

⁹ То нпр. чине Хајрија Сијерчић-Чолић, Поступак за издавање казног налога: процесно законодавство у Босни и Херцеговини и регионални упоредноправни осврт у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Београд: Мисија ОЕБС 2013, 305; Драгана Косић, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима Републике Српске у зборнику „Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама Европске уније – Стање у Босни и Херцеговини и искуства других“, Бања Лука 2017, 274.

¹⁰ Драгана Косић, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима Републике Српске у зборнику „Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама Европске уније – Стање у Босни и Херцеговини и искуства других“, Бања Лука 2017, 274, сматра да је то посебна врста споразума између јавног тужиоца и свједока.

¹¹ Ведран Алиџановић, „Скраћени кривични поступци у праву Босне и Херцеговине, Италије и Њемачке“, Зборник радова Правног факултета у Тузли бр. 17/2016, 113, наводи да се „поступком давања имунитета изоставља цијели кривични поступак“. Поставља се питање како давање имунитета може бити „скраћени“ поступак, у који га убраја аутор, ако ту у ствари и нема кривичног поступка.

шевић и Икановић.¹² Иmunитет свједока је познавало и раније југословенско кривично процесно право, али нико од аутора из тог времена није га сврставао у поједностављене или сличне кривичнопроцесне форме. Поједини аутори у поједностављене кривичнопроцесне форме убрајају и признање кривице на главном претресу.¹³ Не спорећи чињеницу да у одређеном смислу и признање кривице на главном претресу представља поједностављену кривичнопроцесну форму, оно се од осталих ипак разликује. Код казног налога и признања кривице пред судијом за претходно саслушање изостаје главни претрес, а најчешће га нема ни код споразума. Изостанак главног претреса чини суштину правих поједностављених кривичнопроцесних форми. Код признања кривице на главном претресу главни претрес је одржан. Због тога оно не представља посебан консензуални кривични поступак, већ се може сматрати само специфичним и скраћеним обликом редовног кривичног поступка. До признања кривице оптуженог на главном претресу долази након што су изведени докази или бар њихов претежан дио. То је неопходно да би суд могао утврдити да је признање потпуно и у складу са раније изведеним доказима (чл. 281 ЗКП РС), што је услов за његово прихватање. Када суд прихвати признање кривице наставља главни претрес и доказни поступак, али се изводе само докази од којих зависи одлука о кривичној санкцији.

Поједини аутори истичу да казнена политика представља једно од најконтроверзнијих питања кривичне науке, гдје је „све спорно”, укључујући и њен назив, полазећи од тога да судови не воде никакву политику и не доносе никакве политичке одлуке.¹⁴ Без икакве дилеме казнена политика у поступку који се завршава на основу споразума или издавањем казног налога прелази у руке јавног тужиоца. У новијој кривичноправној теорији јављају се аутори као нпр. Јакулин који говоре о тужилачкој казној политици. У консензуалним кривичним поступцима јавни тужилац постаје субјект казнене политике. У савременој науци кривичног процесног права постоји тренд давања много већих овлаштења јавном тужиоцу, не само значајном улогом у упрошћеним

¹² Драган Јовашевић и Вељко Икановић, *Кривично процесно право Републике Српске*, Бања Лука: Паневропски универзитет „Ареирон“ 2016, 195.

¹³ *Ibid*, 195.

¹⁴ Ђорђе Игњатовић, *Да ли је казнена политика судова у Србији одговарајућа? у зборнику „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)“*, Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске 2012, 103.

формама, тако да казнена политика тужилаштва заслужује сву пажњу.¹⁵ Због тога се говори и о „новој улози“ јавног тужиоца.¹⁶

2. Приговори консензуалним кривичним поступцима везани за казнену политику

Консензуалним кривичним поступцима заснованим на признању кривице често се приговара да озбиљно доводе у питање начело правичности и да дискриминишу оптужене којима се суди у редовном кривичном поступку тако што им се у односу на оне који су за иста или слична кривична дјела признали кривицу изричу знатно веће казне. Овај приговор се посебно односи на споразум.¹⁷ Посебно је у САД присутна пракса по којој постоје велике разлике између казни изречених на основу споразума и изречених у кривичном поступку пред поротом, нпр. оптуженом који је закључио споразум изриче се казна затвора од четири године, а оном који га није закључио за исто дјело учињено под идентичним околностима последице суђења изриче се казна затвора од 20 година. У САД је спроведено истраживање са циљем да се утврди да ли постоје разлике између казни које се изричу након суђења и оних које се изричу на основу признања кривице. Оно је довело до закључка да су разлике значајне у корист оних који су пристали на нагодбу.¹⁸ Овдје се поставља питање не значи ли награђивање оних који се одричу својих права кажњавање оних који се тим правима користе.¹⁹ Ако суд изрекне

¹⁵ Вид Јакулин, Казнена политика у Словенији (Раскорак између очекивања и стварности) у зборнику „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене“, Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске, 2012, 134

¹⁶ Wolfgang Heinz, *Der schöne Schein des Strafrechts im Rahmen des Interdisziplinären Seminars „Was heisst soziale Gerechtigkeit?“* 2010, 19, код казног налога истиче нову улогу тужиоца (*neue Rolle*) и закључује да је он постао „судија над судијом“ (*Richter vor dem Richter*).

¹⁷ Овај приговор наводе нпр. Данило Николић, Споразум о признању кривице, Ниш: Студентски културни центар 2006, 136; Миодраг Симовић, Кривични поступци у Босни и Херцеговини (друго измијењено и допуњено издање), Сарајево 2004, 233.

¹⁸ Nancy King, David Soule, Sara Steen и Robert Weidner, „When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States“, *Columbia Law Review* Vol. 105/2005, 959.

¹⁹ Fiona Leverick, „Tensions and balances, cost and rewards: the sentence discount in Scotland“, *Edinburgh Law Review* Vol. 8/2004, 387, сматра да обавезно смањење казне у случају признања кривице које постоји у Шкотској доводи до неправедног

блажу казну онеме ко призна кривицу то значи да би му изрекао строжију да је кривицу порицао. Оптужени који користи право на одбрану и због тога добије тежу казну може с правом сматрати да је кажњен због кориштења свог права.²⁰ Alschuler сматра да је неоправдано оптужене третирати различито само због тога што су донијели различите тактичке одлуке.²¹ Sandefur као примјер наводи случај када полицајци приликом кориштења детектора у Вашингтону код туристе пронађу пиштољ, при чему он није свјестан да је у тој држави забрањено ношење оружја. Пиштољ се одузима и туриста хапси. Ако призна кривицу, пушта се на слободу и тужилац не тражи казну затвора. Ако не призна оптужује се за недозвољено држање муниције и то за сваки метак посебно. Sandefur закључује да не изненађује да се 99,9% туриста одлучује за признање кривице.²² Овакве ситуације могу створити утисак да се неко кажњава што није пристао да закључи споразум.²³ Поједини аутори у САД сматрају да јавни интерес захтијева строже кажњавање оптуженог који пориче кривицу и буде оглашен кривим на суђењу од оног који закључи споразум.²⁴

Са друге стране, закључује се да то није тачно и да се учинилац кажњава због тога што је извршио кривично дјело, а не због тога што није признао кривицу.²⁵ Присталице споразума истичу да је признање кривице олакшавајућа околност, али да порицање није отежавајућа. Они истичу да се признање и у законодавствима у којима нема споразума аутоматски узима као олакшавајућа околност.²⁶ Тачно је да се оптуженом који је закључио споразум може изрећи блажа казна од оног који га није

кажњавања оних окривљених који су остварили своје право на суђење.

²⁰ K. V.K. Santhy, „Plea Bargaining in US and India Criminal Law confessions for Concessions“, Nalsar Law Review Vol. 7/2013, 100; Steven Grossman, „An Honest Approach to Plea Bargaining“, American Journal of Trial Advocacy Vol 29/2005, 101.

²¹ Albert Alschuler, „The Changing Plea Bargaining Debate“, California Law Review Vol. 69/1981, 680, наводи примјер оптуженог који је умјесто казне од пет година затвора коју би добио да је прихватио споразум на суђењу добио доживотну казну затвора и закључује да се толико велика разлика не може ничим оправдати.

²² Timothy Sandefur, „In Defense of Plea Bargaining“, Regulation Fall Vol. 26/2003, 30.

²³ Cynthia Alkon, „The U.S. Supreme Courts Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Iafler and Frye“, Texas A&M Law Scholarship, Vol. 3/2014, 621.

²⁴ Stephanos Bibas, „Bringing Moral Values into a Flawed Plea-Bargaining System“, Cornell Law Review Vol. 88/2003, 1.427.

²⁵ Нпр. Timothy Sandefur, „In Defense of Plea Bargaining“, Regulation Fall Vol. 26/2003, 36.

²⁶ Ово истиче нпр. Марјан Дамашка, „Напомене о споразумима у казненом поступку“, Хрватски љетопис за казнено право и праксу бр. 1/2004, 16.

закључио, али на то треба гледати као на бенефицију за закључивање, а не као санкцију за незакључивање споразума.²⁷ Alschuler закључује да судија мање саосјећа са оптуженим када чује доказе на суђењу, него када о чињеницама сазна из писаних доказа.²⁸

3. Теоретски ставови о утицају консензуалних поступка на казнену политику

Консензуални кривични поступци засновани на признању кривице у одређеној мјери због своје природе по логици ствари требају довести до блаже казнене политике. Тако нпр. Савезни врховни суд Швајцарске сматра да је „нормално“ да постоје разлике у казни, јер у супротном споразум странака не би имао никаквог смисла.²⁹ То се посебно односи на законодавства у којима се у тим кривичним поступцима може изрећи блажа казна и од оне која се иначе може изрећи примјеном одредаба о ублажавању казне. У нашој теорији и пракси општеприхваћено је да се споразумом може предложити ублажена казна само у складу са одредбама о ублажавању. То је изричито прописано чл. 53 ст. 4 Кривичног законика Републике Српске по коме суд може за кривично дјело изрећи блажу казну од прописане у случајевима споразума, али не мимо правила и граница за ублажавања казне прописаних овим законом.³⁰ Пропуст законодавца је то што ово изричито није предвидио и за поступак за издавање казног налога и поступак који се завршава на основу признања кривице датог судији за претходно саслушање. У неким законодавствима као што су нпр. хрватско или словеначко постоје посебна правила за ублажавања казне код споразума. По чл. 49 ст. 2 у вези са чл. 48 ст. 3 Казног закона Хрватске казна се код споразума може додатно ублажити до половине најниже казне добијене ублажавањем.³¹ И чл. 51 ст. 2 Kazenskog zakonika Словеније

²⁷ Scott Howe, „The Value of Plea Bargaining“, Oklahoma Law Review Vol. 58/2006, 615.

²⁸ Albert Alschuler, „The Changing Plea Bargaining Debate“, California Law Review Vol. 69/1981, 661.

²⁹ Angela Giger, „Die Unverwertbarkeit der Erklärungen nach Art. 362 Abs. 4 StPO: Rückschluss auf das Strafmassermessen der Staats-anwaltschaft im abgekürzten Verfahren? – Besprechung von BGE 144 IV 189“, Forum poenale 1/2019, 74.

³⁰ Кривични законик Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 64/17, 15/21 и 89/21).

³¹ Казнен закон Хрватске („Народне новине Републике Хрватске“, бр. 125/11, 144/12, 56/15 и 61/15); Ксенија Турковић и др., Коментар казног закона, Загреб: Народне

код споразума су прописане посебне границе за ублажавање казне, блаже од редовних.³² У неким законодавствима као нпр. сјеверно македонском споразум је самосталан законски основ за ублажавање казне.

Већина аутора која се бавила овим питањем сматра да ширење консензуалних кривичних поступка у пракси неминовно води ка блажој казненој политици.³³ Без мотива да му се изрекне блажа кривична санкција оптужени у многим случајевима сигурно не би признао кривицу. Мартиновић сматра да на креирање казнене политике, поред других чинилаца, утиче и примјена консензуалних кривичних поступака.³⁴ И у иностраној стручној литератури наилазимо на схватања по коме консензуални кривични поступци доводе до блаже казнене политике. Тако нпр. Вучковић сматра да се у Хрватској „у најмању руку отвара питање адекватности политике кажњавања тамо гдје се прогон врши подношењем казног налога“.³⁵ У захтјеву за издавање казног налога и споразуму треба образложити основ за ублажавање казне, ако је оно предложено, што се у нашој пракси по правилу не чини.³⁶ Ријетко се образлаже које су то особито олакшавајуће околности као основ за изрицање ублажене казне. Поједини аутори иду и даље закључујући да занемаривање утврђивања узрока кривичног дјела у консензуалним кривичним поступцима доводи у питање могућност остваривања сврхе кажњавања. Они сматрају да је у таквој ситуацији „непристојно и говорити о сврси кривичних санкција и да је обесмишљена одредба у кривичним законодавствима о сврси казне и кажњавања“.³⁷

новине 2013, 73, истичу да ово рјешење даје шире могућности за споразумијевање.

³² Kazenski zakonik Slovenije (“Uradni list Republike Slovenije”, бр. 50/12, 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20 и 95/21).

³³ Војислав Ђурђић, Јавни тужилац као субјект казнене политике у зборнику „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)“. Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске 2012, 94.

³⁴ Александра Мартиновић, „Казнена политика судова у Босни и Херцеговини“, Право и правда бр. 1/2010, 171.

³⁵ Милојко Вучковић, Нека питања везана за примјену казног налога, у зборнику „Са стручног скупа казног одјела“, Загреб 2006, 56.

³⁶ ОСЦЕ, Извјештај о примјени закона о кривичном поступку на судовима у Босни и Херцеговини, Сарајево 2004, 3; Миодраг Симовић и Марина Симовић, „Реформа кривичног поступка у Босни и Херцеговини – о неким спорним питањима“, Правни живот бр. 9/2005, 759, наводе да се на основу споразум о признању кривице у 90% случајева изриче ублажена казна.

³⁷ Златко Николић, „Филозофскоправни и криминолошки аспект казног законодавства

Иако рјеђе, постоји и схватање по коме примјена консензуалних кривичних поступака за посљедицу није имала “блажу казнену политику, односно попустљивост јавног тужиоца” приликом закључивања споразума о признању кривице или приликом подношења захтјева за издавање казног налога³⁸. По њему казнена политика у БиХ у поступцима који су завршени споразумом по правилу је једнака оној у поступцима завршеним на главном претресу.³⁹ На идеју по којој консензуални кривични поступци не морају увијек довести до блаже казнене политике наилазимо и упоредном законодавству. Нпр. Gieger наводи да су неке интервјуисане судије у Швајцарској потврдиле да се у скраћеном кривичном поступку, швајцарској варијанти споразума, не изричу увијек ниже казне. Оне су изјавиле да у том поступку често прихватају предложену блажу казну, али да би ту исту блажу казну изрекле и у редовном кривичном поступку.⁴⁰

У нашој пракси и прије увођења консензуалних кривичних поступака било је много приговора да се ублажавање казне прешироко користи и да је казнена политика неадекватна.⁴¹ Истицало се да се мора закључити да је казнена политика неадекватна ако судови често и у знатном броју случајева изричу казне на граници законског минимума или чак испод њега.⁴² Ово је карактеристика и законодавстава осталих држава насталих распадом бивше СФР Југославије.⁴³ У посљедње вријеме све

у Србији – противречности и дилеме“, Правна ријеч бр. 15/2008, 634.

³⁸ Дамјан Кауриновић, Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању и казни налог у зборнику „Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини“, Неум 2004, 9.

³⁹ Правосудна мрежа Босне и Херцеговине, Хелсиншки одбор за људска права и Форум грађана Тузле, Пројекат: Цивилно друштво у процесу реформе БХ правосуђа, Сарајево 2016, 5.

⁴⁰ Angela Giger, „Die Unverwertbarkeit der Erklärungen nach Art. 362 Abs. 4 StPO: Rückschluss auf das Strafmassermessen der Staats-anwaltschaft im abgekürzten Verfahren? – Besprechung von BGE 144 IV 189“, Forumpoenale 1/2019, 76.

⁴¹ Фрањо Бачић, „Легислативни приступи уређењу институције ублажавања казне, с неколико напомена о судској политици кажњавања“, Наша законитост бр. 5/1989, 596.

⁴² Јован Тирић, Друштвени утицај на казнену политику судова у Србији, Београд: Центар за мир и развој демократије 2001, 9.

⁴³ За хрватско законодавство то закључује Дамир Кос, „Институт ублажавања казне у процесу њене индивидуализације“, Хрватски љетопис за казнено право и праксу бр. 2/2003, 430; Зоран Стојановић, Кривично право општи део (пето измењено и допуњено издање). Београд: Службени гласник 2012, 9. истиче да у Србији није тешко доћи до

чешће се говори о благој казненој политици, независно од примјене консензуалних кривичних поступака. Процент изречених ублажених казни је неоправдано висок. Изузетно је раширена пракса по којој се обичне олакшавајуће околности третирају као особито олакшавајуће, односно као основ за ублажавање казне. Ублажавање казне због особито олакшавајућих околности представља изузетно овлашћење суду, али се у пракси веома често користи, неријетко и злоупотребљава претварајући изузетак у правило.⁴⁴ У нашој пракси се ниједан институт кривичног права не злоупотребљава тако као ублажавање казне.⁴⁵

4. Фактори од којих зависи утицај консензуалних поступака на казнену политику у Републици Српској

Могућност утицаја консензуалних кривичних поступака на казнену политику у неком законодавству начелно зависи од четири основна фактора. Први је круг кривичних дјела на која се ови поступци могу примијенити, други је врста кривичних санкција које се у њима могу изрицати, трећи је је обим примјене ових поступака у пракси и четврти су овлаштења суда у њима.

У нашем законодавству споразум и признање кривице пред судијом за претходно саслушање су могући код свих кривичних дјела, па и најтежих. Овакво рјешење код споразума није општеприхваћено. У многим законодавствима он је искључен у односу на одређена кривична дјела, нпр. у црногорском за кривична дјела тероризам и ратни злочини, у индијском за кривична дјела којима се угрожава држава и она која су извршена против жене или дијетета млађег од 14 година, у бугарском за кривична дјела која су проузроковала смртну посљедицу. Са друге стране, нека законодавства споразум ограничавају само на одређена кривична дјела као нпр. пакистанско или бразилско на коруптивна кривич-

закључка да судови воде благоу казнену политику; Вид Јакулин, Казнена политика у Словенији (Раскорак између очекивања и стварности) у зборнику „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене“, Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске 2012, 129, сматра да је казнена политика у Словенији превише блага, а за жртве кривичних дјела чак и увредљива.

