УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Број: 69/2024 Година XXI ISSN: 1840-0272

ПРАВНА РИЈЕЧ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БАЊА ЛУКА, 2024.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

ИЗДАВАЧ:
Удружење правника Републике Српске

ГЛАВНИ УРЕДНИК:
Академик проф. др Витомир Поповић

ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:
Проф. др Никола Мојовић

РЕДАКЦИЈА:
проф. др Никола Мојовић, предсједник; 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 Горан Марковић, члан

ИЗДАВАЧКИ САВЈЕТ:
академик проф. др Витомир Поповић, предсједник; проф. др Радомир Лукић, члан;
проф. др Љубинко Митровић, члан; гдин Јован Чизмовић,
члан; гђа Ирена Мојовић, члан; гђа Јасминка Широћић, члан

НАУЧНИ ОДБОР:
академик проф. др Рајко Кузмановић, предсједник, Република Српска;
академик Игор Леонидович Трунов, члан, Руска Федерација;
академик проф. др Владо Камбовски, члан, Сјеверна Македонија;
академик проф. др Миодраг Симовић, члан, БиХ;
академик проф. др Витомир Поповић, члан, Република Српска;
проф. др Жељко Мирјанић, члан, Република Српска;
проф. др 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/I, Бања Лука, Телефон/факс:051/212-320
www.udruzenjepravnika.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.

Број 69 Година XXI БАЊА ЛУКА, 2024.

САДРЖАЈ

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик РАЈКО КУЗМАНОВИЋ
Мјесто и улога државе у савременом друштву 13

Проф. др СЛОБОДАН П. ОРЛОВИЋ
Уставни положај локалне самоуправе – организација, органи, акти 27

Алекса КУЗМАН, дипломирани правник
Локални омбудсман и остваривање права припадника
националних мањина у локалној самоуправи 53

УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др ЗОРИЦА ДРЉАЧА
Успостављање система индиректног опорезивања
у Босни и Херцеговини 77

Проф. др МИЛОШ ПРИЦА
Правотворачки извори у управној материји 101

Доц. др МИЛИЦА ТОРБИЦА
Улога органа државне управе у статусним питањима
јавног бележника у Републици Србији 127

Жељка МИЛИНКОВИЋ, дипл. правник, мастер студент Управног права
Узурпација као друштвено – правни институт
управноправни аспекти 143

Prof. dr Nevenko Vranješ
Analiza primjene preporuka institucije Ombudsmena
za ljudska prava u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini 161

РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Prof. dr. sc. MARINKO Đ. UČUR
Usklađivanje radnog zakonodavstva države – članice s pravnom
stečevinom (acquis communautaire-om) Europske unije (EU) 181

Izv. prof. dr. MILORAD ĆUPURDIJA, prof. struč. stud.
DOMAGOJ ROŽAC, Univ. Mag. Iur., Pred.
Pravni status radnika u javnim službama s posebnim osvrtom na osobe uključene u nastavni proces u visokom obrazovanju 193

Проф. др РАЈКО КЛИЧКОВИЋ
Дипл. правник МИЛАН ЂУРАНОВИЋ,
Криза процеса колективног преговарања у Републици Српској 213

Dr NEDELJKO Z. MILAKOVIĆ
Zdravstveni radnik i zdravstveni saradnik nemaju status državnog službenika 235

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др МИОДРАГ ОРЛИЋ
Еволуција права на накнаду штете због губитка издржавања 265

Dr. sc. DRAGAN BOLANČA
Pomorsko dobro Republike Hrvatske (Pojam, sadržaj i status) 305

Prof. dr BRANKO MORAIT
Ma ANA MORAIT PRAŠTALO
Ekološke i ratne štete 321

Проф. др ДАРКО РАДИЋ
(Не)одрживост концепта „државне имовине“ 347

Prof. dr ILIJA BABIĆ
Oslobođenje od objektivne odgovornosti za štetu 359

Prof. dr SLOBODAN STANIŠIĆ
Obezbjeđenje naknade štete u obliku novčane rente i isplata ukupne svote 379

Prof. dr. GENC TRNAVCI
Zastara i prekluzija – sličnosti i razlike 403

др СТОЈАНА ПЕТРОВИЋ
Поступак утврђивања извршеникове имовине 427

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др МИРКО ВАСИЉЕВИЋ
Закон о привредним друштвима и акционарска друштва за осигурање/реосигурање 451

Проф. др ВУК РАДОВИЋ
Ограничена способност и пробијање правне личности 483

Проф. др ЗОРАН ВАСИЉЕВИЋ
Трендови и перспективе оснивања друштава са ограниченом одговорношћу у Босни и Херцеговини и сусједним државама 521