⁴⁴ Милош Бабић и Иванка Марковић, Кривично право општи дио (прво издање), Бања Лука: Правни факултет 2008, 411.

⁴⁵ Раденко Јанковић, „Осврт на општи дио Кривичног законика Републике Српске“, Адвокатура бр. 23/2019, 80.

на дјела. У многим законодавствима споразум је искључен у односу на кривична дјела за која је прописана релативно тежа казна, нпр. у румунском или албанском могућ је само за кривична дјела за која је прописана казна затвора до седам година. Захтјев за издавање казног налога се у нашем законодавству може ставити за кривична дјела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, отприлике за око 80% кривичних дјела предвиђених Кривичним закоником РС. Према изворној концепцији овај поступак се примјењује само на лакша кривична дјела која се граниче са прекршајима. Наш законодавац се определијелио за рјешење по коме се он примјењује и на средње тешка кривична дјела. Рјешења нашег законодавца која се односе на круг кривичних дјела на која се могу примјењивати консензуални кривични поступци начелно им дају могућност знатног утицаја на казнену политику.

На основу споразума и признања кривице пред судијом за претходно саслушање у нашем законодавству могу се изрицати све кривичне санкције предвиђене Кривичним закоником РС без икаквих ограничења. У неким законодавствима споразум је лимитиран казном која се на основу њега може изрећи, нпр. у швајцарском или чилеанском може се изрећи само казна затвора до пет година, у италијанском могу се изрећи само одређене и то лакше кривичне санкције или мјере. Захтјевом за издавање казног налога по чл. 358 ст. 2 ЗКП РС јавни тужилац може захтијевати изрицање само одређених кривичних санкција и мјера: 1. новчане казне; 2. условне осуде; 3. мјере безбједности забрана вршења одређеног позива, дјелатности или дужности; 4. мјере безбједности забрана управљања моторним возилом; 5. мјере безбједности одузимање предмета; и 6. мјере одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом. Слична рјешења код казног налога налазимо и у другим законодавствима у којима по правилу у овом поступку није могуће изрећи казну затвора.⁴⁶ И рјешења нашег законодавца која се односе на врсту кривичних санкција које се могу изрицати у консензуалним кривичним поступцима начелно им дају могућност знатног утицаја на казнену политику.

Најважнији фактор од кога зависи могућност утицаја консензуалних кривичних поступака на казнену политику је обим њихове примјене у пракси. У Републици Српској у периоду од 2006. године до 2022.

⁴⁶ Изузетно изрицање казне затвора у овом поступку дозвољено је нпр. у Швајцарској или Србији.

године 11,97% оптужених је закључило споразум,⁴⁷ док је у периоду од 2006. године до 2016. године у 48,61% оптужница стављен захтјев за издавање казног налога.⁴⁸ Признање кривице пред судијом за претходно саслушање је у нашој пракси релативно ријетко. Према подацима Основног суда у Бањој Луци од 1. јануара 2006. године до 30. јуна 2016. године од 7.090 оптужених који су се изјаснили о кривици само се четворо изјаснило кривим.⁴⁹ Ови подаци не одговарају стварном стању јер број оптужених који су признали кривицу пред судијом за претходно саслушање у Основном суду у Бањој Луци мора бити већи. Осим тога, нису узети у обзир случајеви у којима су се оптужени по захтјеву за издавање казног налога изјаснили да су криви, али нису прихватили предложену кривичну санкцију, који су садржајно идентични са онима у којима оптужени признаје кривицу пред судијом за претходно саслушање. Према неким подацима таквих случајева је око 0,1% у поступку за издавање казног налога.⁵⁰ У сваком случају признање кривице пред судијом за претходно саслушање се примјењује знатно рјеђе од споразума и казног налога. Када се узме у обзир да суд није прихватио све споразуме и захтјеве за издавање казног налога, а посебно да оптужени нису прихватили не мали дио захтјева за издавање казног налога може се закључити да се у Републици Српској отприлике око 40% свих кривичних предмета заврши у једном од ова три консензуална кривична поступка. Тај проценат свакако није мали и указује да начелно консензуални кривични поступци у Републици Српској могу значајно утицати на казнену политику. Приликом упоређивања обима примјене консензуалних кривичних поступака у Републици Српској и САД треба имати у виду и чињеницу да је казнена политика у САД много строжија него код нас и да тамо оптужени на сугестију својих бранилаца често пристају и на прилично тешке казне. Ова констатација важи и за остале државе настале распадом бивше СФР Југославије.⁵¹

⁴⁷ Подаци из Извјештаја Републичког јавног тужилаштва Републике Српске о раду тужилаштва у Републици Српској од 2006. до 2022. године.

⁴⁸ Подаци из Извјештаја Републичког јавног тужилаштва Републике Српске о раду тужилаштва у Републици Српској од 2006. до 2016. године.

⁴⁹ Подаци наведени по Драгана Косић, „Основне карактеристике практичне примјене поједностављених форми поступања у кривичним стварима Републике Српске“, Годишњак Факултета правних наука „Арегон“ бр. 8/2018, 274.

⁵⁰ Раденко Јанковић, Поступак за издавање казног налога, Бања Лука: Бесједа 2017, 399.

⁵¹ Драго Радуловић, „Нови Законик о кривичном поступку Црне Горе – прогресивна

Судови у Републици Српској нису обавезни да прихвате завршетак кривичног поступка ни на један од консензуалних начина. Чл. 359 ст. 3 ЗКП РС прописује да судија, између осталог, неће прихватити захтјев за издавање казног налога ако сматра да се према подацима у оптужници може очекивати изрицање неке друге кривичне санкције или мјере, а не оне коју је затражио јавни тужилац. По ауторовом истраживању судови су одбили само 2 захтјева за издавање казног налога од 5.208 стављених у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци у периоду од 2011. до 2016. године због тога што се нису сложили са предложеном кривичном санкцијом, иако је у бројним случајевима било очигледно да она није била адекватна. Наши судови контролу оправданости захтјева за издавање казног налога врше на такав начин да она практично и не постоји.⁵² Иако чл. 246 ст. 6. ЗКП РС није изричито прописано да суд може одбацивати споразум због тога што сматра да предложена кривична санкција није адекватна, у нашој пракси и стручној литератури се сматра да суд то овлаштење има.⁵³ У нашој пракси због овог разлога судови најчешће одбацују споразум. Према ауторовом истраживању од 1.076 споразума који су закључени у ОЈТ у Бањој Луци у периоду од 2011. до 2019. године није прихваћено 37 или 3,44%. Од тога 10 није прихваћено због тога што су странке одустале од споразума, 23 нису прихваћена због тога што је њима била предложена неадекватна кривична санкција, а 4 због свих осталих разлога. Нека законодавства су прихватила супротно становиште по коме суд не може одбити споразум ако сматра да предложена кривична санкција није адекватна.⁵⁴ Судови имају могућност да не прихвате и изјаву о признању кривице дату судији за претходно саслушање,

или регресивна рјешења“, Правна ријеч бр. 19/2009, 451, то истиче за Црну Гору; Милан Шкулић, „Споразум о признању кривице“, Правни живот бр. 10/2009, 288, то истиче за Србију.

⁵² Раденко Јанковић, Контрола захтјева за издавање казног налога са посебним освртом на оправданост, Правна ријеч бр. 60/2019, 379; Аутор наводи бројне примјере у којима су судови прихватили очигледно неадекватне кривичне санкције предложене захтјевом за издавање казног налога.

⁵³ Раденко Јанковић, Адекватност предложене кривичне санкције као услов за прихватање споразума о признању кривице, Српска правна мисао бр. 48/2015, 85, сматра да се овдје ради о пропусту законодавца и да овај услов за прихватање споразума треба изричито прописати.

⁵⁴ Ово становиште су заузели највиши судови у Србији, Хрватској и Словенији; детаљније видјети Раденко Јанковић, Споразум о признању кривице, Бања Лука: Бесједа 2022, 757 и 758.

али нису познати примјери из наше праксе у којима су то и учинили. Судови у Републици Српској имају обавезу да контролишу консензуалне кривичне поступке и да на тај начин контролишу и казнену политику у њима. Сасвим друго је питање колико у пракси то и чине.

5. Утицај консензуалних поступака на казнену политику у Републици Српској

Утицај консензуалних кривичних поступака на казнену политику веома је различит у појединим законодавствима, па чак може бити различит и у истом законодавству у различитим периодима. Он није непромјењива категорија. О њему се не може генерално закључивати, већ се закључци морају изводити за конкретно законодавство у одређеном периоду. Нпр. утицај консензуалних кривичних поступака на казнену политику у САД и у Републици Српској толико је различит да нема много заједничког.

Истраживање је једини објективан начин да се утврди како у пракси на казнену политику утичу консензуални кривични поступци. Једино оно може дати одговор на питање да ли консензуални кривични поступци доводе до изрицања блажих кривичних санкција у односу на редовни кривични поступак, што се често чује од наше и стручне и лаичке јавности или то није тачно и благе кривичне санкције су резултат неодговарајуће казнене политике која је таква независно од ових поступака. Ово питање је код споразума поставила Мартиновић истичући да се у нашој јавности континуирано пласирају тезе о благој казненој политици. Ауторица је навела примјере више семинара и извјештаја различитих удружења и организација у којима је констатовано да је казнене политика блага, као и примјере различитих закључака о потреби поштравања казнене политике.⁵⁵ Између осталих, она је као примјер навела Извјештај Хелсиншког одбора за људска права РС под називом „Промоција, заштита и мониторинг људских права у Републици Српској“ у коме се констатује да су „поједини припадници организованих криминалних група („ауто-мафија“) споразумима са ранијим Специјалним тужилаштвом РС осуђени на симболичне казне, тако да су одмах по истеку притвора пуштени на слободу“.⁵⁶

⁵⁵ Александра Мартиновић, „Казнена политика судова у Босни и Херцеговини“, Право и правда бр. 1/2010, 163.

⁵⁶ Ibid, 165.

За одговор на питање да ли се на основу споразума изричу блаже кривичне санкције у односу на оне које се изричу у редовном кривичном поступку потребно је анализирати податке који се односе на изрицање кривичних санкција у свим облицима кривичног поступка. Према Извјештајима Високог судског и тужилачког савјета БиХ у периоду од 2014. године до 2020. године у БиХ је изречено 21,65% казни затвора, 12,21% новчаних казни и 66,14% условних осуда.⁵⁷ Већ на први поглед ови подаци, иако нису потпуно упоредиви са подацима о изреченим кривичним санкцијама на основу споразума закључених само у ОЈТ у Бањој Луци, указују да је теза да се на основу споразума у односу на редовни кривични поступак изричу знатно блаже кривичне санкције тешко одржива.

Табела број 1.
Изречене кривичне санкције у БиХ⁵⁸

Година	Број осуђених	Број и проценат осуђених којима је изречена казна затвора	Број и проценат осуђених којима је изречена новчана казна	Број и проценат осуђених којима је изречена условна осуда
2014.	17.838	3.560 – 19,96%	2.048 – 11,48%	12.230 – 68,56%
2015.	17.045	3.443 – 20,20%	2.042 – 11,98%	11.560 – 67,82%
2016.	16.349	3.619 – 22,14%	1.944 – 11,89%	10.786 – 65,97%
2017.	14.626	3.302 – 22,57%	1.772 – 12,12%	9.552 – 65,31%
2018.	14.149	3.083 – 21,79%	1.750 – 12,37%	9.316 – 65,84%
2019.	13.359	3.027 – 22,66%	1.757 – 13,15%	8.575 – 64,19%
2020.	10.459	2.443 – 23,36%	1.367 – 13,07%	6.649 – 63,57%
Укупно	103.825	22.477 – 21,65%	12.680 – 12,21%	68.668 – 66,14%

⁵⁷ Високи судски и тужилачки савјет БиХ, Годишњи извјештаји за период од 2014. до 2020. године. Сарајево 2015. до 2021. година.

⁵⁸ Подаци из Годишњих извјештаја Високог судског и тужилачког савјета БиХ од 2014. до 2020. године.

Табела број 2.
Кривичне санкције предложене у споразумима закљученим у ОЈТ у
Бањој Луци⁵⁹

Година	Број лица која су закључила споразум	Број и проценат лица којима су предложени судска опомена, ослобођење од казне и условна осуда	Број и проценат лица којима је предложена новчана казна	Број и проценат лица којима је предложена казна затвора
2011.	98	26 – 26,53%	22 – 22,44%	50 – 51,03%
2012.	123	25 – 20,32%	43 – 34,96%	55 – 44,72%
2013.	92	11 – 11,65%	39 – 42,39%	42 – 45,65%
2014.	108	26 – 24,07%	38 – 35,19%	44 – 40,74%
2015.	109	24 – 22,02%	39 – 35,78%	46 – 42,20%
2016.	126	26 – 20,63%	56 – 44,45%	44 – 34,92%
2017.	136	31 – 22,79%	64 – 47,06%	41 – 30,15%
2018.	151	30 – 19,87%	74 – 49,00%	47 – 31,13%
2019.	133	17 – 12,78%	77 – 57,90%	39 – 29,32%
Укупно	1.076	216 – 20,07%	452 – 42,01%	408 – 37,92%

До истог закључка доводе и бројни примјери из оптужница ОЈТ у Бањој Луци, у којима је кривично дјело заједно извршило више оптужених, при чему су неки закључили споразум, а неки нису. Између кривичних санкција које су у тим случајевима изречене онима који су закључили споразум и оних који то нису учинили, у суштини нема битних разлика.

Постоји више примјера у којима је суд одбацио споразум због тога што је предложена неадекватна кривична санкција да би се након тога оптуженом на главном претресу изрекла иста кривична санкција. У једном примјеру споразумом је предложена казна затвора од двије године. На рочишту за разматрање споразума он је одбачен због тога што је предложена казна била неадекватна. Након одбацивања споразума главни претрес је завршен пресудом којом је изречена иста казна, затвор

⁵⁹ Подаци о споразумима закљученим у ОЈТ у Бањој Луци, осим подручних канцеларија у Приједору и Мркоњић Граду, добијени су ауторовим истраживањем непосредним увидом у предмете.

од двије године.⁶⁰ У другом примјеру једном оптуженом је споразумом предложена казна затвора од двије године и шест мјесеци, а другом од двије године. Суд је одбацио споразум због тога што је сматрао да су предложене казне неадекватне, а затим је након главног претреса првом оптуженом изрекао казну затвора од три године, а другом казну затвора од двије године и шест мјесеци. По жалби оптужених првостепена пресуда је преиначена и првом оптуженом је изречена казна затвора од двије године и шест мјесеци, а другом од двије године, казне које су биле предложене споразумом.⁶¹ У трећем примјеру споразумом је за продужено кривично дјело тешка крађа из чл. 232 ст. 1 тач. 1 Кривичног закона РС предложена казна затвора у трајању од 140 дана, за продужено кривично дјело прикривање из чл. 246 ст. 1 Кривичног закона РС казна затвора у трајању од 60 дана, а затим јединствена казна затвора у трајању од 180 дана. Оптужени је украо шест путничких возила чија је укупна вриједност по оптужници 102.000 КМ, у периоду од 12. априла 2009. године до 4. априла 2010. године. Осим једног, вриједност сваког појединачно украденог возила прелазила је износ од 10.000 КМ, па је очито да је кривично дјело било погрешно квалификовано. За кривично дјело тешка крађа из чл. 232 ст 1 тачка 1 Кривичног закона РС (извршено обијањем или проваљивањем) прописана је казна затвора од једне до осам година. По ст. 2 истог члана, ако је вриједност украдене ствари преко 10.000 КМ прописана је тежа казна – од једне до десет година. На рочишту за разматрање споразума оптужени је од њега одустао, иако је за њега он био изузетно повољан и предложена казна потпуно неадекватна. Након главног претреса Основни суд у Бањој Луци је за продужено кривично дјело тешка крађа из чл. 232 ст. 1 тач. 1 Кривичног закона РС утврдио казну затвора од пет мјесеци, за продужено кривично дјело прикривање казну затвора од два мјесеца, након чега је изрекао јединствену казну затвора од четири мјесеца, гдје је апсурдно јединствена казна мања од казне утврђене за поједино кривично дјело.⁶²

⁶⁰ Споразум закључен у ОЈТ у Бањој Луци 28. новембра 2014. године бр. Т13 0 КТ 0004874 11; рочиште за разматрање споразума одржано у Основном суду у Бањој Луци 29. априла 2014. године; пресуда Основног суда у Бањој Луци број 71 0 К 130303 14 К 3 од 09. октобра 2014. године.

⁶¹ Споразум закључен у ОЈТ у Бањој Луци 22. јануара 2014. године бр. Т13 0 КТ 0019144 13; пресуда Окружног суда у Бањој Луци бр. 11 0 К 013101 13 К од 24. фебруара 214. године; Пресуда Врховног суда Републике Српске.

⁶² Оптужница ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 0007491 11 од 9. новембра 2015. године;

На сличне ставове наилазимо и код аутора из држава у окружењу. С. Јанковић за Србију закључује да се стиче утисак, када се упореде кривичне санкције изречене на основу споразума и оне које су изречене у редовном кривичном поступку, да између њих нема неког већег одступања. Он сматра да то указује на то да су окривљени на закључивање споразума мотивисани, осим очекивања изрицања блаже кривичне санкције, и неким другим разлозима, нпр. отклањање неизвјесности кроз дуго трајање кривичног поступка, смањење трошкова поступка за ангажовање браниоца, избјегавање компромитовања кроз јавно суђење.⁶³

Изузетно обимно ауторово истраживање спроведено у ОЈТ у Бањој Луци које је обухватило оптужнице са захтјевом за издавање казног налога јасно указује на то да овај консензуални кривични поступак сам по себи не доводи до блаже казнене политике. Поступак за издавање казног налога је сличан споразуму, због чега поједини аутори сматрају да би и он могао бити обухваћен једним ширим појмом споразума. По овом схватању, захтјев за издавање казног налога има све елементе понуде за закључивање споразума и њеног прихватања које има и споразум и уколико га суд и оптужени прихвате резултат је исти као и код споразума, оптужени се оглашава кривим без главног претреса. У оба случаја улога суда је веома слична.⁶⁴ Утицај овог консензуалног кривичног поступка на казнену политику најбоље можемо утврдити анализом предмета у којима је оптуженом на главном претресу изречена кривична санкција након што претходно није прихватио захтјев за издавање казног налога. Истраживање је показало да је у више од $\frac{1}{3}$ таквих предмета оптуженом након главног претреса изречена потпуно иста кривична санкција коју је јавни тужилац претходно предложио захтјевом за издавање казног налога, а коју оптужени није прихватио.⁶⁵ У нешто више од половине

споразум закључен у ОЈТ у Бањој Луци 30. маја 2016. године; пресуда Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 234161 17 К 2 од 2. октобра 2018. године; Против ове очигледно незаконите пресуде изостала је жалба ОЈТ у Бањој Луци.