Проф. др ДАМЈАН ДАНИЛОВИЋ
Одбор за ревизију у банкама 557

Виши асистент ЂОРЂЕ ПЕРИШИЋ, мр
Крађа и пљачка као ослобођајући разлог од одговорности за штету превозиоца робе у друмском превозу 579

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др ВИТОМИР ПОПОВИЋ
Правни аспекти имовине у Босни и Херцеговини по Дејтонском мировном споразуму 601

Доц. др ЈЕЛЕНА ВУКАДИНОВИЋ МАРКОВИЋ
Академик проф. др РАДОВАН ВУКАДИНОВИЋ
Превара у документарном акредитиву у англосаксонском праву 615

Проф. др АЛЕКСАНДАР Љ. ЋИРИЋ
КОНТРАТРГОВИНА – Међународни компензациони послови 641

Prof. dr DRAGO LJ. DIVLJAK
Koncept i pravna priroda javnog ugovora u investicionom pravu Srbije . . .665

Проф. др ЈЕЛЕНА ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ
Концепт посредне одговорности у Упоредном праву – с посебним освртом на посредну одговорност у онлајн окружењу 683

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик проф. др СТАНКО БЕЈАТОВИЋ
Начело опортунитета кривичног гоњења и ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард (искуства и поуке Републике Србије) 703

Akademik prof. dr BORIS KRIVOKAPIĆ
Problem krivične odgovornosti država u međunarodnom pravu 741

Prof. dr DRAGAN JOVAŠEVIĆ
Institut „Delo malog značaja“ u krivičnom pravu Srbije 777

Akademik prof. dr MIODRAG N. SIMOVIĆ
Prof. dr VLADIMIR M. SIMOVIĆ
Kućni zatvor kao oblik vaninstitucionalne reakcije na kriminalitet 797

Prof. dr LJUBINKO MITROVIĆ
Doc. dr NIKOLINA GRBIĆ-PAVLOVIĆ
Procjena rizika u slučajevima nasilja u porodici u Republici Srpskoj 825

Проф. др МАРИНА СИМОВИЋ
Проф. др МИОМИРА КОСТИЋ
Међународни стандарди у области малољетничког преступништва – обнављање прошлости 841

Проф. др МИЛЕ ШИКМАН
Кривичноправна заштита од сексуалног насиља – од очекивања до реалности 861

Др РАДЕНКО ЈАНКОВИЋ
Одузимање имовинске користи у консензуалним кривичним поступцима 885

Др ВЕЉКО ИКАНОВИЋ
Изузетност краткотрајне казне затвора у кривичном законику Републике Српске 913

Др МЛАДЕН ЈЕЛИЧИЋ
Проф. др ВЕЉКО ТУРАЊАНИН
Мигранти као пасивни субјекти кривичног дела недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи (материјалноправни и процесни аспекти) 929

Prof. dr DARKO RADULOVIĆ
DIJANA RADULOVIĆ
Izvršenje kazne zatvora u izvršnom krivičnom zakonodavstvu Crne Gore 953

JOВАНА ТУРАЊАНИН
Трговина људима и право на зараду у светлу пресуде Krachunova против Вугарске 975

SANDRA DOKIĆ
Načelo ne bis in idem i pravna sigurnost građana 991

І КАТЕДРА

ДРЖАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 321.01:330.172/.173
doi 10.7251/PR6924013K
Оригинални научни чланак

МЈЕСТО И УЛОГА ДРЖАВЕ У САВРЕМЕНОМ ДРУШТВУ

Академик проф. др Рајко Кузмановић

Апстракт: *Пред нама је научно-стручни рад под насловом ''Мјесто и улога државе у савременом друштву''. Говорити и писати о држави није лако ни једноставно, јер се ради о политичко-правној државотворној институцији која датира још из раног старог вијека. Носиоци идеје о држави су Платон, Аристотел и Хераклит. Већ на почетку рада уочавају се два различита приступа, а то су: држава као реалитет и фактичка држава. Истовремено води се расправа о држави као вриједности која штити и народ и институције. Други приступ је да је држава тиранин. Преовладава мишљење да је држава заштитник јер штити суверенитет, идентитет, те заштита језика и писма, обичаја и слобода. Без државе народ није слободан. Република Српска дјелује као држава под називом Ентитет. Битно је да су надлежности ентитета државотворне и да их треба сачувати без обзира на притиске страног фактора.*

Кључне ријечи: *право, правда, држава, ентитет, суверенитет, идентитет, слобода, Република Српска.*

1. Историјски развој државе

Путеви стварања државе крећу се у два правца и то први је савремени правац формирања држава, а нарочито Републике Српске. Други је историјски који треба разматрати од првобитних схватања појма државног ентитета почев од Античке Грчке, а нарочито од филозофије

Платона о држави. Платон је у своме дјелу ‘’Држава’’ теоријски, али и практично повезан са праксом.[1] Када се прочитају дјела, а посебно ‘’Држава’’ јасно се види да је Платон идеалиста, али у практичној опсервацији он има елементе материјализма.