⁶³ Сретко Јанковић, Споразум јавног тужиоца и окривљеног о кривичној санкцији – практични аспекти у зборнику „Супростављање савременим облицима криминалитета – анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење – том III, Београд: Криминалистичко-полицијска академија и Фондација „Hans Zajdel“ 2015, 36.

⁶⁴ Војислав Димитријевић, „Улога суда приликом закључивања споразума о признању кривице“, Право и правда бр. 1/2013, Сарајево 2013, 221.

⁶⁵ Ако је у питању условна осуда она се изриче са истом утврђеном казном затвора и истим роком провјеравања, а ако се ради о новчаној казни она се изриче у истом износу.

таквих предмета, након главног претреса оптуженом је изречена блажа кривична санкције од оне коју је јавни тужилац предложио захтјевом за издавање казног налога. Строжа кривична санкција изречена је само у нешто више од 13% таквих предмета.⁶⁶

Табела бр. 3.

Изречене кривичне санкције након што оптужени није прихватио захтјев за издавање казног налога⁶⁷

Година	Број лица против којих је након неприхватања захтјева за издавање казног налога донесена осуђујућа пресуда	Број и проценат лица којима је након неприхватања захтјева за издавање казног налога изречена предложена кривична санкција	Број и проценат лица којима је након неприхватања захтјева за издавање казног налога изречена блажа кривична санкција од предложене	Број и проценат лица којима је након неприхватања захтјева за издавање казног налога изречена строжија кривична санкција од предложене
2011	169	72 – 42,60%	60 – 35,50%	37 – 21,90%
2012.	318	114 – 35,85%	155 – 48,74%	49 – 15,41%
2013.	231	81 – 35,06%	127 – 54,98%	23 – 09,96%
2014.	202	65 – 32,18%	116 – 57,43%	21 – 10,39%
2015.	126	45 – 35,71%	69 – 54,76%	12 – 09,53%
Укупно	1.046	377 – 36,04%	527 – 50,38%	142 – 13,58%

Чињеница је да је ауторово истраживање споразума закључених у ОЈТ у Бањој Луци показало да постоје десетине споразума којима је предложена потпуно неадекватна кривична санкција.⁶⁸ И истраживање захтјева за издавање казног налога у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци показало је бројне примјере у којима су предложене очигледно неа-

⁶⁶ Детаљније видјети Раденко Јанковић, Поступак за издавање казног налога, Бања Лука: Бесједа 2017, 173-178.

⁶⁷ Подаци који су добијени истраживањем аутора непосредним увидом у предмете односе се на оптужнице са захтјевом за издавање казног налога ОЈТ у Бањој Луци, осим подручних канцеларија у Приједору и Мркоњић Граду.

⁶⁸ О најдрастичнијим примјерима неадекватних кривичних санкција предложених споразумима закључених у ОЈТ у Бањој Луци детаљније видјети Раденко Јанковић, Споразум о признању кривице, Бања Лука: Бесједа 2022, 758-770.

декватне кривичне санкције.⁶⁹ Међутим, из ових чињеница погрешно би било закључити да консензуални кривични поступци у Републици Српској знатније утичу на неадекватну казнену политику. Основни проблем наше праксе је неадекватна казнена политика у предметима који се завршавају на главном претресу у редовном кривичном поступку. Неадекватна казнена политика у консензуалним кривичним поступцима у Републици Српској у највећој мјери је директна посљедица неадекватне казнене политике у редовном кривичном поступку.

6. Закључци

Консензуалним кривичним поступцима заснованим на признању кривице често се приговара да озбиљно доводе у питање начело правичности и да дискриминишу учиниоце кривичних дјела којима се суди у редовном кривичном поступку тако што им се у односу на оптужене који су за иста или слична кривична дјела признали кривицу изричу знатно веће казне. Овакви приговори су чести и у нашој стручној литератури. Начелно, консензуални кривични поступци у одређеној мјери по логици ствари због своје природе треба да доведу до блаже казнене политике. Приликом расправљања питања утицаја ових поступака на казнену политику не треба заборавити да је у нашој пракси, али и у пракси осталих држава насталих распадом бивше СФР Југославије и прије њиховог увођења било много приговора да је казнена политика неадекватна. Закон о кривичном поступку Републике Српске омогућава широку примјену консензуалних кривичних поступака, што им начелно пружа могућност и да знатно утичу на казнену политику. У Републици Српској се око 40% свих кривичних предмета завршава једним од три консензуална кривична поступка. Чињеница да се они много примјењују начелно им даје и практичну могућност знатног утицаја на казнену политику. Са друге стране, начелно ограничавајући фактор за утицај консензуалних кривичних поступака на казнену политику у Републици Српској треба да представља обавеза судова да их контролишу и да на тај начин контролишу и казнену политику у њима. Сасвим друго је питање колико у пракси то судови и чине.

⁶⁹ О најдрастичнијим примјерима неадекватних кривичних санкција предложених захтјевима за издавање казног налога стављеним у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци детаљније видјети Раденко Јанковић, Поступак за издавање казног налога, Бања Лука: Бесједа 2017, 315. и 316.

Какав је стварни утицај консензуалних кривичних поступака на казнену политику могуће је утврдити једино истраживањем. Аутор је извршио два веома обимна истраживања, једно које је обухватило 5.208 оптужница ОЈТ у Бањој Луци у којима је стављен захтјев за издавање казног налога у периоду од 2011. до 2016. Године, и друго, које је обухватило 1.076 споразума закључених у ОЈТ у Бањој Луци у периоду од 2011. до 2019. године. Ова истраживања су недвосмислено показала, супротно преовлађујућем схватању не само у стручној, већ и у лаичкој јавности, да консензуални кривични поступци у Републици Српској имају релативно скроман утицај на казнену политику. Истраживања су потврдила да се у овим поступцима веома често изричу кривичне санкције које нису адекватне кривичном дјелу и њиховом учиниоцу. Међутим, прави проблем неадекватне казнене политике у Републици Српској нису консензуални кривични поступци, већ чињеница да таква казнена политика карактерише редовни кривични поступак. Све док се не промијени казнена политика у редовном кривичном поступку, која је најблаже речено неодговарајућа, другачију није могуће очекивати ни у консензуалним кривичним поступцима.

7. LITERATURA:

1. Алиџановић, Ведран, „Скраћени кривични поступци у праву Босне и Херцеговине, Италије и Њемачке“, Зборник радова Правног факултета у Тузли бр. 17/16, Тузла 2016.
2. Alkon, Cynthia, „The U.S. Supreme Courts Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of lafler and Frye“, Texas A&M Law Scholarship, Vol. 3/2014.
3. Alschuler, Albert, „The Changing Plea Bargaining Debate“, California Law Review Vol. 69/1981.
4. Бабић, Милош и Марковић, Иванка, Кривично право општи дио (прво издање), Бања Лука: Правни факултет 2008.
5. Бачић, Фрањо, „Легислативни приступи уређењу институције ублажавања казне, с неколико напомена о судској политици кажњавања“, Наша законитост бр. 5/1989, Загреб 1989.
6. Bibas, Stephanos, „Bringing Moral Values into a Flawed Plea-Bargaining System“, Cornell Law Review Vol. 88/2003.
7. Високи судски и тужилачки савјет БиХ, Годишњи извјештаји за период од 2014. до 2020. године, Сарајево 2015–2021.

8. Вучковић, Милојко, Нека питања везана за примјену казног налога у зборнику „Са стручног скупа казног одјела“, Загреб 2006.
9. Giger, Angela, „Die Unverwertbarkeit der Erklärungen nach Art. 362 Abs. 4 StPO: Rückschluss auf das Strafmassermessen der Staats-anwaltschaft im abgekürzten Verfahren? – Besprechung von BGE 144 IV 189“, *Forumproenale* 1/2019.
10. Grossman, Steven, „An Honest Approach to Plea Bargaining“, *American Journal of Trial Advocacy* Vol. 29/2005.
11. Дамашка, Марјан „О мијешању инквизиторних и акузаторних процесних форми“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2/1997, Загреб 1997.
12. Дамашка, Марјан, „Напомене о споразумима у казном поступку“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1/2004, Загреб 2004.
13. Димитријевић, Војислав, „Улога суда приликом закључивања споразума о признању кривице“, *Право и правда* бр. 1/2013, Сарајево 2013,
14. Ђурђић, Војислав, „Рационализација кривичног поступка Србије“, *Правна ријеч* бр. 12/2007, Бања Лука 2007.
15. Ђурђић, Војислав, *Јавни тужилац као субјект казнене политике у зборнику „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)“*. Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске 2012.
16. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине („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 и 93/09, 72/13 и 65/18).
17. Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 7/00).
18. Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине („Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине“, бр. 33/13, 27/14, 3/19 и 16/20).
19. Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 50/03).
20. Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/12, 91/17, 66/18 и 15/21).

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. Игњатовић, Ђорђе, Да ли је казнена политика судова у Србији одговарајућа? у зборнику „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)“, Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске 2012.
23. Извјештаји Републичког јавног тужилаштва Републике Српске о раду тужилаштва у Републици Српској од 2006. до 2022. године.
24. Јакулин, Вид, Казнена политика у Словенији (Раскорак између очекивања и стварности) у зборнику „Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)“, Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске 2012.
25. Јанковић, Раденко, Адекватност предложене кривичне санкције као услов за прихватање споразума о признању кривице, Српска правна мисао бр. 48/2015, Бања Лука 2015.
26. Јанковић, Раденко, Поступак за издавање казног налога, Бања Лука: Бесједа 2017.
27. Јанковић, Раденко, Контрола захтјева за издавање казног налога са посебним освртом на оправданост, Правна ријеч бр. 60/2019, Бања Лука 2019.
28. Јанковић, Раденко, „Осврт на општи дио Кривичног законика Републике Српске“, Адвокатура бр. 23/2019, Бања Лука 2019.
29. Јанковић, Раденко, Споразум о признању кривице, Бања Лука: Бесједа 2022.
30. Јанковић, Сретко, Споразум јавног тужиоца и окривљеног о кривичној санкцији – практични аспекти у зборнику „Супростављање савременим облицима криминалитета – анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење – том III, Београд: Криминалистичко-полицијска академија и Фондација „Hans Zajdel“ 2015.
31. Јовашевић, Драган и Икановић, Вељко, Кривично процесно право Републике Српске, Бања Лука: Паневропски универзитет „Apeiron“ 2016.
32. Kazenski zakonik Slovenije (“Uradni list Republike Slovenije”, бр. 50/12, 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20 и 95/21).

33. Казнени закон Хрватске („Народне новине Републике Хрватске“, бр. 125/11, 144/12, 56/15 и 61/15).
34. Кауриновић, Дамјан, Практична искуства у примјени нових кривичнопроцесних установа – признање кривице, споразум о признању и казнени налог у зборнику „Актуелна питања примјене кривичног законодавства у Босни и Херцеговини“, Неум 2004.
35. King, Nancy, Soule, David, Steen, Sara и Weidner, Robert, „When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States“, *Columbia Law Review* Vol. 105/2005.
36. Кос, Дамир, „Институт ублажавања казне у процесу њене индивидуализације“, Хрватски љетопис за казнено право и праксу бр. 2/2003, Загреб 2003.
37. Косић, Драгана, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима Републике Српске у зборнику „Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама Европске уније – Стање у Босни и Херцеговини и искуства других“. Бања Лука 2017.
38. Косић, Драгана, „Основне карактеристике практичне примјене поједностављених форми поступања у кривичним стварима Републике Српске“, Годишњак Факултета правних наука „Ареирон“ бр. 8/2018, Бања Лука 2018.
39. Кривични законик Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 64/17, 15/21 и 89/21).
40. Leverick, Fiona, „Tensions and balances, cost and rewards: the sentence discount in Scotland“, *Edinburgh Law Review* Vol. 8/2004.
41. Мартиновић, Александра, „Казнена политика судова у Босни и Херцеговини“, *Право и правда* бр. 1/2010, Сарајево 2010.
42. Николић, Данило, Споразум о признању кривице, Ниш: Студентски културни центар 2006.
43. Николић, Златко, „Филозофскоправни и криминолошки аспект казног законодавства у Србији – противречности и дилеме, *Правна ријеч* бр. 15/2008, Бања Лука 2008.
44. ОСЦЕ, Извјештај о примјени закона о кривичном поступку на судовима у Босни и Херцеговини, Сарајево 2004.
45. Правосудна мрежа Босне и Херцеговине, Хелсиншки одбор за људска права и Форум грађана Тузле, Пројекат: Цивилно друштво у процесу реформе БХ правосуђа, Сарајево 2016.

46. Радуловић, Драго, „Нови Законик о кривичном поступку Црне Горе – прогресивна или регресивна рјешења“, Правна ријеч бр. 19/2009, Бања Лука 2009.
47. Sandefur, Timothy, „In Defense of Plea Bargaining“, Regulation Fall Vol. 26/2003.
48. Santhy, K.V.J., „Plea Bargaining in US and India Criminal Lawconfessions for Concessions“, Nalsar Law Review Vol. 7/2013.
49. Сијерчић-Чолић, Хајрија, Поступак за издавање казненог налога: процесно законодавство у Босни и Херцеговини и регионални упоредноправни осврт у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“. Београд: Мисија ОЕБС 2013.
50. Симовић, Миодраг, Кривични поступци у Босни и Херцеговини (друго измијењено и допуњено издање), Сарајево 2004.
51. Симовић, Миодраг и Симовић, Марина, „Реформа кривичног поступка у Босни и Херцеговини – о неким спорним питањима“, Правни живот бр. 9/2005, Београд 2005.
52. Стојановић, Зоран, Кривично право општи део (пето измењено и допуњено издање). Београд: Службени гласник 2012.
53. Томашевић, Горан, Казнено процесно право – Опћи дио (измијењено и допуњено Е-издање), Сплит: Правни факултет 2013.
54. Турковић, Ксенија и др., Коментар казненог закона, Загреб: Народне новине 2013.
55. Ћирић, Јован, Друштвени утицај на казнену политику судова у Србији, Београд: Центар за мир и развој демократије 2001.
56. Heinz, Wolfgang, Der schöne Schein des Strafrechts im Rahmen des Interdisziplinären Seminars „Was heisst soziale Gerechtigkeit?“, 2010.
57. Howe, Scott „The Value of Plea Bargaining“, Oklahoma Law Review Vol. 58/2006.
58. Шкулић, Милан, „Споразум о признању кривице“, Правни живот бр. 10/2009, Београд 2009.

Dr Radenko Jankovic⁷⁰

THE IMPACT OF CONSENSUAL CRIMINAL PROCEEDINGS ON PENAL POLICY IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Consensual criminal proceedings based on guilty pleas are often objected to as seriously challenging the principle of fairness and discriminating against perpetrators of criminal offenses tried in regular criminal proceedings by imposing significantly higher sentences in relation to defendants who have pleaded guilty to the same or similar offenses. Such objections are also common in our professional literature. In principle, consensual criminal proceedings to some extent, logically due to their nature, should lead to a milder penal policy. When discussing the issue of the impact of these proceedings on penal policy, it should not be forgotten that in our practice, as well as in the practice of other countries created by the disintegration of the former SFR Yugoslavia, even before their introduction, there were many complaints that the penal policy was inadequate. The Law on Criminal Procedure of the Republic of Srpska enables a wide application of consensual criminal proceedings, which in principle provides them with the opportunity to significantly influence the penal policy. In the Republic of Srpska, about 40% of all criminal proceedings end in one of three consensual criminal proceedings. The fact that they are applied a lot in principle also gives them the practical possibility of having a significant impact on penal policy. On the other hand, in principle, the limiting factor for the influence of consensual criminal proceedings on criminal policy in the Republic of Srpska should be the obligation of the courts to control them and thus control the penal policy in them. It's a different question of how much the courts do. On the other hand, in principle, the limiting factor for the influence of consensual criminal proceedings on criminal policy in Republika Srpska should be the obligation of the courts to control them and thus control the penal policy in them. How much the courts actually do this in practice is a completely different question.

The real impact of consensual criminal proceedings on criminal policy can only be determined through research. The author carried out two very

⁷⁰ Republic Public Prosecutor in the Republic Public Prosecutor's Office of the Republic of Srpska.

extensive researches, one, which included 5,208 indictments District Public Prosecutor's Office in Banja Luka in which a request was made for the issuance of a criminal order in the period from 2011 to 2016 and the second, which included 1,076 agreements concluded in the District Public Prosecutor's Office in Banja Luka in the period from 2011 to 2019. These researches have unequivocally shown, contrary to the prevailing understanding not only among the professional, but also among the lay public, that consensual criminal proceedings in the Republic of Srpska have a relatively modest impact on penal policy. Researches confirmed that in these proceedings very often criminal sanctions are imposed and are not adequate for the criminal offense and its perpetrator. However, the real problem of inadequate penal policy in the Republic of Srpska is not consensual criminal proceedings, but the fact that such penal policy characterizes regular criminal proceedings. As long as the penal policy is the same in the regular criminal proceedings, which is inadequate to say the least, it is not possible to expect a different one even in consensual criminal proceedings.

ZELENA KRIMINOLOGIJA I DELINKVENTNO PODRUČJE ¹

Prof. dr Miomira Kostić*
Prof. dr Marina M. Simović**

***Apstrakt:** U radu autorke najprije objašnjavaju značenje ekologije kriminaliteta i ekoloških objašnjenja u kriminologiji. Navele su osnovno objašnjenje delinkventnog područja. Objasnile su da je istorijski kontekst prihvatanja koncepta ekologije iz domena prirodnih u domen društvenih nauka: sociologije i kriminologije. Osim toga, osvrnule su se na savremeni značaj ekoloških objašnjenja u kriminologiji i prevencije kriminaliteta. Istakle su ulogu i značaj razvoja zelene kriminologije, kao i osnovne sličnosti i razlike između ekologije kriminaliteta i zelene kriminologije, te pojavu i razvoj zelene agende u Srbiji kroz normativna rješenja.*

***Ključne riječi:** delinkventno područje, ekologija kriminaliteta, zelena kriminologija, zelena agenda, ekološka teorija, prevencija kriminaliteta.*

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

** Sekretar Ombudsmena za djecu Republike Srpske, vanredni profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta „Apeiron” Banja Luka

¹ Ovaj rad nastao je kao rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2020–2025.

Uvodna razmatranja

Pitanja obuhvaćena objašnjenjem kriminalne fenomenologije odnose se, između ostalog, na dinamiku kriminaliteta, koja objedinjava nastale promjene u obimu kriminaliteta, kao masovne društvene pojave, u određenom vremenskom periodu i na određenom prostoru. Pored dinamike ukupnog kriminaliteta, moguće je posmatrati i statistički pratiti dinamiku pojedinih pojavnih oblika kriminaliteta: privrednog, političkog, imovinskog, maloljetničke delinkvencije ili, pak, izučavati regionalnu rasprostranjenost kriminaliteta (geografija kriminaliteta) ili rasprostranjenost kriminaliteta u svjetskim i nacionalnim razmjerama, na pojedinim nacionalnim i državnim područjima, u gradovima i selima, pojedinim dijelovima grada (ekologija kriminaliteta).²

Izučavanje regionalnih karakteristika kriminaliteta spada u jednu od najvažnijih oblasti interesovanja kriminalne fenomenologije.³ Tradicionalno, kriminološko izučavanje u društveno-prostornom smislu, obuhvata dva centralna pitanja: objašnjenje prostorne distribucije delinkvencije i objašnjenje prostorne distribucije delinkvenata. Takođe, u novije vrijeme, ovim temama pridodato je i izučavanje prostorne distribucije antisocijalnih ponašanja,⁴ a sa razvojem ekološke svijesti, i razmatranje svih pitanja uništenja eko-sistema. U kriminalnoj fenomenologiji izučavaju se posebne regionalne karakteristike kriminaliteta, koje se ispoljavaju počev od seoskih i gradskih oblasti, pa sve

² Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*, Niš, Pelikan print, str. 30.

³ Ibid.

⁴ Videti: *The Oxford Handbook of Criminology* (ed. by Mike Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner), (2007) Oxford University Press, str. 230.

Kao ilustracija ovom naučnom stavu u kriminologiji, koji je jasno izražen na početku XXI vijeka, može se navesti novinarsko istraživanje o samoubistvima u Srbiji, urađeno na početku XX vijeka. Izvor je članak „Svake godine ubija se sve više ljudi u Beogradu“, objavljen u dnevnom listu *Politika*, od subote 13.4.1929, br. 7526, godina XXVI, na str. 7. U članku piše: „Od 1. januara 1919. do 31. decembra 1928. godine bilo je u Beogradu samoubistava 285 kod muških i 225 kod ženskih osoba. Kod brojnosti samoubistva važe kao opšta pravila: prvo, da je redovno, svuda i svakada broj samoubistava u gradovima (dva do tri puta) veći nego na selu, i drugo, da je samoubistvo u većim gradovima mnogobrojnije nego u manjim. U Beogradu pak od 1806. do 1900. godine sračunato na 100.000 stanovnika (jer ih je Beograd stvarno tada imao samo 59.750–65.598) bilo bi 18 samoubica, a u ostaloj predkumanovskoj Srbiji za isti period vremena i na isti broj stanovništva iznosilo je svega četiri samoubice. Od godine 1919. do 1928. godine u Beogradu je pak na 100.000 stanovništva padalo 30–33 samoubice“.

do svjetskih užih ili širih regiona. Osobine rasporeda kriminaliteta u seoskim i gradskim područjima i uticaj lokalnih uslova na taj raspored predstavljaju poseban predmet istraživanja ekologije kriminaliteta,⁵ a danas i sve značajnije zelene kriminologije i zelene viktimologije.

U najnovijoj kriminološkoj književnosti,⁶ prilikom objašnjavanja fenomenoloških karakteristika kriminaliteta, navodi se, već u uvodnim tekstovima, premisa da je „osnovna i dugo ustanovljena kriminološka istina da je nivo kriminaliteta viši u urbanim nego u ruralnim sredinama“.⁷ Iz tog razloga seoski kriminalitet (rural crime, village crime) bio je dugo ignorisan od strane kriminologa.⁸ S druge strane, kriminolozi/kriminološkinje, rodno orijentisanog pristupa, ukazuju na rodnu perspektivu dugo opstajuće kontroverze, po kojoj je „urbani stil života, ma kako težak bio, uticao na emancipaciju žena više nego seoski život ili život u suburbanim domaćinstvima“.⁹

Istorija ljudske civilizacije, kako ističe Moris (Morris, 1971),¹⁰ „je velikim dijelom procjenjivanje čovječijeg napora da oslobodi sebe od ograničenja nametnutih njegovom prirodnom okolinom; ne samo da on sada praktično može da živi i radi pod svim mogućim klimatskim uslovima, već može da nastani ogromne urbane aglomeracije koje, budući da ne mogu da podrže same sebe, mogu opstajati u smislu ingeniozne tehnologije i efikasnog transporta“. Međutim, ono što se izrodilo kao posljedica, dalje smatra Moris, jeste da je

⁵ Termin *ekologija* preuzet je iz fizičke nauke i odnosi se na proučavanje prilagodavanja biljnih i životinjskih organizama spoljašnjoj sredini. Gradovi se teritorijalno raspoređuju i po „prirodnom redu“, kroz procese konkurencije, invazije i smenjivanja, dakle slične procese koji se odvijaju i u biološkoj ekologiji. Vidjeti opširnije: Gidens, E., (2005). *Sociologija*, Beograd: Ekonomski fakultet, str. 586.

⁶ Vidjeti i: Kostić, M., Konstantinović-Vilić, S., „Razlike u fenomenološkim obeležjima kriminaliteta na selu i kriminaliteta u gradu“, XIV međunarodni naučni skup „Vlasinski susreti 2008“, Zbornik radova: *Selo u tranziciji*, Zavod za proučavanje sela, Srpsko udruženje za sociologiju sela i poljoprivrede, Balkanska asocijacija za sociologiju sela i poljoprivrede, Beograd–Vlasotince 2008, str. 482–495.

⁷ Cressey, D. (1964). *Delinquency, Crime and Differential Association*, The Hague: Martinus Nijhoff, cit. u: *The Oxford Handbook of Criminology* op. cit., str. 528.

⁸ Prema riječima Suzan Mudi (Susan Moody), osnovni problem ostaje manjak angažovanja kriminologa u dijelu ruralnog distribuiranja zločina. Ruralnost ipak ima nešto značajno da ponudi kriminologiji. „Tužno, međutim“, piše ova autorka, „kako kriminologija ima malo da ponudi zauzvrat“. Cit. u: *ibid*.

⁹ Wilson E. (1992). *The Sphinx in the City: Urban Life, The Control of Disorder, and Women*, Berkeley, Cal: University of California Press, str. 10., cit. u: *ibid*.

¹⁰ Morris, T. (1971). *The criminal area*, London: Routledge&Kegan Paul, New York: Humanities Press, str. i.

čovjek stvorio svoje novo okruženje koje, zauzvrat, počinje da ispoljava svoja sopstvena ograničenja u odnosu na čovjeka. Veliki grad ili predgrađe može postaviti ograničenja na ljudsku aktivnost koja, iako potiče iz sasvim drugačijeg smisla, nije ništa manje realna od one postavljene u prošlosti, u odnosu na planine i rijeke, pustinje i okeane. Priznanje postojanja raznolikosti između urbanog i ruralnog načina života jeste uvažavanje osnovne asocijacije između obrazaca ponašanja i karakteristika lokalne zajednice.

Empirijska istraživanja pokazuju da se kriminalitet i delinkvencija povećavaju sa procesom urbanizacije. Ilič (Illich)¹¹ smatra da zbog neposrednog industrijskog razvitka prijete mnogobrojne opasnosti savremenom gradskom čovjeku. Industrijski rast, koji prelazi svoje granice, prijete pravu čovjeka na sjedinjenje s okolinom u kojoj je nastao i ugrožava pravo na čovjekovu autonomiju u djelovanju. Pojačano dejstvo mehanizama iskorišćavanja resursa ugrožava čovjekovo nasljeđe, sastavljeno od tradicije, mitova, jezika i obreda.

Osim fenomenološkog pristupa ekologiji kriminaliteta, u drugom važnom području kriminologije, kriminalnoj etiologiji, kao jedno od osnovnih etioloških objašnjenja ističe se ekološka teorija, u okviru pravca kriminalne sociologije. Ekologija je učenje o rasprostranjenosti neke pojave i njenom odnosu prema okolini. Ekološka škola u kriminologiji teži da objasni zločin kao funkciju društvene promjene koja se javlja u skladu sa promjenama okoline. Drugim riječima, prema određenju o kome piše Rid (Sue Titus Reid, 2003), ekološka škola je jedan pristup ili učenje o kvantitativnom odnosu između geografskog fenomena i zločina.¹²

Humana ili socijalna ekologija opisuje odnose između ljudi koji dijele isto stanište ili lokalnu teritoriju i ti odnosi su jasno povezani sa karakterom same teritorije. To je, u stvari, učenje o društvenoj strukturi u odnosu na lokalno okruženje.

Prije duže od dvadeset godina, tačnije 2000. godine, snimljen je danas često reprizirani film pod nazivom „Erin Brokovič“ (Erin Brockovich), režisera Stivena Soderberga (Steven Soderbergh)¹³, ovjenčan nagradom Oskar. Tračak svjetla za mladu samohranu majku dolazi iz najmanje očekivanog pravca – sudskog poravnjanja s megakorporacijom. Nakon izgubljenog sud-

¹¹ Illich, I., *Selbstbegrenzung, Ronjohlt*, Reinbek bei Hamburg 1980, str. 88. cit. u: Cifrić, I., (1989) *Socijalna ekologija*, Zagreb: Globus, str. 104.

¹² Vidjeti: Sue Titus Reid (2003) *Crime and Criminology*, New York: McGrawHill, str. 120.

¹³ Steven Soderbergh, <https://www.britannica.com/biography/Steven-Soderbergh>, pristup: 6.7.2023.

skog spora, Erin Brockovich (Julia Roberts) zapošljava se kod svog advokata, Eda Masryja (Albert Finney), kao recepcionarka. Erin uskoro otkriva kako se u malom kalifornijskom mestu Hinkley odigrava prljava radnja: velika firma, "Pacific Gas & Electric", pokušava da prikrije ekološku katastrofu velikih razmjera u kojoj su potpuno kontaminirani izvori pitke vode, što je na kraju imalo kao posljedicu brojne bolesti kod lokalnog stanovništva. Korak po korak, Erin pridobija mještane na svoju stranu i, prikupivši više od 600 pojedinačnih prigovora, zajedno sa svojim poslodavcem advokatom, pokreće tužbu protiv odgovorne firme.

Danas, retrospekcijom i introspekcijom, generacije onih koji su gledali film tada, sigurno su to ostvarenje posmatrali kao izolovani slučaj borbe za očuvanje zdravlja, ne dovodeći u odnos nešto što se davno u kriminologiji i viktinologiji izučava kao delinkventno područje, a još manje pod ambrelom zelene kriminologije.

Ipak, zelena kriminologija, kao specijalna grana kriminologije, razvila se početkom devedesetih godina dvadesetog vijeka iz okvira kritičke kriminologije, kako bi se bavila tzv. zelenim kriminalitetom – krivičnim djelima i štetama nanijetim životnoj sredini – koji predstavlja njen predmet proučavanja.

U kriminološkoj književnosti ukazuje se na razlikovanje, ali i sličnosti zelene kriminologije i delinkventnog područja, odnosno ekologije kriminaliteta. Fokus zelene kriminologije je na legalnoj i nezakonitoj šteti životnoj sredini (eko-sistemima), ljudima i životinjama. Postoji podoblast kriminologije, koja se obično naziva ekološka kriminologija, koja se fokusira na odnos između zločina i prostora i mjesta ili geografiju zločina i kriminalnog ponašanja. Jednostavnim primjerom može se objasniti razlika. Kriminolog ekološkog usmjerenja fokusirao bi se na to zašto se zločini dešavaju na određenoj lokaciji, na primjer, zašto krađe automobila mogu biti veće u određenom naselju ili ulici i, posmatrajući fizički prostor, postavio bi sljedeća pitanja: da li ima dovoljno osvjetljenja na ulici; da li postoje drveće ili žbunje koje skrivaju aktivnosti kradljivaca automobila od ljudi koji žive u okolini; postoje li načini za prilagođavanje fizičkog okruženja, kao što je instaliranje osvjetljenja ili uklanjanje žbunja da bi se smanjile krađe automobila; da li se policijske patrole mogu povećati kako bi se uhvatile u koštac sa „vrućom tačkom“ krađe automobila? Fokus bi dakle bio na sprečavanju ili smanjenju kriminalnih aktivnosti kroz promjenu fizičkog okruženja.

Sljedbenici zelene kriminologije bi u ovoj situaciji imali drugačiji fokus. Oni bi bili zabrinuti zbog količine svjetlosnog zagađenja do kojeg bi došlo

usljed postavljanja jačih svjetala, jer to može štetiti kretanju i životnom ciklusu noćnih životinja, kao i zbog štete uzrokovane uklanjanjem žbunja i drveća (što bi bilo neophodno da bi se povećala vidljivost vozila i time smanjila vjerovatnoća krađe automobila), jer su drveće i žbunje važna mjesta za gniježđenje ptica i doprinose čistom vazduhu hvatanjem ugljenika i proizvodnjom kiseonika. *Zeleni kriminolozi* se mogu saglasiti da su pojačane policijske patrole dobra politika za smanjenje automobilskog kriminaliteta u komšiluku, ali bi predložili patrole biciklom preko tipičnih policijskih vozila jer ne doprinose efektu staklene bašte u atmosferi i smanjuju štetu po životnu sredinu. Oni bi takođe mogli da identifikuju oblike društvene štete u susjedstvu koje ekološki kriminolozi vjerovatno neće uzeti u obzir – fabriku koja rutinski ispušta toksični otpad u lokalne vodene puteve ili lokaciju opasnog otpada koja se nalazi pored stambenih objekata, na primjer. Dok je životna sredina centralni koncept i zelene kriminologije i ekološke kriminologije, ponekad obuhvata veoma različite fokuse.¹⁴

Delinkventno područje je prirodna oblast koja postoji u gradu, poput geta na primjer, koja nastaje u procesu urbanizacije i razvoja i značajna je po svojim karakterističnim obrascima antisocijalnog ponašanja. Unutar granica delinkventnog područja, delinkventno ili kriminalno ponašanje je nešto što se očekuje, poput pravila, među njenim stanovnicima. To utiče na razvoj neprijateljskog stava kod socijalnih službi i kod policije, pa se stoga formira neki oblik kulturne enklave koja odudara od ostatka grada. Formalne osobine delinkventnog područja obično se ispoljavaju kao: fizičko izopačenje, prenaseljenost, mobilnost stanovništva, uglavnom prema industrijskim i trgovačkim zonama. S druge strane, socijalne karakteristike se najviše ogledaju u jednom malom broju neformalnih službi socijalne kontrole, usljed čega opstaju norme ponašanja prihvaćene od strane šireg društva.¹⁵

Koncept delinkventnog područja potiče neposredno iz koncepta prirodne oblasti u ekološkoj teoriji, a epitet „delinkventan“ se odnosi na dominantni obrazac ponašanja iskazan od strane velikog broja stanovnika te oblasti. Stoga, odnos ekologije i kriminaliteta može da se posmatra u dvostrukoj zastupljenosti u savremenoj kriminologiji, i to kroz oblasti kriminalne fenomenologije i kriminalne etiologije.

¹⁴ Gregory Simmons; Mark Vardy; and Rochelle Stevenson, What is the Difference Between Green Criminology and Environmental Criminology? <https://kpu.pressbooks.pub/introcrim/chapter/13-2-what-is-the-difference-between-green-criminology-and-environmental-criminology/>, pristup: 4.7.2023.

¹⁵ Morris, T. op. cit., str. 19.

Polazeći od navedenih pretpostavki, neki kriminolozi, poput Kvajnija (Quinney) pomjeraju ugao gledanja i istraživanja i sužavaju ga na raspored kriminaliteta na relaciji selo–grad. Naime, prema Kvajnaju,¹⁶ rezultati ekoloških studija ukazuju na to da je zločin u velikoj mjeri funkcionalno povezan sa socijalnim i kulturnim uticajima. Zbog dosljednosti prikupljenih podataka o ruralnim i urbanim razlikama u ispoljavanju zločina i delinkvencije, često se pretpostavlja da kriminalizacija i urbanizacija idu zajedno. U svom istraživanju Kvajnaj je pošao od pretpostavke da je obim ispoljavanja delinkvencije u ruralnim oblastima niži u poređenju sa oblastima koje su gušće naseljene stanovništvom. Razlike u nivou ispoljavanja zločina postaju uočljive u samom procesu urbanizacije. Međutim, kao što lokalne zajednice postaju dio većih urbano-industrijskih sredina i utiču na smanjenje razlika između sela i grada, tako i razlika između obima urbanog i ruralnog zločina postaje sve manja. Nema jedinstvenih odgovora.

Kontekst retrospekcije

Termin „ekologija“, koji je pozajmljen iz oblasti biologije, prvi put je upotrijebio 1878. godine njemački biolog i filozof Ernest Hekel (Ersnt Haeckel, 1878). Danac Varming (Eugenius Warming, 1895) je ovaj termin ipak približio mnogo više društvenim naukama u svojoj knjizi „Društvo biljaka“ (*Plant Communities*, 1895), tako što je skrenuo pažnju na činjenicu da različite vrste biljaka teže da rastu zajedno i, slično ljudskim društvima, imaju vremenski početak, iskustvene promjene i konačno stupaju u period propadanja, pri čemu se postepeno smjenjuju drugim biljkama. Upravo je u tome taj oblik ispoljavanja dinamičnog aspekta ekologije, što ga je možda najviše i približilo polju sociologije. Tako su sociolozi, u kasnijim godinama XX vijeka, ekologiju uvrstili u studije o socijalnom razvoju ili evoluciji ljudskih institucija i široko inkorporirali taj koncept iz domena prirodnih u domen društvenih nauka.