Платанова теорија о држави је у основи подлога за даљи теоријски и практични развој идеје о држави. Тако су се развијали правци теорије и праксе о држави. У Грчкој није се брзо прихватила теорија о стварању државе, па су често и неки други облици организовања народа и друштва замјењивали државу.[2] Класичан је примјер формирања у Грчкој 156 Статута који су били организовани у град – општину и представљали су неку врсту вишег акта од Статута. На другој страни јављао се покрет освајања великих територија као нпр. Мезопотамија, Индија, Египат и др. Паралелно са идејом о теорији државе одвијала се и у Римско доба, односно у Римском царству.

У раном средњем вијеку, па и касније развијале су се идеје о држави, па су стваране велике империје као што су Западно римско царство, а затим Источно царство – Византија. Послије су се развијале државе као што су Руска царевина, Француска држава, Царство цара Душана и др.

Модерне државе почињу се конституисати у 19. и 20. вијеку тако да су једноставно формирали више десетина држава од којих су неке Сједињене Америчке Државе, Кина, Русија, Њемачка, Аустроугарска и др.

У новијем добу конституисане су бројне државе у Африци, Азији, па и у Европи. Из статистике о конституисању држава у новије вријеме са ослонцем на раније епохе види се да је у Старој Грчкој и Риму, па и у Европи и Азији било свега десетак држава.

Буржоаска епоха изродила је бројне државе тако да је на прагу 20. вијека било око 90 држава. Аристотел пише да је држава највеће добро.[3] Двадесети вијек означио је прави бум конституисања држава, па је формирано око 100 држава. Тако да на прагу 21. вијека имамо 206 држава свих облика, као на примјер унитарне државе, федералне, конфедералне, војне диктатуре, протекторати и др.

---

[1] Бранко Бошњак, Грчка филозофија, Матица Хрватска, Загреб 1956., стр. 93.
[2] Драган Митровић, Држава и право, Хрестоматија, Београд 1992., стр. 17.
[3] Драган Митровић, Држава и право, Хрестоматија, Београд 1992., стр. 17.

Још један пут осврнућемо се на савремене државе, њихове врсте и њихов значај за заштиту малих народа и држава, тако да већина савремених држава је заштитник суверенитета, интегритета, малих држава и народа.

2. Услови за конституисање државе

Очигледно да је бујање развоја држава достигло свој врхунац у савремено доба. Међутим озбиљно је питање да ли су све државе остварили одговарајуће услове за конституисање савремене државе. Поставља се питање да ли су те многобројне новонастале државе способне да пруже пуну заштиту свога становништва. Другим ријечима поставља се питање да лу су испуњени услови да буду државе или остају на нивоу нижих територијалних јединица.

Основни услови за конституисање држава су: припадајућа територија, конститутивни народи и организација власти.[4] Та три услова су уско повезана без обзира у којем је облику формирана конкретна држава. Различитост и повезаност сва три елемента (територија, становништво и организована власт) су уско повезани и надопуњују једна другу.

Територија је основни елемент сваке државе. Териториј државе се протеже толико колико досеже њена власт. Територија се с временом мијења што зави од тога на коме је степену цивилизацијског развоја неки народ, тј. у којој мјери је стабилизована територија или нека друга држава претендује на цијелу територију или само њене дијелове. Дакле, територија је нестабилна све докле док државна власт не прошири се на цијелу територију и док не буде међународно призната и то посебно призната од сусједних држава и великих сила.

Државни териториј није само земљишна површина утврђена међународним уговором и већ и зрачни стуб изнад земље оивичен државном границом, као стуб у утроби земље, те евентуално обухвата језера и мора. На таквој територији остварује се суверенитет држава и народа и штити се интегритет тога територија. Утврђивање, а касније мијењање и помјерање граница државне територије је веома компликовано, па се не воде само дипломатски и други преговори већ се воде ратови и друга вануставна дејства. Зато се једностраним актом (силом) мијења гра-

[4] Снежана С. Савић, Устав и уставност, Comesgrafika, Бања Лука 2020., стр. 31 и даље.

ница и тако се не призна међународно право. Такав се акт проглашава насиљем, окупацијом, анексијом и сл. Данас постоје велике опасности, јер се промјена граница скоро редовно завршава сукобом. Уз захтјев за помјерање граница појављују се и друга спорна питања па се неминовно улази у ратне сукобе. Према подацима Уједињених нација данас у свијет ратује или је на прагу рата око 46 земаља свијета. Осим ратне опасности јављају се и још друге опасности за тридесетак земаља.