Dalji pristup vezan je za rad Parka (Robert Ezra Park, 1864) i njegovih sljedbenika na Univerzitetu Čikago, u vidu posebne sociološke teorije. Park je pošao od razmatranja socijalnih promjena i njenih posljedica na doseljeno stanovništvo. Od šezdesetih godina XIX veka imigranti iz čitave Evrope po-

¹⁶ Quinney, R., “Structural Characteristics, Population Areas, and the Crime Rates in the United State”, *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Vol. 57, No. 1, 1966. p. 45.

čeli su da naseljavaju oblasti srednjeg zapada SAD. Brzina i jačina socijalnih promjena i dramatične teškoće vezane za javljanje kulturnog konflikta bile su društvene činjenice koje je bilo teško ne primijetiti, a koje su imale uticaj na Parkovo kasnije formulisanje socioloških teorija. Rad Parka imao je neposredan uticaj na veliki broj američkih sociologa, kao i na Kliforda Šoa i njegovu knjigu „Delinkventne oblasti“ (Clifford Shaw, *Delinquency Areas*).¹⁷ To je i bio početak razvoja dobro poznate škole u kriminologiji iz oblasti urbane sociologije, pod nazivom čikaška škola.

Predstavnici čikaške škole težili su da objasne odnos između ekologije i kriminaliteta u Čikagu. Grad su posmatrali kao živu, rastuću, organsku cjelinu, a različite oblasti u gradu kao sredstva za ostvarenje različitih funkcija. Studije o različitim oblastima Čikaga, u kojima se javljala visoka stopa kriminaliteta i drugih formi devijantnog ponašanja, ukazala je istraživačima na to da je čak i svijet devijantnosti okarakterisan različitim socijalnim ulogama, koje su određene i stratificirane pravilima koja su nametnuta.

Gradske karakteristike, socijalne promjene i raspoređenost ljudi i njihovih postupaka predstavnici čikaške škole posmatrali su kroz prizmu koncentričnog kruga. Teorija koncentričnog kruga dijeli grad na pet zona. Centar grada je zona 1 ili centralna poslovna oblast. Ovu oblast karakteriše laka manufaktura, sitna trgovina i komercijalna zabava. Zona 2, koja okružuje centralnu poslovnu oblast, zona je tranzita od mjesta stanovanja do posla. Ovaj dio grada je popularan među ljudima koji na legalan način zarađuju svoj novac i žive u veoma skupim, luksuznim stanovima. Zona 3 je oblast kuća u kojima živi radnička klasa i u manjoj mjeri „iskvarena“ nego zona tranzita, a naseljena je u velikoj mjeri „radnicima čiji ekonomski status omogućava da priušte mnoge udobnosti, čak i neki oblik luksuza koji grad ima da ponudi“.¹⁸ Zona 4, oblast srednjeg sloja gradskih stanovnika, široko je naseljena profesionalcima, sveštenicima, vlasnicima malih preduzeća, menadžerima. Na spoljnoj ivici grada je zona 5 ili oblast nestalnog stanovništva. Ova zona obuhvata satelitske gradove i predgrađa. Mnogi od njenih stanovnika napuštaju oblast tokom dana i odlaze u grad zbog posla.

Prema mišljenju Parka, ključna oblast za objašnjenje kriminaliteta/delinkvencije je zona 2, odnosno zona tranzita. Zbog premještanja poslova u ovu zonu, ona postaje nepoželjno mjesto za život. Stanovanje se pogoršava, legitiman način života u toj oblasti se mijenja. Ljudi, koji su to mogli sebi da

¹⁷ Videti: Morris, T., op.cit., str. 3.

¹⁸ Sue Titus Reid, op.cit., str. 121.

priušte, iseljavaju se i ne postoji napredak u poboljšanju stanovanja u toj oblasti bez državne novčane pomoći. Populacija u gradovima raslojena je po ekonomskom statusu i zanimanjima koje obavlja. Osobe sa niskim primanjima, najčešće nekvalifikovani radnici, žive u zoni 2, pa to često dovodi do rasne i etničke segregacije. Ovu zonu karakterišu: stovarišta, zalagaonice, jeftina pozorišta, restorani, kao i potpuni slom u primjeni uobičajenih institucionalnih metoda socijalne kontrole. Stoga, istraživači su iznijeli hipotezu da će zločin, porok, kao i ostale vrste devijacije, nastaviti da se javljaju u takvim socijalno dezorganizovanim okruženjima.¹⁹

Kliford Šo i Henri Mekej (Clifford R. Shaw, Henry D. McKay), primarni istraživači u konceptu ekološke teorije, tvrdili su da postoji povezanost između: školskog besposličenja, mlađih punoljetnih učinilaca, smrtnosti djece, tuberkuloze, mentalnih poremećaja, kao i drugih faktora i nivoa delinkvencije i kriminaliteta odraslih.²⁰ Istakli su da „ne postoji nijedna jedina instanca u kojoj ne postoji preplitanje između ovih elemenata... Na osnovu prezentovanih činjenica, jasno je da delinkvencija nije izolovan fenomen“.²¹

Iz izvjesnih kritičkih stavova na ova objašnjenja ipak jasno proizlazi da Šo i Mekej nisu tvrdili da zona 2 prouzrokuje zločin, već su upozorili da odnos uzrok–posljedica ne treba pretpostaviti samo zbog visoke korelacije između postojećih varijabli. Bez obzira na to što zona 2 može privući ili čak okupljati kriminalce, sljedeće objašnjenje visoke stope kriminaliteta može biti povezano sa manjim učinkom rada pripadnika formalne društvene kontrole. Možda je policija ta koja će morati da obavi mnogo veći broj hapšenja u zoni 2 nego u nekim drugim zonama.

Savremeni kontekst – prevencija kriminaliteta u kriminalnom području

Razvoj stavova i shvatanja o prevenciji kriminaliteta ili, prema nekim autorima, preventivnog mentaliteta,²² prošao je kroz mnoge faze, zaokrete i inovacije, „koji su započeli da is crtavaju teren, fokus i tehnologije vođenja prevencije“.²³

Neophodno je naglasiti, još jednom, da je pojam „prevencija kriminaliteta“ široko korišćen koncept sa prilično slobodno određenim značenjima,

¹⁹ Ibid.

²⁰ Vidjeti i: Petrović, B., Gorazd, M. (2008) *Kriminologija*, Sarajevo: Pravni fakultet, str. 120.

²¹ Sue Titus Reid, los. cit.

²² *The Oxford Handbook of Criminology*, op. cit., str. 870.

²³ Ibidem

koja su u upotrebi. Za neke autore, ovaj termin upućuje na konvencionalno djelovanje krivičnog pravosuđa. Opet, drugi, poput van Dijka i Varda (J. M. van Dijk, J. de Waard), zalažu se za određenje koje pomaže da se u žižu interesovanja stave alternativni ili posebni programi prevencije kriminaliteta. Stoga, oni ističu da je prevencija kriminaliteta „skup svih ličnih inicijativa i državne politike, u većoj mjeri nego retribucija krivičnog prava, sa ciljem umanjenja štete izazvane radnjama koje država inkriminiše kao krivična djela“.²⁴ Ovim određenjem obuhvaćeni su i programi za umanjenje straha od kriminaliteta, pošto strah može biti posmatran i kao šteta nastala od kriminaliteta; zatim, programi pomoći žrtvama, zbog toga što se to može posmatrati kao oblik kontrole štete, kao i preventivna aktivnost policije, poput stalnog nadzora i tretmana ili obuke sadašnjih/bivših delinkvenata. Iz ovog određenja prevencije kriminaliteta izuzeti su istraga i vođenje krivičnog postupka protiv učinilaca, kažnjavanje i izvršenje konvencionalnih kazni.

Teorija prevencije kriminaliteta kroz izgled okruženja²⁵ zasnovana je na jednostavnoj ideji da zločin dijelom potiče iz prilika koje se nalaze u fizičkom okruženju. To vodi ka zaključku da bi bilo moguće promijeniti fizičko okruženje, tako da postoji manja vjerovatnoća da se javi zločin.

Postoje tri odvojena pristupa ili teorije koje ulaze u osnovni naziv teorije prevencije kriminaliteta kroz izgled okruženja. Prvobitna varijanta i sam naziv teorije vezuju se za kriminologa Džefrija (C. Ray Jeffery) koji je 1971. godine objavio svoju knjigu u kojoj kritikuje sociološki orijentisane kriminologe, zato što kao uzroke zločina posmatraju isključivo one faktore socijalne prirode, pri čemu zanemaruju kako biološke, tako i determinante koje potiču iz okoline. Stoga, ovaj kriminolog navodi da prevencija treba da bude usmjerena na biološke faktore (oštećenja mozga, na primjer), s jedne strane, i na otklanjanje prilika za vršenje zločina, s druge strane.

Drugi pristup ove teorije jeste teorija „branjenog prostora“ i vezuje se za Džejkobsa (Jacobs, 1961), koji je upućivao ozbiljne kritike poslijeratnom urbanom planiranju, naglašavajući njegovu destruktivnu komponentu u odnosu na prirodne procese reda unutar susjedstva. Ipak, kao njen utemeljivač smatra se Njumen (Newman, 1972), čija se misao razvila na

²⁴ J. M. van Dijk, J. de Waard, „A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography“, p. 483-503. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=80100>, pristup: 17.9.2010.

²⁵ Vidjeti: R. Clark, The Theory of Crime prevention Through Environmental Design“, <http://www3.cutr.usf.edu/security/documents%5CCPTED%5CTheory%20of%20CPTED.pdf>, pristup: 27.9.2010.

osnovu Džejkbove kritike. Njumen je uspio da identifikuje arhitektonska rješenja koja bi obeshrabrila vršenje krivičnih djela, a osnažila preventivnu društvenu kontrolu. Otuda je teorija branjenog prostora „model za rezidencijalnu okolinu koji sprečava zločin time što stvara fizički izgled društvene strukture koja brani samu sebe“.²⁶ Njumen je tvrdio da arhitektonski oblik može osloboditi latentni smisao za teritoriju i zajednicu među stanovnicima, tako da ove karakteristike postanu sastavni dijelovi onoga što stanovnici prisvajaju kao dio odgovornosti za očuvanje bezbjednog okruženja i za dobrobit života u njemu. Njumen je identifikovao nekoliko sastavnih elemenata za dobar dizajn okoline kojim se ohrabruje mreža društvene kontrole: teritorijalnost, stalno nadziranje, izgled i okolina. Suštinski, teritorijalnost zahtijeva fizički prostor koji razdvaja oblasti kontrole, dok stalno nadziranje znači oblik zgrada koji dozvoljava i omogućava lako osmatranje teritorijalnih oblasti.

Projekti masovnog stanovanja, iz perioda poslije Drugog svjetskog rata, istisnuli su važne procese socijalne kontrole. Na njihovom mjestu došlo je do „bujanja“ „nebranjenog prostora“, što je uključilo: anonimne staze za prolaz pješaka, prolaze, hodnike u kojima su stepeništa od prizemlja do najvišeg sprata kuće, liftove, dugačke tamne prolaze, a sve to lako dostupno. Oni su time stvorili „zbunjujuće“ oblasti koje nikome ne pripadaju, o kojima niko ne vodi računa i niko ne nadzire.²⁷ Ove Njumenove teze su oštro kritikovane od strane kriminologa i drugih naučnika sociološki orijentisanih, koji su ga optužili za „determinizam okruženja“ i za suviše pojednostavljeno objašnjenje ljudskog ponašanja na osnovu teritorijalnog ponašanja kod životinja.²⁸

Treći pristup ovog teorijskog određenja proistekao je iz kriminološkog istraživanja o situacionoj prevenciji koje je izvršeno za račun i na zahtjev britanske vlade sedamdesetih godina XX vijeka. To bi bio jedan opšti pristup za umanjene prilike za vršenje bilo kog oblika kriminaliteta, koji se javlja bilo gdje, kao: otmice aviona, krađa socijalnih fondova, upućivanje uznemiravajućih telefonskih poziva, nasilje u kafićima, nasilje u porodici, kao i u slučajevima vršenja bilo kod oblika krvnih i seksualnih delikata.²⁹

²⁶ *The Oxford Handbook of Criminology*, or. cit. str. 875.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ R. Clark, „The Theory of Crime prevention Through Environmental Design“, loc. cit.

²⁹ *Ibidem*.

Zeleni agenda u Srbiji

U vrijeme postojanja SFRJ zabilježeno je da je još 1981. godine slovenački kriminolog Janez Pečar u svom eseju pisao o važnosti dubljeg i šireg proučavanja kriminaliteta protiv životne sredine u okviru kriminologije, ali da, nažalost, njegov rad nije zaokupio veću pažnju kriminologa, imajući u vidu govorno područje kome je bio namijenjen.³⁰

Međutim, danas, u Srbiji, pitanje zelene agende se češće i jednostavnije javlja u govoru, ali i u ugovorima koje Srbija zaključuje sa međunarodnim subjektima. Na sajtu Vlade Republike Srbije istaknut je tekst od 18. januara 2022. godine, u kome se navodi da je premijerka Ana Brnabić izjavila da će projekat „EU za zelenu agendu u Srbiji unaprijediti kvalitet života građana u našoj zemlji poboljšanjem kvaliteta vazduha, vode i zemljišta“. Govoreći na događaju povodom početka projekta, Brnabić je izrazila zahvalnost Evropskoj uniji, Švedskoj i UNDP na partnerstvu i finansijskoj podršci sa osam miliona evra za realizaciju projekta. Premijerka je objasnila da će projekat trajati do 2024. godine i da će biti usmjeren na unapređenje životne sredine i zelenu tranziciju. Tom prilikom je podsjetila da su dva ključna prioriteta Vlade Srbije vladavina prava i zelena agenda, a to je zaštita i unapređenje životne sredine, kao i da je Evropska unija glavni partner naše zemlje u ovim oblastima. Kada je u pitanju zaštita životne sredine, tri su glavne tačke – zaštita kvaliteta vazduha, upravljanje čvrstim otpadom i zaštita vodotoka, odnosno izgradnja kanalizacione mreže i postrojenja za prečišćavanje otpadnih voda.³¹

U oblasti javnih politika koje se sprovode u Srbiji posebno se ističe značaj donošenja sljedećih zakona kojima se omogućava razvoj zelene agende: Zakon o korišćenju obnovljivih izvora energije³²; Zakon o zaštiti životne sredine³³; Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine³⁴; Zakon o ambalaži i ambalažnom otpadu³⁵; Zakon o upravljanju

³⁰ Pečar J. (1981) „Ekološka kriminaliteta“ in kriminologija, Ljubljana: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 32(1), 33–45.

³¹ Vlada Republike Srbije, Realisation of project “EU for Green Agenda in Serbia” begins, <https://www.srbija.gov.rs/vest/en/183760/realisation-of-project-eu-for-green-agenda-in-serbia-begins.php>, pristup: 8.7.2023.

³² „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 40/2021 i 35/2023.

³³ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 135/2004, 36/2009, 36/2009, 72/2009, 43/2011, 14/2016, 76/2018, 95/2018 i 95/2018.

³⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 135/2004, 25/2015 i 109/2021.

³⁵ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 36/2009 i 95/2018.

otpadom³⁶; Zakon o vodama³⁷; Zakon o zaštiti zemljišta³⁸; Zakon o zaštiti od buke u životnoj sredini³⁹; Zakon o zaštiti od nejonizujućih zračenja⁴⁰; Zakon o zaštiti vazduha⁴¹; Zakon o klimatskim promjenama⁴²; Zakon o zaštiti prirode⁴³ i Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine⁴⁴.

Zaključak

Ubrzani proces urbanizacije uticao je na stvaranje brojnih promjena i neprilagođenost tim promjenama, kako porodici kao cjelini, tako i djeci. Urbanizacija dobro utiče na razvoj zaostalih ruralnih područja.⁴⁵ Međutim, prelazak seoskog stanovništva u gradove praćen je prvenstveno ekonomskom neprilagođenošću novim uslovima rada za punoljetne članove, kao i zahtjevima koje proces školovanja postavlja maloljetnim članovima porodice. Mladi ljudi, koji su odlučili da prekinu proces školovanja, često ne mogu da dobiju zaposlenje i prinuđeni su da se, zbog obezbjeđenja opstanka, bave poslovima ilegalnog karaktera. Eksploatisani su i primorani da rade po kafanama ili služe kao instrumenti kriminalnih organizacija.⁴⁶

Ali, prema Bergelu (Bergel, E.E.)⁴⁷ pogrešno je i neopravdano shvatanje da se samo u gradskim društvima ispoljava ozbiljna društvena dezorganizacija. Takođe je neispravno shvatanje da je ruralna populacija srećna, mentalno zdrava i dobro organizovana. Socijalna ekologija prije treba da ispituje

³⁶ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 36/2009, 88/2010, 14/2016 i 95/2018.

³⁷ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 30/2010, 93/2012, 101/2016, 95/2018 i 95/2018.

³⁸ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 112/2015.

³⁹ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 96/2021.

⁴⁰ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 36/2009.

⁴¹ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 36/2009, 10/2013 i 26/2021.

⁴² „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 26/2021.

⁴³ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 36/2009, 88/2010, 91/2010, 14/2016, 95/2018 i 71/2021.

⁴⁴ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 135/2004, 25/2015 i 109/2021.

⁴⁵ Todorović, A. (1971) *Uslovi i uzroci maloletničkog prestupništva u urbanim i ruralnim sredinama*, Beograd: Institut za kriminološka i kriminalistička ispitivanja, Institut društvenih nauka, str. 86–87.

⁴⁶ La prevention des formes de criminalite resultant des changements sociaux et accompagnant le progres economiljue dans les pays peu developpes, London, 8-20 aout 1960, p.11, cit. u ibid.

⁴⁷ E.E.Bergel, *Urban Sociology*, Mc Graw-Hill Book Company, New York 1955, str. 368. Cit. u: ibid.

specifične forme dezorganizacije koje se ispoljavaju samo u gradovima ili da istražuje da li se neke od njih više zbivaju u gradovima nego u seoskim sredinama. Zato su se javila shvatanja o povratku čovjeka prirodi, o uspostavljanju novog perioda „romantičarske pastorale“. Istovremeno se ova alternativa kritikuje kao „povratak u srednji vijek“ i naziva „konzervativnom utopijom“.