Становништво једне државе представљају сви људи, међутим сви ти људи врло често немају исти статус. Ријеч је о томе да класа, односно политичка странка која је на власти организије цјелокупан живот у држави без обзира да ли тај начин управљања одговара свим друштвеним структурама, а становништво се диференцира у двије групације с друге стране гледано са државно – правног становишта цјелокупно становништо дијели се на становништво дотичне државе, стране држављане и људе без држављанства (апатриде). Држављанство се може стећи и натурализацијим, затим сукцесијом. Држављани једне земље су и националности које не припадају реду аутохтоне цјелине. Погодан примјер за то је стање у бившој Југославији гдје су нпр. југословенски држављани Мађари, Албанци, Турци, Талијани итд. Слично је и у данашњој Босни и Херцеговини.

Државна власт је трећи елемент сваке државе и као таква је битан инструмент њеног функционисања. Носиоци државне власти су државни органи у чему се државна власт битно разликује од осталих облика власти. Политичка (државна) власт се огледа у праву и могућностима носиоца државних функија, гдје одређује понашање свих осталих и да ту своју вољу (законе, програме, наредбе и сл.) остварује уз примјену легалне и организоване принуде. Тиме се државна власт врши преко државних органа (парламента, владе, савјета, вијећа и др.). Наведене органе представљају професионална лица (предсједници, посланици, министри, краљеви, поглавице, султани, инспектори и др.).

Државна власт је цјеловита, пошто се односи на све сфере човјекова, односно друштвеног живота, почев од обичне пореске обавезе коју извршава сваки грађанин.[5]

[5] Рајко Кузмановић, Есеји о уставности и државности, Comesgrafika, Бања Лука 2004., стр. 39.

3. Функције државе

Данас, а и много раније водиле су се началне расправе око тога која је и каква функција државе. Идентификовало се неколико ставова. Најчешће се помиње економска функција државе, затим политичка и идеолошка функција. Поред наведених функција наметнуле су се врло озбиљно двије додатне функције, а то су: функција присиле и функција заштите. Неки теоретичари државе и права као нпр. проф. Митровић проширује листу функција и означавају је као додатну и то су нормативна функција, резервна функције, скривена функција и на концу негативна функција државе.

Економска функција државе огледа се прије свега у томе да држава мора да обезбиједи егзистенцију становништва. У ту област врло је битно да држава обезбјеђује одређени начин производње, као и одређен степен производње. У основи код економске функције увијек треба сачувати одређене односе који одговарају владајућој класи. У одређеној фази људског друштва разликовала се економска функција као нпр. у робовласничком и феудалном друштву. Битно се разликовала у капитализму и социјализму.

Политичка функција државе огледа се прије свега у одвајању приватне и друштвене сфере човјекова дјеловања. Политичка сфера у друштву појачала се онда када се политика почела мијешати у све области и у сваком нивоу развоја друштва. Њена доминација снажно се истиче у савремено доба када политика и економија господаре свијетом. Платон у својој књизи „Држава“ истиче ‘’Слава је служење домаћим законима’’.[6] Данас су могућа остваривања поличке функције државе на два начина и то по систему партијске државе и по систему правне државе.

Идеолошка функција државе најчешће се конситуише као дио политичке функције. То другим ријечима значи да се идеолошка функција намеће скоро свим другим функцијама. Битно је напоменути да идеолошка функција се веже за вјеру, націју, политичку оријентацију и ниво свијести грађана о потреби демократског ангажмана без обзира на политику и идеологију. У ствари, иделошка функција се веже за идентитет сваког народа.

[6] Драган Митровић, Држава и право, Хрестоматија, Београд 1992., стр. 460.

4. Држава тиранин или држава заштитник

Много је држава имало одредницу као тиранин из разлога што је наметала своју вољу у сваком рјешењу или друштвеном питању. Битно се истиче нормативна дјелатност која се огледа у одржању доношења устава, закона, одлука, уредби, наредби итд. Те и такве акте доноси представничко тијело (парламент, скупштина и сл.). Тираништво се огледа у умањењу права грађана, као нпр. хапшење, осуде и други облици. Неки теоретичари екстремно се држе става да је држава тиранин. Та и друга рјешења показују да је држава ''левијатан'' (чудовиште) што је нетачно или само дјелимично тачно. Ако је држава тоталитарна, колонијална, унта и др. она има елементе недемократије.

Екстремни теоретичари, нарочито у бившим земљама комунизма и земљама самоуправног социјализма функционише тоталирализам. Тако су нас учили да држава треба да одумре. Одумирати значи постепено нестајати. Нестају органи и институције које су законодавац, али институције које обезбјеђују извршење законодавца. То је довело до правног колапса. Легални органи нестају, а квази законодавци постају предузећа, установе и сваки други облик организовања. Тако је настао правни хаос, па је умјесто парламента и владе свака организација постала законодавац. Увођењем друштвених договора и самоуправних споразума, тако је сваки ОУР (радна јединица) могао доносити акте који су обавезујући. Уговорно грађанско право нестаје и уступа мјесто друштвеним договорима и самоуправним споразумима. Када су статистичари уочили хиперпродукцију наведених аката, пришли су истраживању броја таквих аката. Дошли су до цифре од 7 милиона друштвених договора и самоуправних споразума. Одумирање државе је многоструко штетно, јер брише грађанске и правне тековине у већем дијелу свијета.