Svakako da je čovjek industrijskog doba navikao na određeni način života i materijalne standarde kojih se teško može odreći.⁴⁸ Čak i u slučaju da to učini, ne znači da će se prilagoditi kvalitativno potpuno novim uslovima života i da će dobro odgajati potomstvo. To se posebno odnosi na mlade za koje su sjaj grada, mogućnosti školovanja i zarade mnogo značajniji i privlačniji od povratka u mekoću i sigurnost „prirodnog stanja“. Lakši rad, veći odmor, manja socijalna kontrola, veća lična sloboda, mnogo šire mogućnosti razonode, dostupnost kulturnih dobara, kao i veća mogućnost obrazovanja i školovanja – ono je što mlade najčešće privlači gradskim uslovima života.⁴⁹

Stoga se siromaštvo ne može uzeti kao odlučujući kriminogeni faktor delinkvencije djece sa sela. U današnjim uslovima slabljenje uticaja roditelja, razbijanje koherentnosti porodične zajednice i anomija na nivou globalnog društva utiču da se ova pojava javlja na selu u većem obimu nego prije. Privid oaze familijarne povezanosti i čvrstih veza nastavlja svoju ulogu u prikrivanju devijantnog ponašanja seoske djece, ali i onih nedozvoljenih postupaka koji ih viktimiziraju.

Već ustaljene kriminološke premise vezane za maloljetničku delinkvenciju, kao tipičnu gradsku pojavu, sigurno će vremenom postati samo opovrgnute hipoteze. I dalje se smatra da je kriminalitet gradske djece neuporedivo veći i u stalnom porastu u odnosu na kriminalitet seoske djece. Međutim, sa razvojem prostorne mobilnosti i elektronskih medija događa se da delinkventna djeca iz ruralnih sredina nalaze sve više uzor za svoje ponašanje u gradskom životu. Ponašanje gradske djece služi im kao model za imitiranje i formiranje stavova.

Sociolozi modernog doba uglavnom su zadržali mišljenje da je selo mikrosvijet sa bliskim poznanstvima svakog sa svakim, dominiranjem ličnih veza i podvrgavanjem individue neprekidnom posmatranju i kontroli od strane zajednice. Takva konkretna saznanja, koje svako ima o svakom drugom mještaninu, potenciraju ličnu ulogu u svim međusobnim odnosima i svakodnevnim aktivnostima. Odobravanje i neodobravanje nekih ponašanja, ispoljavanje simpatija ili antipatija prema drugima, imaju glavni udio u uslovljavanju mišljenja o dobru i

⁴⁸ Cifrić, I., op.cit., str. 233.

⁴⁹ Šuvar, S. (1998). *Sociologija sela*, Školska knjiga, Zagreb, tom drugi, str. 116.

zlu unutar seoske zajednice, ali čak i prema potrebi da tada djeluju ili ne formalni sistem. Otuda, kriminolozi smatraju da se kriminalitet na selu odlikuje velikom „tamnom brojkom“, ali i objektivno manjim obimom nego u gradu.

Ipak, sva ljepota i dobrobit seoskog načina života davno su izgubili svoj uticaj i izvorni oblik. Uz to, vezanost za prirodu i čudi zemlje i neba utiču snažno i danas na bolje razlikovanje dobra i zla i poštovanje domaćinskog reda u poretku događanja i međusobnih odnosa. Djeca se sigurno ne mogu odreći i ne smiju lišiti dostignuća savremene civilizacije, posebno u ostvarivanju svojih prava. Međutim, da li je moguće stvoriti takvu okolinu za djecu koja će po svojim moralnim osobinama biti „romantičarska pastorala“, a po zaštitnim svojstvima i uslovima razvoja savremeni urbani svijet?⁵⁰

Literatura

1. Cifrić, I. (1989). *Socijalna ekologija*, Zagreb: Globus, str. 104.
2. Clark, R. „The Theory of Crime prevention Through Environmental Design“,
3. <http://www3.cutr.usf.edu/security/documents%5CCPTED%5CTheory%20of%20CPTED.pdf>, pristup: 27.9.2010.
4. Gidens, E., (2005). *Sociologija*, Beograd: Ekonomski fakultet.
5. Gregory Simmons; Mark Vardy and Rochelle Stevenson, What is the Difference Between Green Criminology and Environmental Criminology? <https://kpu.pressbooks.pub/introcrim/chapter/13-2-what-is-the-difference-between-green-criminology-and-environmental-criminology/>, pristup: 4.7.2023.

⁵⁰ U Bibliji je zapisano:

1. 29 „I još reče Bog: evo dao sam vam sve bilje što nosi sjeme po svoj zemlji, i sva drveta rodna koja nose sjeme; to će vam biti za hranu.

1. 30 A svemu zvjerinju zemaljskom i svjema pticama nebeskim i svemu što se miče na zemlji i u čemu ima duša živa, dao sam svu travu da jedu. I bi tako.

2.15 I uzevši Gospodin Bog čovjeka namjesti ga u Vrtu Edenskom da ga radi i da ga čuva”.

Sveto pismo Staroga i Novoga zavjeta, Izdanje Britanskog i inostranog biblijskog društva (prev. Đ. Daničića i Vuk Stef. Karadžić), Zagreb, 1956, Prva knjiga Mojsijeva: Postojanje: str. 1 i 2.

6. Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*, Niš, Pelikan print.
7. Kostić, M., Konstantinović-Vilić, S., „Razlike u fenomenološkim obeležjima kriminaliteta na selu i kriminaliteta u gradu“, XIV međunarodni naučni skup: „Vlasinski susreti 2008“, Zbornik radova: *Selo u tranziciji*, Zavod za proučavanje sela, Srpsko udruženje za sociologiju sela i poljoprivrede, Balkanska asocijacija za sociologiju sela i poljoprivrede, Beograd–Vlasotince 2008, str. 482–495.
8. Morris, T. (1971) *The criminal area*, London: Routledge&Kegan Paul, New York: Humanities Press.
9. Pečar J. (1981) „Ekološka kriminaliteta“ in kriminologija, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, Ljubljana, 32(1), 33–45.
10. Petrović, B., Gorazd, M. (2008). *Kriminologija*, Sarajevo: Pravni fakultet.
11. Quinney, R. (1966). “Structural Characteristics, Population Areas, and the Crime Rates in the United State”, *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Vol. 57, No. 1, p. 45.
12. Soderbergh, Steven, <https://www.britannica.com/biography/Steven-Soderbergh>, pristup: 6.7.2023.
13. Sue Titus Reid (2003). *Crime and Criminology*, New York: McGrawHill.
14. *Sveto pismo Staroga i Novoga zavjeta*, Izdanje Britanskog i inostranog biblijskog društva (prev. Đ. Daničića i Vuk Stefanović Karadžić), Zagreb, 1956, Prva knjiga Mojsijeva: Postojanje: str. 1 i 2
15. Šuvar, S. (1988). *Sociologija sela*, Školska knjiga, Zagreb, tom drugi, str. 116.
16. *The Oxford Handbook of Criminology* (ed. by Mike Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner) (2007), Oxford University Press.
17. Todorović, A., (1971) *Uslovi i uzroci maloletničkog prestupništva u urbanim i ruralnim sredinama*, Beograd: Institut za kriminološka i kriminalistička ispitivanja, Institut društvenih nauka.
18. Van Dijk, de Waard, J.M., A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography“, p. 483-503. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=80100>, pristup: 17.9.2010.

19. Vlada Republike Srbije, Realisation of project “EU for Green Agenda in Serbia” begins, <https://www.srbija.gov.rs/vest/en/183760/realisation-of-project-eu-for-green-agenda-in-serbia-begins.php>, pristup: 8.7.2023.
20. Wilson E. (1992). *The Sphinx in the City: Urban Life, The Control of Disorder, and Women*, Berkeley, Cal: University of California Press, str. 10., cit. u: ibid.

Prof. dr Miomira Kostić*

Prof. Marina M. Simović, PhD**

GREEN CRIMINOLOGY AND THE DELINQUENT AREA

Abstract: *In the paper, the authors first explained the meaning of crime ecology and ecological explanations in criminology. They gave a basic explanation of the delinquent area. They explained the historical context of accepting the concept of ecology from the domain of natural sciences to the domain of social sciences: sociology and criminology. In addition, they referred to the contemporary importance of ecological explanations in criminology and crime prevention. They explained the role and importance of the development of green criminology, as well as the basic similarities and differences between crime ecology and green criminology as well as the emergence and development of the green agenda in Serbia through normative solutions.*

Key words: *delinquent area; ecology of crime; green criminology; green agenda; ecological theory; crime prevention.*

* Full professor at the Faculty of Law, University of Niš,

** Secretary of the Ombudsman for Children of the Republic of Srpska, Associate Professor of the Faculty of Legal Sciences of the University „Apeiron“ Banja Luka

UDK 343.9.02:355.40(497.11+497.7)

doi 10.7251/PR6723953B

Pregledni naučni članak

**OBAVEŠTAJNE SLUŽBE U BORBI PROTIV
ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA
s osvrtom na Republiku Srbiju i Republiku Severnu Makedoniju**

**Dr Vanda Božić^{1*}
Dr Zoran Jovanovski^{2**}**

***Apstrakt:** Kada govorimo o službama bezbednosti, jasno je da se radi o kompleksnom konceptu, bilo u teoriji ili praksi. Službe bezbednosti predstavljaju konglomerat od nekoliko disciplina i nauka. Iz navedenog razloga, službe bezbednosti treba da se sagledaju multidisciplinarno sa svih aspekata. Terorizam, organizovani kriminalitet, cyber kriminalitet, danas su globalni problemi koji prete da uruše sve tekovine razvijenog demokratskog društva i dovedu u pitanje sam ljudski opstanak. Transnacionalni organizovani kriminalitet je ozbiljna pretnja nacionalnoj bezbednosti države. Autori su u radu ukazali na uloge obaveštajnih službi u borbi protiv organizovanog kriminaliteta u Republici Srbiji i Republici Severnoj Makedeniji. U zaključnim razmatranjima dati su predlozi za poboljšanje rada obaveštajnih centara. Iako bezbednosno-obaveštajni sistem Republike Srbije ukazuje da, i u normativnom i u organizacionom smislu, postoji obaveštajna komponenta, ističe se potreba za osnivanjem nacionalne obaveštajne agencije.*

***Ključne reči:** obaveštajne službe, službe bezbednosti, organizovani kriminalitet, terorizam, Republika Srbija, Republika Severna Makedonija.*

^{1*} Pravni fakultet, Univerzitet Union, Beograd, e-mail: bozic.vanda@gmail.com

^{2**} Vojna akademija „General Mihailo Apostolski“, Skoplje,
e-mail: zoranjovanovski43@gmail.com

Uvodna razmatranja

Obaveštajne službe, kao i sve druge službe bezbednosti u jednoj zemlji, čine sistem bezbednosti određene zemlje. Dok se ne usavrše, pretrpe mnoge promene, sve dok ne postignu stepen perfekcije. Njihova promenljivost je kategorija koja datira od samog razvoja društva u prošlosti. U dosadašnjoj teoriji i praksi nije pronađena niti jedna jedina definicija koja bi mogla da definiše obaveštajne službe, ali zato postoje mnoge definicije koje opisuju i definišu aktivnosti obaveštajnih službi i aktivnosti službe bezbednosti.

Bezbednost je od strane *Tomasa Hobsa* definisana i bila shvaćena kao najosnovnija vrednost i osnova na kojoj se gradi i konstituiše kako kolektivni, tako i individualni život.³ Iz ovoga se može zaključiti da je bezbednost u jednoj državi osnovni uslov za razvoj demokratije i poštovanja ustava i zakona. *Samuel Makinda* bezbednost shvata kao „očuvanje normi, pravila, institucija i vrednosti društva“.⁴

Proces globalizacije donosi mnoge pozitivne strane koje olakšavaju ljudski život i rad. Tu počinje proces kompjuterizacije i industrijalizacije, u kome je ljudski rad veoma olakšan. Bezvizni režim je, takođe, pozitivna strana, jer ljudsko kretanje i sloboda nisu ograničene. Građani jedne države (“obični ljudi”) vide globalizaciju multidimenzionalno, preciznije, oni su kao građani jedne zemlje srećniji jer mogu da investiraju u drugim državama i da konzumiraju proizvode iz drugih zemalja. Vlasnici firmi osećaju konkurenciju, stvaraju se pobednici ili gubitnici, u vrlo kratkom periodu kompanije opstaju ili propadaju. Iz navedenog proizlazi zaključak da srednja klasa „umire“. Pri tome, etnička obeležja se gube nametanjem standardne kulture sa strane lidarskih zemalja u svetu.

S druge strane, proces globalizacije nema samo pozitivne strane, već u sebi sadrži i mnoge nedostatke i negativne posledice. Najpogodnija definicija globalizacije ogleda se kroz novi početak i tok novih vrsta društvenih procesa i odnosa koji slabe moć i autonomiju nacionalnih država, gube entitet i identitet država, slabe vladavinu zakona u zemlji i nameću jedinstvene standarde svetskih institucija.

³ Jovanovski, Z., *Razbojot na bezbednosnite službi vo Republika Makedonija (1945–2010)*, Tetovo, Napredok, 2012, str. 13.

⁴ Makinda, S., *Sovereignty and Global Security, Security Dialogue*, Sage Publications, 29/1998, str. 281–292.

Jedna strane globalizacije, koja nosi negativan predznak, jeste masovna pojava transnacionalnog organizovanog kriminaliteta.

Transnacionalni organizovani kriminalitet kao pretnja nacionalnoj bezbednosti države

Sa pojavom procesa globalizacije, sve veći zamah dobija transnacionalni organizovani kriminalitet, koji ne poznaje granice i ne zaobilazi nijednu zemlju i niti jedno društvo u svetu. Kriminalne organizacije imaju tendenciju da budu uključene u postojeći državni sistem i državne institucije, na bilo koji način. Navedene organizacije koriste se različitim oblicima uticaja (najčešće se radi o korupciji) kako bi „pod svojom palicom“ imale svoje ljude zaposlene u državnim organima i institucijama odgovornim za izdavanje određenih dozvola, svoje ljude koji upravljaju ekonomskom politikom i koje rešavaju veće privredne poslove. Da bi ostvarile svoj naum, klasičan *modus operandi* kriminalnih organizacija bazira se na „ubacivanju“ svojih ljudi u najviše organe vlasti uz neizostavan pokušaj korumpiranja važnih funkcionera.

Transnacionalni organizovani kriminalitet najčešće se ispoljava kroz krijumčarenje i trgovinu drogom, oružjem, ljudima, krađu i trgovinu predmeta od kulturnog i nacionalnog značaja, iznudu novca za zaštitu koja nije bila potrebna niti tražena (*reket*), posredovanje u zapošljavanju sa obavezom za odvajanje dela prihoda za organizaciju, itd. Transnacionalni organizovani kriminalitet je velika pretnja nacionalnoj bezbednosti svake države i uključuje najekstremnije i najbrutalnije načine prevare vrbovanja žrtava radi prostitucije, trgovine ljudima,⁵ trgovine ljudskim organima⁶ i drugih zločina. Tako dolazimo do jedne velike kontradiktornosti. S jedne strane, sa sistemima kolektivne bezbednosti se promoviše demokratija, s druge strane, na prvom su mestu osnovna ljudska prava i slobode, međutim, pojavom globalizacije dolazi do navedenih negativnih pojava. Korupcija, eksploatacija poreskih razlika ili

⁵ Više vidi: Božić, V., *Krijumčarenje ljudi i trgovanje ljudima u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2015, v. 36, br. 2, str. 845–873.

Vidi i: Simović, M., Božić, V., *Trgovina ljudima sa posebnim osvrtom na žrtve – komparativni prikaz rješenja krivičnog zakonodavstva i analiza sudske prakse u Srbiji i Hrvatskoj*, Istaknuti tematski zbornik vodećeg nacionalnog značaja „Izazovi pravnom sistemu“, Tom 1, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet, 2021, str. 275–296.

⁶ Više: Božić, V., *Trgovanje ljudskim organima kao oblik organiziranog kriminaliteta*, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet, 2012.

carinske diferencijacije, trgovina hartijama od vrednosti, prevare osiguranja, ilegalno useljavanje stranaca, trgovina radioaktivnim materijalima i izvoz radioaktivnog otpada, krijumčarenje zlata, nakita, cigareta i alkohola, falsifikovanje novca i dokumenata, sve su to, takođe, negativnosti same globalizacije.

Tako, transnacionalni organizovani kriminalitet, u savremenim uslovima, sa svojim karakteristikama i oznakama, sa ogromnom vitalnošću i fleksibilnošću, sa ogromnom finansijskom moći, kao i drugim moćima koje poseduje, svakako je jedan od najjačih centara moći, u senci pravnih domaćih i međunarodnih institucija. Nakon niza ratova u regionu, fenomen transnacionalnog organizovanog kriminaliteta dobio je izuzetno povoljan ambijent za praktične aktivnosti i uspeo je da postigne ono što nije uspelo pravno-državnim identitetima. Kada govorimo o opasnostima i pretnjama država regiona, u pogledu transnacionalnog organizovanog kriminala na Balkanu, evropskim i svetskim kriminalnim dešavanjima, nijedna država Balkana nje mogla da ostane „oaza“ nekriminalnog prostora i miljea. Neke države našeg regiona postale su žrtva kriminalnih organizacija Rusije, Bugarske, Albanije, Italije, Turske. Teorijska istraživanja pokazuju da nije bilo moguće da ekonomsko-finansijska sfera Republike Severne Makedonije ostane daleko od interesa kriminalnog podzemlja. Tu se postavlja pitanje da li Republika Severna Makedonija trenutno ima sposoban, nezavisan bezbednosni sistem koji može da detektuje takve aktivnosti i efikasno da im se suprotstavi?