Претежно схватање одумирања и улоге државе у позитивном смислу, односно да држава није тиранин, већ је у већем својем дијелу заштитник права и слобода. При томе треба нагласити да савремено друштво није ''држава благостања''. Она мора бити по мјери грађана. Изузетак може бити у рјеђим случајевима.

Заштитна функција државе је очигледна јер се заснива на поштовању устава, закона, права и правде, а посебно заштите права и слободе грађана. Мали народи и мале државе, а њих је већина, осјећају ту правно – политичку заштиту. Стране и велике силе врше снажан притисак на мале државе и народе, па се једино испољава заштита државе и инсти-

туција. Данас се у свијету показало да ко нема државу нема ни слободу. Слобода се како пише Разбрух остварује такозваном комутативном правдом.[7]

5. Битне полуге друштва које требају заштиту државе

Развој друштва прати установљење одговарајућих вриједности које треба перманентно мијењати, али и чувати од неких паралелних негативности утицаја. У том сплету битних институција и организација централно мјесто вриједности су демократија са бројним варијантама, па поставља се питање шта је то демократија, како је ко схвата и кога она штити. Теорија је прихватила став да је она владавина народа. Још Аристотел прихвата да је демократија вриједност за све и да је она ‘’Vox dei, Vox populi’’.[8]

Држава је дужна да штити демократске форме и облике као што су идентитет, суверенитет и духовност. Преведено на наш језик праксе је да држава дужна да штити све облике а нарочито идентитет, суверенитет и духовност.

Идентитет је битна одредница која се огледа у дефинисању и његовању идентитета и духовности као што су језик, писмо, култура, обичаји и духовни идентитет.

Проблем идентитета имају појединци, држава и народ. То је посебно изражено код малих држава и народа. Питамо се зашто је потребно и може ли се избјећи политизација идентитета. Напросто, није могуће ово питање занемарити јер за сваког појединца народа и државе увијек се поставља питање, ко су, шта су, коме припадају и у коју сферу се сврставају.[9]

При томе је нужно утврдити поријекло, настанак и припадност, па је потребно поћи из почетка, што је и како је утврђен идентитет и како се дефинише. Он се одређује као индивидуалност, као истовјетност, идентичност, који се веже појединачно за сваког грађанина. Друга врста индивидуалности припада народу и трећа припада држави.

---

[7] Густав Разбрух, Филозофија права, Центар за публикације Правног факултета, Београд 1998., стр. 40.

[8] Бранко Бошњак, Грчка филозофија, Матица Хрватска, Загреб 1956., стр. 114–119.

[9] Рајко Кузмановић, Зборник радова са научног скупа тридесет година Републике Српске рад под насловом "Конституисање Републике Српске од Лисабона до Дејтона, АНУРС, Бања Лука 2024., стр. 9.

Постоји лични и колективни идентитет. Лични идентитет веже се за личност као грађанина – Ad persona, колективни идентитет веже се за припадност нацији, држави, култури, вјери и др. Идентитет се утврђује помоћу личних докумената (лична карта, пасош, свједок и ДНК тестом). Валидан је идентитет само ако се он утврђује историјским чињеницама за сваког појединца са документима. Идентитет могу утврђивати само овлашћена лица или овлаштене установе или увјерење органа власти.

Идентитет као припадност држави, народу и култури се често злоупотребљава као нпр. у култури или историји. Ми у БиХ имамо типичан примјер злоупотребе културних споменика, као нпр. Повеља Кулина Бана гдје бошњачки интелектуалци приписују као бошњачки, иако се на споменику јасно види ћирилчно писмо и трагови хришћанства. Зато би требало појачати законодавну дјелатност и одговорност за оне који прекрајају идентитет и ноторне историјске чињенице.

У сваком народу постоји одговарајуће вјеровање у духовност, негдје се духовност толико инкорпорирала у нацију да се види и осјећа на сваком кораку. Данас неки сматрају да је посебно у Индији завладала духовност широким масама грађана у виду нирване.