Transnacionalni organizovani kriminalitet se javlja kao faktor ugrožavanja pravne države: ugrožava princip vladavine prava, ugrožava moć države u borbi protiv kriminaliteta, deo državne strukture postaje kriminalizovan, sistem bezbednosti biva paralizovan i dolazi do socijalne dezorganizacije i tačke opšteg haosa. U državama regiona, dakle državama u tranziciji, organizovani kriminalitet je veoma zastupljen i svakim danom je u sve većem porastu. Posebno u procesu privatizacije državnog kapitala, u kojem se, pod vrlo sumnjivim okolnostima, obavila njegova dioba,⁷ gde se nadležne institucije uglavnom nisu držale ustava ni nacionalnog zakonodavnog okvira u postupku pretvorbe državnih preduzeća.⁸

⁷ Spaseski, J., *Makedonija stolb na bezbednosti i mirot na balkanot*, Agencija Akademik, Skopje, 2005, str. 211.

⁸ Tabaković, S., Božić, V., *Protustavna i nezakonita privatizacija društvenog vlasništva (dionica HT) kao posledica nezakonito provedene pretvorbe i privatizacije*, Zbornik radova konferencije Udruženja pravnika u privredi Srbije i časopisa „Pravo i privreda“ (21. decembar 2021. godine), Beograd: Udruženje pravnika u privredi Srbije, 2021. str. 54–67.

Kompjuterski (cyber) kriminalitet

S obzirom na to da *cyber* kriminalitet nije jednoznačno definisan, ni ne postoji jedinstvena definicija ovog oblika kriminaliteta, koji obuhvata sve oblike kompjuterskog kriminaliteta, razne zloupotrebe računara, informatički kriminalitet, kompjuterska oštećenja i kompjuterske prevare.⁹ Pod terminom kompjuterski kriminalitet podrazumeva se bilo koja radnja u kojoj je računar alat i cilj da se izvrši krivično delo. Računar je svaki elektronski uređaj koji na osnovu programa automatski obrađuje i razmenjuje podatke, a računarski sistem je svaki uređaj ili grupa međusobno povezanih ili zavisnih uređaja od kojih jedan ili više njih, na osnovu programa, vrši automatsku obradu podataka.¹⁰

U navedenoj definiciji kompjuterskog kriminaliteta, danas se u svetu mogu naći sve više inkriminacija sa kojima se država štiti od kompjuterskog kriminaliteta, od kompjuterskih prevara, kompjuterskih falsifikata, kompjuterske špijunaže i sabotáže, krađe kompjuterskih podataka, itd. U Krivičnom zakoniku Republike Srbije taksativno su navedena krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka: neovlašteni pristup, ometanje rada računalnog sustava, oštećenje računalnih podataka, neovlašteno presretanje računalnih podataka, računalno krivotvorenje, računalna prijevarena, zlouporaba naprava i teška kaznena djela protiv računalnih sustava, programa i podataka.¹¹

Kompjuterski kriminalitet se razlikuje od drugih vrsta kriminaliteta u tome što je oblast njegove distribucije praktično neograničena. U kratkom roku, uz malu stručnost, mogu se izvršiti krivična dela sa vrlo teškim materijalnim posledicama, koja se veoma teško otkrivaju. Može se reći da je to jedna od negativnih strana procesa globalizacije. U mnogim zemljama u svetu danas je široko rasprostranjena upotreba kompjutera, ali neke zemlje nemaju adekvatnog zakonodavstva u ovoj oblasti, a među njima je i Republika Severna Makedonija. Računarska oprema spada u najsavremenije resurse u smislu mogućnosti za čuvanje, razvrstavanje i prenos informacija, a mi već i sami znamo koliko koštaju informacije i koliko njihovo objavljivanje ugrožava mnoge stvari i uništava bezbroj imaginarnih zadataka.

⁹ Božić, V., *Kaznena politika i prevencija kaznenih djela protiv računarskih sustava, programa i podataka*, Zbornik radova „Kaznena politika i prevencija kriminaliteta”, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Ministarstvo pravde Republike Srpske, 2019, str. 188 (187–202).

¹⁰ Čl. 112 st. 33 i st. 34 KZ.

¹¹ Krivični zakonik, Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

Upotreba računarske tehnike ukinula je fizičke granice za prikupljanje podataka, jer je moguće odmah, ili u bilo kom trenutku kasnije, da se ti podaci obrade, da se dalje prenose, da se kombinuju i međusobno povezuju. Otu- da, u pitanju je oblast u kojoj postoji povećana mogućnost za zloupotrebe u uslovima rastuće primene kompjuterizovanih informacionih sistema sa jedne strane, a sa druge, imamo neadekvatno ili nedovoljno postojećih zakonskih regulativa za novonastalu situaciju. Razlozi koji dovode do zloupotrebe računara mogu biti različite prirode, dok negativni efekti koji se postižu mogu biti razorni. Iako saznanje podataka iz računara može biti motivisano iz čisto avanturističkih razloga s obzirom na to da su podaci poverljivi, oni se mogu dalje koristiti i za postizanje drugih ciljeva. Motivi mogu biti usmereni ka realizaciji određenih protivpravnih prihoda, ali i ka rušenju državnog poretka. Veoma je teško pratiti ovu vrstu kriminaliteta. Uglavnom se radi o početnicima koji nisu bili kažnjavani i na radnom mestu su slučajno dobili priliku da učine navedene manipulacije. Za učinioce ove vrste krivičnih dela uglavnom dominiraju nazivi *hakeri* (eksperti za softver i hardver računara), *krekeri* (istražuju nedovoljno poznate mogućnosti novih internetskih tehnologija) i *frikeri* (poznati po pronalasku načina za besplatno korišćenje telefonskih usluga). Krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka odnose se na sve oblike kompjuterskog kriminaliteta i zloupotrebu informacionih tehnologija, koja posebno dolaze do izražaja u delu ličnih podataka građana, zatim poslovne, službene i državne tajne. „Tajna je društvena, pravna i politička pojava, nastala u ljudskoj zajednici, u određenom vremenu i prostoru, koja sadrži određene činjenice, podatke, obaveštenja i/ili informacije koje se čuvaju i štite od strane držaoca ili vlasnika, kako se ne bi ugrozili interesi pojedinaca, grupa, kolektiviteta, države ili saveza država i za čije odavanje zakon propisuje određenu vrstu sankcije.“¹²

Uloga obaveštajnih službi u borbi protiv organizovanog kriminaliteta

Organizovani kriminalitet obuhvata preko dvadesetak krivičnih dela koja dovode u pitanje bezbednost i stabilnost pravnog poretka države. Uprkos činjenici što se ne javlja u istim oblicima u razvijenim državama u odnosu na zemlje u razvoju i tranzicijske zemlje, predstavlja vrlo ozbiljnu opasnost za državu.¹³

¹² Božić, V., Tančić, D., *Krivičnopravni i politikološki aspekti zaštite tajnih podataka i dokumenata*, Institut za srpsku kulturu, Priština, 2022, str. 99.

¹³ Božić, V., Simović, V., *Krivično zakonodavstvo Republike Hrvatske i prevencija organizovanog*

Individualna bezbednost se odnosi na bezbednost pojedinca unutar sistema u kojem ostvaruje sva svoja prava, ekonomska, socijalna, verska, kulturna i sva demokratska prava zagarantovana ustavom, zakonima i pravilima društva, navedenim još u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, od 10. decembra 1948. godine.¹⁴ Individualna bezbednost podrazumeva i zaštitu i bezbednost svih pojedinaca, odnosno građana i državljana jedne zemlje, ali može se slobodno reći da se individualna bezbednost uliva u nacionalnu bezbednost, što je osnovni preduslov za poštovanje Ustava i zagarantovanih ljudskih prava u zemlji, pravo na život, pravo na slobodu i drugih neotuđivih ljudskih prava.

Dončev je definisao nacionalnu bezbednost kao „dinamičnu, složenu i višedimenzionalnu kategoriju koja je prisutna u ukupnom ambijentu našeg života, u odsustvu spoljne i unutrašnje pretnje“.¹⁵ Međutim, ovde se postavljaju sledeća pitanja: Kako bi se bez rada obaveštajnih službi postigla puna nacionalna i individualna bezbednost? Kako bi se transnacionalni organizovani kriminalitet, koji se proteže na teritoriji više država, eliminisao i neutralisao, ili bar smanjio na minimalni nivo, ukoliko ne postoje obaveštajne službe?

„Obaveštajna aktivnost, prema jednom shvatanju, oduvek je postojala, stara je koliko i društvo“.¹⁶ Ona se može uporediti sa ljudskom radoznalošću. Naime, i u prošlosti, sama ljudska radoznalost je bila i obaveštajna aktivnost. Misli se o vremenu kada društvo nije bilo uopšte razvijeno. Danas, kada je društvo veoma razvijeno, pod obaveštajnom aktivnosti podrazumeva se „organizovana aktivnost obaveštajnih službi da otkriju tajne protivnika, u cilju ostvarivanja vitalnih interesa svoje zemlje, zaštitu vitalnih organa i institucija, sprečavanju akcije protivničkim (stranim) obaveštajnim službama na teritoriji svoje zemlje“.¹⁷ Stoga, može se zaključiti: „Obaveštajna služba, ako nije mozak države, onda je važno sredstvo za razumevanje i upravljanje politike. Ona je oko i uvo države“.¹⁸

kriminaliteta: (norma i praksa), Zbornik radova „Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta: (norma i praksa)“, Trebinje, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Ministarstvo pravde Republike Srpske, 2020. str. 275 (263–279).

¹⁴ Universal Declaration of Human Rights, New York, 1948, dostupno na: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>, pristupljeno 15.07.2023.

¹⁵ Dončev, D., *Sovremeni bezbednosni sistemi*, GON, 2007, Skopje, str. 35.

¹⁶ Jovanovski, Z., *Razbojot na bezbednosnite službi vo Republika Makedonija (194–2010)*, Tetovo, Napredok, 2012, str. 19.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Više vidi: Ostojić, P., *Tajni neprijatelji, mlada Srbija*, Beograd, 1931.

Dakle, prema ovim definicijama može se zaključiti da su radnje i aktivnosti obaveštajnih službi preduzete s ciljem suzbijanja transnacionalnog organizovanog kriminaliteta, kao i kompjuterskog kriminaliteta, koji je jedan ogranak transnacionalnog organizovanog kriminaliteta, koji karakteriše specifičan način izvršenja (*modus operandi*) kao i udaljenost mesta izvršenja.

„Ne može se zamisliti nijedna organizaciona celina bilo koje vojske, koja je dizajnirana za funkcionisanje komande, a da u svom sastavu nema elementa koji se bavi obaveštajnom aktivnošću, jer to je aktivnost koja komandantu i štabu pruža one informacije i saznanja koje u najvećoj meri utiču na donošenje odluka za reakciju sopstvenih snaga na opasnost“.¹⁹ U borbi protiv organizovanog kriminaliteta važno je napomenuti da u njoj učestvuju obaveštajci i vojske i policije. Dakle, slobodno možemo reći da u jednoj državi postoje organi i institucije koje se bave pitanjima koja spadaju u oblasti javne bezbednosti (policija), čiji je cilj da se bore protiv svih vrsta kriminaliteta, da prate ponašanje građana koji bi mogli da ugroze javnu bezbednost (ubistva, pljačke, silovanja, falsifikati, tuče, itd.). Ako se omogući širenje ovih negativnih pojava koje ugrožavaju društvo, dovodi se u pitanje socio-ekonomski i politički poredak.

Obaveštavanje je sistem organizacionih, operativnih, tehničkih i drugih mera, koje imaju za cilj prikupljanje podataka i informacija o drugim zemljama, otkrivanje obaveštajnih, subverzivnih i terorističkih aktivnosti preduzetih od strane neprijateljskih država ili kriminalne aktivnosti planirane da budu preduzete od strane organizovane kriminalne grupe.²⁰ U sve bržem ekonomskom i političkom razvoju, obaveštajne službe jačaju svoje mesto u svakoj zemlji, a njen glavni zadatak je zaštita interesa sopstvenog društvenog poretka, odnosno zaštita njenih političkih, vojnih, ekonomskih i drugih interesa od štete koja bi mogla nastati od strane drugih država. Iz navedene uloge obaveštajnih službi u novom svetskom poretku, čini se da one predstavljaju visoko profesionalne specijalizovane organizacione službe, organizovane od svoje domovine, zbog prikupljanja, obrade i distribucije informacija koje su relevantne za sprovođenje politike i strategije na unutrašnjem i međunarodnom planu.

¹⁹ *Op. cit. in note 5.* str. 21.

²⁰ Organizovana kriminalna grupa je grupa od tri ili više lica, koja postoji određeno vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna, radi neposrednog ili posrednog sticanja finansijske ili druge koristi, čl. 112 st. 35 KZ.

„Kao obaveštajni zadaci u borbi protiv organizovanog kriminaliteta, mogu se navesti: Prikupljanje podataka, Pretraga kroz dobijene neobrađene informacije, Sastavljanje informacija i podataka, Izvlačenje ispravnih zaključaka, Prenos istih rukovodstvu“.²¹ Ako se ovi zadaci bolje razmotre, može se zaključiti da se ne razlikuju od onih koji pripadaju vojnoj obaveštajnoj službi, kada je u pitanju borba protiv organizovanog kriminaliteta. Ako se pogleda na navedene zadatke iz drugog ugla, može se zaključiti da obaveštajne aktivnosti, pre svega, imaju preventivnu funkciju. Preventivno delovanje se sastoji od prediktivne aktivnosti preduzete od obaveštajnih službi i sastoji se od već sakupljenjih i obrađenih informacija, koje ukazuju na mogućnost da se krivično delo izvrši u oblasti transnacionalnog organizovanog kriminaliteta.

Tendencija je u tome da država, predstavljena u liku obaveštajnih službi, aktivno radi na borbi protiv dva velika zla (terorizma i organizovanog kriminaliteta), da onemogući da se terorizam i kriminalitet dogode, zahvaljujući dobijenim obaveštajnim informacijama, a ukoliko se dogode (bez razlike da li se radi o terorističkom napadu ili krivičnom delu), da njihovi efekti budu što je moguće manji“.²² Sledstveno tome, dolazimo do sledećeg zaključka: bez obzira na to koliko su vojska i policija u jednoj zemlji jake, bez obzira na to koliko su moćne sve ostale bezbednosne institucije koje čine sistem bezbednosti države, ukoliko obaveštajne službe nepravilno rade svoj posao, ili ako ne postoje, onda će rad drugih službi bezbednosti rezultirati velikim neuspehom, koji će dalje da se negativno odrazi na nacionalnu bezbednost zemlje.

Terorističke grupe koriste mreže i strukture organizovanog kriminaliteta za finansiranje, preciznije, obezbeđuju finansijska sredstva za izvršavanje terorističkih napada. Terorističke organizacije imaju mogućnost pristupa svetskim finansijskim tokovima, različitim (kriminalnim) tržištima, *off shore* finansijskim centrima i bankama koje omogućavaju brze bezgotovinske transakcije, uz garancije čuvanja poslovnih tajni, što zahteva i povezivanje sa specijalizovanim kriminalnim organizacijama za finansijski i *cyber crime*, usled čega je veoma snažna veza terorističkih grupa s organizovanim kriminalitetom.²³ Ako se dublje razmotre aktivnosti i povezanost terorizma i orga-

²¹ Dimovski, Z., *Kriminalističko razuznavanje*, Skoplje, 2007, str. 12–13.

²² Odžakov, F., *Razuznavačkite službi vo borbata protiv terorizmot i organiziraniot kriminal*, Skopje, str. 212.

²³ Josipović, I., Božić, V., *Measures for Prevention and Fight Against Terrorism – Financial Aspect*, 7th International crime and punishment film festival “Protection of the rule of law against terrorism and the coups 2017”, Conference Proceedings, academic papers, Faculty of Law, Istanbul, 2022, p. 243-270.

nizovanog kriminaliteta, doći ćemo do zaključka da su ova dva zločina uzročno povezana. Terorizam je deo organizovanog kriminaliteta, dok izvršenje krivičnih dela organizovanog kriminaliteta finansira izvršavanje terorističkih akata. Na globalnom nivou, organizovani kriminalitet predstavlja ozbiljnu pretnju u XXI veku.

U borbi protiv ovih zločina, u Republici Severnoj Makedoniji angažovano je nekoliko bezbednosnih institucija, *Agencija za nacionalnu bezbednost* (ANB),²⁴ *Obaveštajna agencija* (Agencija za razuznavanje – AR) i *Vojno-bezbednosna i obaveštajna služba* (S-SVBiR). Agencija za nacionalnu bezbednost (ANB) osnovana je za zaštitu nacionalne bezbednosti države, odnosno za zaštitu nezavisnosti, suvereniteta, ustavnog uređenja, osnovnih sloboda i prava čoveka i građana zagarantovanih Ustavom Republike Severne Makedonije, kao i za druga pitanja od interesa za nacionalnu bezbednost države.²⁵ Agencija za nacionalnu bezbednost odgovorna je Vladi RSM. Jedan od ključnih zadataka ANB je otkrivanje i sprečavanje aktivnosti povezanih sa bezbednosnim pretnjama i rizicima koji mogu da ugroze nacionalnu bezbednost države. Obaveštajna agencija (Agencija za razuznavanje – AR), kao specijalizovana ustanova u okviru državne uprave, osnovana je Zakonom o obaveštajnoj agenciji iz 1995. godine (Zakon za Agencijata za razuznavanje).²⁶ Obaveštajna agencija prikuplja, dokumentariše i analizira obaveštajne podatke od ključne važnosti za bezbednost i odbranu, kao i ekonomske, političke i druge interese Republike Severne Makedonije.

Zakonom o klasificiranim informacijama uređuju se klasifikacija tajnih podataka, uslovi, kriterijumi, mere i aktivnosti koje se preduzimaju radi njihove zaštite i bezbednosti, prava, obaveze i odgovornosti stvaralaca i korisnika tajnih podataka, nacionalna i međunarodna razmena, inspekcijски nadzor nad sprovođenjem tajnih podataka, kao i druga pitanja u vezi sa pristupom i rukovanjem tajnim podacima.²⁷ U skladu sa članom 50 Zakona o klasificiranim informacijama, na zahtev Uprave za bezbednost tajnih (klasificiranih)

²⁴ Više na: Agencija za nacionalna bezbednost, dostupno na: <http://www.anb.gov.mk/>, pristupljeno 22.07.2023.

²⁵ Čl. 2 Zakona za agencija za nacionalna bezbednost, dostupno na: <http://www.anb.gov.mk/style/ZakonANB.pdf>, pristupljeno 22.07.2023. Zakon je donet 22. maja 2019. godine.