Поставља се питање одређивања или дефинисања духовности. Сам појам духовности потиче од латинске ријечи ‘’spiritus’’ што значи дух, односно стање свијести у којем се човјек идентификује са природом и усвојеним правилима религије (будизам, хришћанство и ислам). Из тога сасвим јасно се види значај и појам духовности који обухвата посвећеност природи, богу, религији и човјеку. Стање духа у православљу, а то значи код нас темељи се на Светосављу и Српској цркви и снази вјерујућег народа.[10] Све се то одвија са одговарајућом мјером па се идеализам повремено повезује са материјализмом. То значи да је прихваћена рационална свијест постојања човјека и свевишњег бића, па се тако питање духовности не супротставља духовној и свјетовној власти.

Устав и идентитет се трајно повезује у тумачењу духовности. То приближавање Устава и уставности и идентитета види се у заштити и стабилизацији комплетног политичког система. Устав мора да штити суверинитет и идентитет сваког народа а нарочито у вишенационалним државама као што је Босна и Херцеговина. Суверинитет народа се штити тако да се загарантују права и слободе народа и да се не нарушава

[10] Патријарх Павле, Будимо увијек људи а никада нељуди, Посланица Патријарха свештенству и вјерујућем народу упућена за Нову годину 2015. Београд.

слобода кретања, робе услуга и капитала и лица. У Републици Српској Устав штити лични и колективни идентитет који се огледа у заштити националног и вјерског идентитета, заштита културе, обичаја, историје, језика и писма.

Питање суверенитета спада у ред оних вриједности које су најдиректније везане за државу. Такође се битно уочава, штити или нарушава суверинитет. Суверенитет се означава као стабилност и недодирљивост суверенитета. Суверен је онај народ који самостално одлучује о свим битним питањима која су у надлежности народа и државе. Појам и термин суверенитет потиче од латинске ријечи ''supremus'' што значи врховни – највиши. Историјски гледано суверен је био онај који је имао власт (најчешће цар, краљ, деспот, предсједник и др.) и који може доносити одлуке у оквиру свјетовне и духовне власти. Данас су раздвојене наведене двије власти, ипак тежиште је дато на свјетовну власт.

Ако се нека држава мијеша у надлежности других држава, поготово малих, онда тиме драстично нарушава суверенитет других. Типичан је примјер мијешање великих сила у питања малих народа и држава као што су Босна и Херцеговина, Република Српска и Федерација БиХ, па су наведене државе са ограниченим суверенитетом.

6. Државност Републике Српске

Република Српска настала је у вихору грађанског рата који је вођен у неким бившим републикама као што су Словенија, Хрватска и Босна и Херцеговина. Рат у Босни и Херцеговини је резултат агресивне међународне заједнице и као резултат дјеловања глобализма у земљама социјализма. Југославија се распла вољом међународне заједнице потпомогнута унутрашњим сецесионистичким снагама у Словенији, Хрватској и Босни и Херцеговини. Новонастале државе прихватиле су да границе буду границе бивших република. Све републике су се конституисале а Босна и Херцеговина остала је без договора, па је дошло до несрећног грађанског рата. Директан повод било је одржавање Скупштине Босне и Херцеговине без Срба када је усвојен меморандум по коме су Срби у БиХ постали национална мањина.

Срби као конститутивни народ одговорили су својим мјерама доношењем више значајних докумената међу којима је формирана Народ-

на скупштина 24. октобра 1991. године. Потом је одржан плебисцит 9. и 10. новембра 1991. године у коме су грађани српске националности, али и многи други, донијели Одлуку са 98% и изјаснили се да желе остати у Југославији или да формирају властиту државу.

Држава као Република српског народа приступила је доношењу осталих конститутивних аката међу којима је најбитнији трећи акт усвајање Декларације о проглашењу Републике Српске 9. јануара 1992. године, четврти акт је доношење Устава Републике Српске 28. фебруара 1992. године и пети акт је доношење Декларације о државном уређењу Републике Српске у Приједору у августу 1992. године.[11]

Доношењем наведених аката употпуњена је чињеница да у Републици Српској постоје три основне полуге, за формирање државе а то су посједовање територија, властито становништво и организована власт. Тако је основа државне заједнице заокружена. Коначни акт конституисања Републике као државе завршен је као Женевски принципи а затим Дејтонским споразумом 1995. године.

У Дејтону формално није усвојен термин држава већ је установљен термин Ентитет. Сав други садржај и надлежности су државни, па није ни битно да се зове Ентитет. Битне су надлежности које су дате ентитетима као државне. Треба напоменути да је моделована Република као Ентитет (држава) пуне четири године почев од Лисабона до Дејтона.

Одмах након потписивања Дејтонског споразума према Анексу 4. Устава Босне и Херцеговине чланом 12, тачка 2 наложено је да се Устави ентитета усагласе са Уставом БиХ и то у року од три до шест мјесеци и да се изоставе називи **Држава** и ставе називи **Ентитети**. То усклађивање Република Српска је извршила.[12]

И поред тога наведеног усклађивања дио међународне заједнице у сарадњи са бошњачком политиком настала је права хајка на одузимање надлежности Ентитета. Конкретно, носиоци притиска на Републику Српску су били и данас су ОХР и високи представници. Томе притиску енергично се супротставила Република Српска и неће дозволити даљу ерозију надлежности.

[11] Рајко Кузмановић, Конститутивни акти Републике Српске, Глас Српски, Бања Лука 1994.

[12] Анекс 4. Дејтонског споразума – Устав БиХ, члан 12. став 2., 1995.

7. Закључак

Говорити и писати о држави је врло сложено питање и то не само данас него и у свим фазама развоја мисли о држави. Темељи теорије и праксе су утемељени још у Античкој Грчкој, а потом се развијала мисао кроз средњи вијек па до грађанског друштва као и најновијег. Још у своме почетку дјеловања о држави отворила се дилема да ли је држава заштитник или тиранин грађанства и институција датог система. Дуго је превладавало мишљење да је држава тиранин почев од старог до новог доба. Међутим, развило се схватање да је држава у многоме заштитник људи, организација и институција. Тај приступ схватања државе прихваћен је у примјени у новије доба.

Схватање у корист државе као заштитника прихваћен је када су утврђене функције државе и то економска, политичка и идеолошка. У новије доба је умањена идеолошка функција у корист политичке, тако да су на друштвеној сцени остале економска и политичка функција. Други услов за постојање државе као заштитника грађанских права и права на државу је постојање три правна и политичка основа и то: становништво, територија и организована власт. Гледано са становишта Републике Српске можемо с правом потврдити да Република има испуњене све услове за државу.

Теорија и пракса су потврдили да је нужно да држава заштити неке вриједности као што су: суверинитет, идентитет што се нарочито огледа у заштити суверенитета, идентитета као и језика, писма, обичаја, вјере и нације. Те вриједности држава мора да заштити јер без наведених вриједности нема ни слобода а ни државе.

Литература

- Бранко Бошњак, Грчка филозофија, Матица Хрватска, Загреб 1956.
- Драган Митровић, Држава и право, Хрестоматија, Београд 1992.
- Снежана С. Савић, Устав и уставност, Comesgrafika, Бања Лука 2020.
- Рајко Кузмановић, Есеји о уставности и државности, Comesgrafika, Бања Лука 2004.
- Густав Разбрух, Филозофија права, Центар за публикације Правног факултета, Београд 1998.

– Рајко Кузмановић, Зборник радова са научног скупа тридесет година Републике Српске рад под насловом ‘’Конституисање Републике Српске од Лисабона до Дејтона, АНУРС, Бања Лука 2024.
– Патријарх Павле, Будимо увијек људи а никада нељуди, Посланица Патријарха свештенству и вјерујућем народу упућена за Нову годину 2015., Београд.
– Рајко Кузмановић, Конститутивни акти Републике Српске, Глас Српски, Бања Лука 1994.
– Анекс 4. Дејтонског споразума – Устав БиХ, члан 12. став 2., 1995.

Academician Rajko Kuzmanović

THE PLACE AND ROLE OF THE STATE IN THE CONTEMPORARY SOCIETY

***Abstract**: Before us is a scientific and professional paper entitled "The place and role of the state in the contemporary society".Speaking and writing about the state is neither easy nor simple, because it is a political-legal constitutive institution that dates back to early antiquity.The bearers of the idea of the state are Plato, Aristotle and Heraclitus. Already at the beginning of the paper, two different approaches can be observed, namely: the state as a reality and the factual state. At the same time, there is a discussion about the state as a value that protects both the people and the institutions. Another approach is that the state is a tyrant. The prevailing opinion is that the state is a protector because it protects sovereignty, identity, as well as protects language and script, customs and freedoms. People are not free without a state. The Republic of Srpska acts as a state under the name Entity. It is important that the competences of an entity are constitutive and that they should be preserved regardless of the pressures of the foreign factor.*

***Key words**: law, justice, state, entity, sovereignty, identity, freedom, Republic of Srpska.*

УДК 342.25:352.07
doi 10.7251/PR6924027O
Прегледни научни чланак

УСТАВНИ ПОЛОЖАЈ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ – ОРГАНИЗАЦИЈА, ОРГАНИ, АКТИ[1]

Проф. др Слободан П. Орловић[2]

***Сажетак**: наконе уводних напомена о појму локалне самоуправе, аутор излаже неке позитивноправне елементе положаја јединице локалне самоуправе у Србији. У питању је уставноправни аспект, јер је локална самоуправа – Устав користи и појам општина – уставна категорија. Таква категорија указује и на значај аутономије локалних заједница у уставном поретку Србије. Јединице локалне самоуправе, општине и градови, и посебно град Београд, су организовани једнообразно па говоримо о монотипској локалној самоуправи. Међу локалним органима истакнут је положај скупштине али се ипак не може закључити да је реч о скупштинском систему власти. Органи локалне самоуправе могу да доносе подзаконске акте, дакле не законе локалног значаја, од којих је највиши статут.*