²⁶ Zakon za agencijata za razuznavanje, Služben vesnik na RM, br. 19/95 od 06.04.1995. godine, dostupno na: <https://www.slvesnik.com.mk/Issues/26D1E3E583C04F358993-A00B2D9C570A.pdf>, pristupljeno 22.07.2023.

²⁷ Čl. 1 Zakona o klasificiranim informacijama RSM, Služben vesnik na RSM, br. 275. od 27.12.2019. godina.

podataka, Vojnobezbednosno-obaveštajna služba Ministarstva odbrane vrši operativne provjere prvog, drugog i trećeg stepena za sva vojna lica u Ministarstvu odbrane i Vojski Republike Makedonije.²⁸

U Republici Srbiji, službe bezbednosti su *Bezbednosno-informativna agencija* (BIA), kao posebna organizacija, *Vojnobezbednosna agencija* (VBA) i *Vojnoobaveštajna agencija* (VOA), kao organi uprave u sastavu Ministarstva odbrane.²⁹

Bezbednosno-informativna agencija (BIA) osnovana je kao posebna organizacija Vlade Republike Srbije Zakonom o Bezbednosno-informativnoj agenciji³⁰ koji je stupio na snagu 27. jula 2002. godine. Osnovni ciljevi Bezbednosno-informativne agencije su zaštita bezbednosti Republike Srbije, otkrivanje i sprečavanje delatnosti usmerenih na podiranje ili rušenje Ustavom utvrđenog poretka Republike Srbije, istraživanje, prikupljanje, obrade i procene bezbednosno-obaveštajnih podataka i saznanja od značaja za bezbednost Republike Srbije i informisanje nadležnih državnih organa o tim podacima, kao i obavljanje i drugih poslova koji su određeni Zakonom o Bezbednosno-informativnoj agenciji.³¹

Vojnobezbednosna agencija (VBA) je kao služba bezbednosti organ uprave u sastavu Ministarstva odbrane i deo je jedinstvenog bezbednosno-obaveštajnog sistema Republike Srbije. Nadležna je za bezbednosnu i kontraobaveštajnu zaštitu Ministarstva odbrane i Vojske Srbije, naročito za bezbednosnu zaštitu snaga, objekata, sredstava i aktivnosti, bezbednosnu zaštitu tajnih podataka, personalnu bezbednost (bezbednosnu proveru lica i izdavanje bezbednosnih sertifikata za lica kojima je pristup tajnim podacima potreban radi obavljanja funkcije ili radnih dužnosti u VBA i VOA), industrijsku bezbednost, bezbednosnu zaštitu informaciono-telekomunikacionih sistema i kriptozastitu, bezbednosnu zaštitu drugih subjekata sistema odbrane te druge poslove koji se odnose na bezbednosnu zaštitu.³²

²⁸ Služba za voena bezbednost i razuznavanje (SSVBiR), dostupno na: <https://www.dbki.gov.mk/?q=node/164>, pristupljeno 25.07.2023.

²⁹ Čl. 4 Zakona o osnovama uređenja službi bezbednosti Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 116/2007, 72/2012.

³⁰ Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji, Službeni glasnik RS, br. 42/2002, 111/2009, 65/2014 – odluka US, 66/2014 i 36/2018.

³¹ Čl. 2 *Ibid.*

³² Čl. 6 Zakona o vojnobezbednosnoj agenciji i vojnoobaveštajnoj agenciji, Sl. glasnik RS, br. 88/2009, 55/2012 – odluka US i 17/2013.

Vojnoobaveštajna agencija (VOA) je nadležna za obavljanje obaveštajnih poslova od značaja za odbranu koji se odnose na prikupljanje, analizu, procenu, zaštitu i dostavljanje podataka i informacija o potencijalnim i realnim opasnostima, aktivnostima, planovima ili namerama stranih država i njihovih oružanih snaga, međunarodnih organizacija, grupa i pojedinaca.³³ Navedeni podaci su vojnog, vojno-političkog i vojno-ekonomskog karaktera, koji se odnose na proliferaciju naoružanja i vojne opreme i pretnje terorizmom usmereni iz inostranstva prema sistemu odbrane Republike Srbije.³⁴

Važeći Zakonik o krivičnom postupku dozvoljava da prikriveno presretanje komunikacije vrše i Bezbednosno-informativna agencija (BIA) i Vojnobezbednosna agencija, međutim potrebna je analiza da bi se videlo da li je ovo u skladu sa najboljom praksom EU.³⁵ Uopšteno govoreći, oprema za prisluškivanje treba da omogući pravosuđu (policiji po instrukciji koju dobijaju samo tužilaštvo i sudija za predistragu) da bude jedina institucija koja samostalno obavlja prisluškivanje za krivične istrage, u skladu sa standardima EU i najboljom praksom. Parlament je i dalje odgovoran za civilni nadzor nad službama bezbednosti. Zakon o pristupu dosijeima državne bezbednosti još nije usvojen. Skupštinski odbor za nadzor nad službama bezbednosti ostaje odgovoran za civilni nadzor sektora bezbednosti.

Ističemo da je veći deo izazova, rizika i pretnji po bezbednost i interese Republike Srbije, kao što su nekontrolisane migracije, svetska finansijska kriza te razni politički procesi na regionalnom i globalnom nivou, ostali van interesa službi bezbednosti. Kao što navodi *Krga*, nije sporno da se navedene službe ne bi mogle baviti navedenim problemima, već da li su uopšte u mogućnosti da uz svoje primarne obaveze preuzmu i dodatna opterećenja i probleme i da li imaju za to dovoljno stručnih kadrova.³⁶ Za sada se ovim pitanjima bave spoljne civilne obaveštajne službe, koje predstavljaju okosnicu nacionalnih obaveštajnih sistema većine razvijenih država u svetu.³⁷

³³ Čl. 24 st. 1. *Ibid.*

³⁴ St. 2. *Ibid.*

³⁵ Više vidi: Đukić, M., Božić, V., *Tajni nadzor komunikacije – normativni okvir i pojedina pitanja u sudskoj praksi*, Zbornik radova „Adekvatnost državne reakcije na kriminalitet i upotreba tehničkih sredstava u krivičnom postupku“, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 2021, str. 289–306.

³⁶ Više vidi: Krga, B., *Strategija nacionalne bezbednosti u teoriji i praksi*, Beograd: Medija centar „Odbrana“, 2017.

³⁷ Više: Dragišić, Z., *Sistem nacionalne bezbednosti Republike Srbije*, Beograd: Fakultet bezbednosti, 2011.

U Izveštaju Evropske komisije iz 2022. godine u procesu pristupanja Republike Srbije EU navodi se da Republika Srbija kasni sa sprovođenjem analize uloge i prakse službi bezbednosti i Saveta za nacionalnu bezbednost u sprovođenju krivičnih istraga u vezi sa teškim i organizovanim kriminalitetom te bi trebalo da usmeri svoj pristup na strategiju protiv kriminalnih organizacija.³⁸ Ističe se da, na međunarodnom nivou, postoji dobro uspostavljena saradnja sa Evrojustom, Interpolom i Evropolom, posebno u trgovini oružjem, drogom i borbi protiv organizovanih kriminalnih grupa.

Zaključak

Konstantna modernizacija u svim sferama društvenog života zahteva i modernizaciju aktivnosti u svim bezbednosnim strukturama u državi. U tom kontekstu potrebno je i poboljšanje rada obaveštajnih centara. Borba koju ovi entiteti vode sa učinocima krivičnih dela organizovanog kriminaliteta, terorizma i drugih teških krivičnih dela veoma je teška i složena. Zbog toga je neophodno da operativci uvedu najnovija tehnička dostignuća i nove metode rada, kako bi se država uhvatila u koštac sa zločincima, koji su uvek jedan korak ispred.

Kriminalitet je danas aktuelni fenomen koji teži da poništi vrednost civilizacijskih tokova i da uzdrma temelje međunarodne zajednice s obzirom na to da su aktivnosti organizovanog kriminaliteta dovedene do savršenstva. Alarmanтна situacija primorala je mnoge države da se ozbiljno pozabave ovim fenomenom. Danas, može se reći da u praksi ne postoji nijedna država koja je zaštićena od bilo kojeg oblika kriminaliteta. Transnacionalni organizovani kriminalitet može se jedino suzbiti preko međunarodne saradnje između nacionalnih agencija za sprovođenje zakona. Naime, moguće je da se svi elementi zločina odvijaju na teritoriji jedne države, međutim, u većini slučajeva učinoci krivičnih dela, žrtve pa i dokazi, mogu da se nalaze u dve ili više zemalja.

Savremeni kriminalci su u današnje vreme u mogućnosti da počine zločin u jednoj državi, da se izmeste u drugu, da plen ostave u trećoj državi, a

³⁸ European Commission, Brussels, 12.10.2022, SWD(2022) 338 final, Commission staff working document, Serbia 2022 Report, Accompanying the document, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2022 Communication on EU Enlargement policy.

da žive u nekoj četvrtoj zemlji. Takođe, iz svoje radne sobe, uz pomoć savremenih informacionih tehnologija u stanju su da prenesu novac sa računa banke na svoj račun u nekoj trećoj zemlji i na taj način da izbegnu sve rizike tradicionalnih i uobičajenih načina izvršenja krivičnog dela.

Aktuelnost organizovanog kriminaliteta predstavlja globalnu pretnju bezbednosti. Finansijske istrage kao istražne tehnike treba da budu podsticane na nacionalnom, evropskom i međunarodnom nivou. Takođe, međunarodni standardi stvaraju uslove za moguću uspešniju saradnju između različitih nacionalnih, policijskih i pravosudnih institucija i drugih organa za sprovođenje zakona. Kod međunarodnih pravnih dokumenata u prevenciji i suzbijanju transnacionalnog organizovanog kriminaliteta najvažnije su međunarodne pravne norme, koje pojedini autori dele na obavezujuće pravne dokumente, konvencije i međudržavne sporazume, kao i na meke pravne norme, kao što su preporuke, rezolucije, instrukcije.

Služba bezbednosti jedne zemlje sastoji se od svih organizacija i institucija koje se bave pitanjem zaštite ustavnog poretka od uticaja unutrašnjih i spoljnih neprijatelja. U cilju zaštite socijalnog, političkog i ekonomskog poretka države kao celine i njenih institucija od spoljnih i unutrašnjih neprijatelja, u gotovo svim zemljama postoji služba čiji je zadatak da se bori protiv krivičnih dela usmerenih protiv države, njenog ustavnog poretka i bezbednosti. Sa takvom aktivnošću prvenstveno se bave obaveštajne i kontraobaveštajne službe i druge organizacije u čiju nadležnost spadaju pojedini specifični poslovi u okviru zaštite države i čitavog poretka. U ostvarenju zaštite najviših društvenih vrednosti svojih država, skoro sve zemlje imaju razvijene obaveštajne aktivnosti i orijentisane su, između ostalih strateških interesa, i izvan svoje zemlje, prema prikupljanju podataka i informacija o kriminalnoj aktivnosti organizovanih kriminalnih organizacija.

Generalno uzev, bezbednosno-obaveštajni sistem Republike Srbije ukazuje na to da i u normativnom i u organizacionom smislu postoji obaveštajna komponenta, međutim ističe se da bi izgradnji optimalnog obaveštajnog sistema u velikoj meri značilo osnivanje nacionalne obaveštajne agencije. Na taj način bi se VOA rasteretila poslova i zadataka koje su joj dodatno stavljene u nadležnost, tako da bi se mogla baviti isključivo svojom oblašću.

LITERATURA

1. Agencija za nacionalna bezbednost, dostupno na: <http://www.anb.gov.mk/>, pristupljeno 22.07.2023.
2. Božić, V., *Kaznena politika i prevencija kaznenih djela protiv računarskih sustava, programa i podataka*, Zbornik radova „Kaznena politika i prevencija kriminaliteta”, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Ministarstvo pravde Republike Srpske, 2019, str. 187–202.
3. Božić, V., Tančić, D., *Krivičnopravni i politikološki aspekti zaštite tajnih podataka i dokumenata*, Institut za srpsku kulturu, Priština, 2022.
4. Božić, V., Simović, V., *Krivično zakonodavstvo Republike Hrvatske i prevencija organizovanog kriminaliteta: (norma i praksa)*, Zbornik radova „Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta: (norma i praksa)“, Trebinje, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Ministarstvo pravde Republike Srpske, 2020, str. 263–279.
5. Božić, V., *Krijumčarenje ljudi i trgovanje ljudima u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2015, v. 36, br. 2, str. 845–873.
6. Božić, V., *Trgovanje ljudskim organima kao oblik organiziranog kriminaliteta*, doktorska disertacija, Zagreb, Pravni fakultet, 2012.
7. Dimovski, Z., *Kriminalističko razuznavanje*, Skoplje, 2007.
8. Dončev, D., *Suvremeni bezbednosni sistemi*, GON, 2007, Skopje.
9. Dragišić, Z., *Sistem nacionalne bezbednosti Republike Srbije*, Beograd: Fakultet bezbednosti, 2011.
10. Đukić, M., Božić, V., *Tajni nadzor komunikacije – normativni okvir i pojedina pitanja u sudskoj praksi*, Zbornik radova „Adekvatnost državne reakcije na kriminalitet i upotreba tehničkih sredstava u krivičnom postupku“, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 2021, str. 289–306.
11. European Commission, Brussels, 12.10.2022, SWD(2022) 338 final, Commission staff working document, Serbia 2022 Report, Accompanying the document, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2022 Communication on EU Enlargement policy.

12. Josipović, I., Božić, V., *Measures for Prevention and Fight Against Terrorism – Financial Aspect*, 7th International crime and punishment film festival “Protection of the rule of law against terrorism and the coups 2017”, Conference Proceedings, academic papers, Faculty of Law, Istanbul, 2022, p. 243-270.
13. Jovanovski, Z., *Razbojot na bezbednosnite službi vo Republika Makedonija (1945–2010)*, Tetovo, Napredok, 2012.
14. Krga, B., *Strategija nacionalne bezbednosti u teoriji i praksi*, Beograd: Medija centar „Obrana”, 2017.
15. Krivični zakonik, Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
16. Makinda, S., *Sovereignty and Global Security, Security Dialogue*, Sage Publications, 29/1998, str. 281–292.
17. Ostojić, P., *Tajni neprijatelji*, mlada Srbija, Beograd, 1931.
18. Odžakov, F., *Razuznavačkite službi vo borbata protiv terorizmot i organiziraniot kriminal*, Skopje.
19. Simović, M., Božić, V., *Trgovina ljudima sa posebnim osvrtom na žrtve – komparativni prikaz rješenja krivičnog zakonodavstva i analiza sudske prakse u Srbiji i Hrvatskoj*, Istaknuti tematski zbornik vodećeg nacionalnog značaja „Izazovi pravnom sistemu“, Tom 1, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet, 2021, str. 275–296.
20. Služba za voena bezbednost i razuznavanje (SSVBiR), dostupno na: <https://www.dbki.gov.mk/?q=node/164>, pristupljeno 25.07.2023.
21. Spaseski, J., *Makedonija stolb na bezbednosta i mirot na balkanot*, Agencija Akademik, Skopje, 2005.
22. Tabaković, S., Božić, V., *Protustavna i nezakonita privatizacija društvenog vlasništva (dionica HT) kao posljedica nezakonito provedene pretvorbe i privatizacije*, Zbornik radova konferencije Udruženja pravnika u privredi Srbije i časopisa „Pravo i privreda“ (21. decembar 2021.godine), Beograd: Udruženje pravnika u privredi Srbije, 2021, str. 54–67.
23. Universal Declaration of Human Rights, New York, 1948, dostupno na: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>, pristupljeno 15.07.2023.
24. Zakon za agencija za nacionalna bezbednost, dostupno na: <http://www.anb.gov.mk/style/ZakonANB.pdf>, pristupljeno 22.07.2023. Zakon je donet 22. maja 2019. godine.

25. Zakon za agencijata za razuznavanje, Služben vesnik na RM, br. 19/95 od 06.04.1995. godine, dostupno na: <https://www.slvesnik.com.mk/Issues/26D1E3E583C04F358993A00B2D9C570A.pdf>, pristupljeno 22.07.2023.
26. Zakon o klasificiranim informacijama RSM, Služben vesnik na RSM, br. 275. od 27.12.2019 godina.
27. Zakon o osnovama uređenja službi bezbednosti Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 116/2007, 72/2012.
28. Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji, Službeni glasnik RS, br. 42/2002, 111/2009, 65/2014 – odluka US, 66/2014 i 36/2018.
29. Zakon o vojnobezbednosnoj agenciji i vojnoobaveštajnoj agenciji, Sl. glasnik RS, br. 88/2009, 55/2012 – odluka US i 17/2013.

Vanda Božić, PhD, ass.prof.
Zoran Jovanovski, PhD, full prof.

**INTELLIGENCE SERVICES IN
THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME
with reference to the Republic of Serbia
and the Republic of North Macedonia**

Summary: *When we talk about security services, it is clear that it is a complex concept, whether in theory or practice. Security services represent a conglomerate of several disciplines and sciences. For the aforementioned reason, the security services should be viewed multidisciplinary from all aspects. Terrorism, organized crime, cybercrime are global problems today that threaten to collapse all the achievements of a developed democratic society and call into question human survival itself. Transnational organized crime is a serious threat to the national security of the country. In the paper, the authors pointed out the role of intelligence services in the fight against organized crime in the Republic of Serbia and the Republic of North Macedonia. In the concluding remarks, proposals were made for improving the work of intelligence centers. Although the security-intelligence system of the Republic of Serbia indicates that, both in the normative and in the organizational sense, there is an intelligence component, the need for the establishment of a national intelligence agency is highlighted.*

Keywords: *intelligence services, security services, organized crime, terrorism, Republic of Serbia, Republic of North Macedonia.*

УПУТСТВО АУТОРИМА

Часопис „Правна ријеч“ објављује оригиналне радове и друге прилоге из правне теорије и праксе, који својим садржајем одговарају основним тематским опредјељењима. 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 категоришу 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

e-mail: info@up-rs.org

Издавач:
Удружење правника Републике Српске

За издавача:
Академик проф. др Витомир Поповић

Лектор и коректор:
Тања Атлагић Остојић

Припрема за штампу:
Даниел Грујић

Штампа:



За штампарију:
Јелена Милинчић

Тираж:
300 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.