***Кључне речи**: локална самоуправа, општина, организација локалне власти, локални органи, локални акти, контрола локалне самоуправе, Србија.*

---

[1] Рад је написан у оквиру програма истраживања Правног факултета у Новом Саду за 2024. годину који се финансира из средстава Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

[2] Правни факултет у Новом Саду, sorlovic@pf.uns.ac.rs, ORCID iD: 0000-0002-9172-1254

1. Уводно о појму локалне самоуправе

Иако у многим државама локална власт има извориште у традицији и обичајном праву, какав је још увек случај са енглеским парохијама, у већини савремених демократија локална самоуправа се оснива и уређује актом државе, прописом централне власти. „Локална власт је креација државе. Постоји на основу акта државе и држава као њен стваралац има пуно право да измени, прошири, оснује или укине било коју или све локалне јединице“.[3] Србија признаје постојање локалне сфере на уставном нивоу, али то није општеприхваћено правило у Европи. Тако се рецимо у Швајцарској гаранције локалне самоуправе делимично могу наћи на кантоналном уставном нивоу, док савезни устав не јемчи институте локалне самоуправе (*Institutsgarantie*), нити има гаранцују њеног постојања (*Bestandesgarantie*).[4] Поред националног нивоа, европска локална самоуправа се унутар политичког процеса децентрализације дефинише и уређује бројним међународним актима, било да они имају статус препоруке или да обавезују државу потписницу.[5]

У Србији је такође локална самоуправа у потпуности креирана од стране државе, али то није сметало да се с почетка Устава дефинише као право грађана којим се ограничава државна власт и које подлеже само надзору уставности и законитости (члан 12 Устава). Као један од приговора концепту локалне самоуправе у Србији наводи се модел „слабог градоначелника“ по коме локално представничко тело, а не грађани непосредно, бира локални извршни орган (градоначелника и веће).[6] Демо-

---

[3] Richard Briffault, „Our localism: part I - The structure of local government law“, *Columbia Law Review*, Vol. 90, No. 1, 1990, 7.

[4] Mirjam Strecker, *Accountability of Local Governments-Legal Challenges*, doctoral dissertation (verlag nicht ermittelbar), 2011, 72, https://biblio.unibe.ch/download/eldiss/09strecker_m.pdf [9. мај 2024].

[5] Мадридска оквирна конвенција о прекограничној сарадњи (1980); Европска повеља о локалној самоуправи (1985); Декларација о регионализму у Европи (1996); Нацрт европске повеље о регионалној самоуправи (1997), као и декларације и изјаве европских министара одговорних за локалну и регионалну самоуправу (Хелсинки, 2002; Будимпешта, 2005; Валенсија, 2007; Кијев, 2011). Nevena Prolović, „Teorijsko određenje i terminološko razlikovanje pojmova javne uprave, državne uprave i lokalne samouprave“, *Међународна политика* 1148/2012, 167.

[6] Вид. Snežana S. Đorđevic, „European standards in local self-government - range of reforms in Serbia“, *Decentralisation within the context of the new Constitution of Serbia and EU integration*, Novi Sad 2008, 112; Miloš Mojsilović, Bojan Klačar, „Decentralisation

кратизација концепта локалне самоуправе, која је друго име за децентрализацију, претпоставља више надлежности у рукама локалних органа. Србија је од новог устава (2006) кренула тим правцем, али проширена надлежност локалних самоуправа може да одговара градовима и већим општинама, док многе мање локалне самоуправе нису у могућности да изврше дате им послове на квалитетан и ефикасан начин. Поред мањка финансијских потенцијала уз повећање расхода, депопулација је у малим општинама (екстремни случај је општина Црна Трава која је изгубила преко 35% од становништва између два пописа) такође извор потешкоћа у реализацији бројнијих надлежности које су последица децентрализације.[7]

Одвојеност локалне самоуправе од државне власти, као посебне целине, предуслов је начела децентрализације а оно је у бити демократског поретка. За начело децентрализације може се рећи да је конкретизовано неколиким стандардима, као што су: гарантован круг самосталних односно изворних овлашћења локалној самоуправи која се јемче Уставом, а ближе нормирају законом; изворна овлашћења локална самоуправа делом уређује сама, а у потпуности их извршава; избор локалних органа власти у надлежности је саме локалне заједнице што значи да грађани бирају своје органе власти без учешћа централних; извори финансирања локалне самоуправе су стални и њима она аутономно располаже; општини су уставом гарантована права заштите самоуправног статуса пред Уставним судом, Врховним судом и Управним судом.[8]

„Грађани имају право на покрајинску аутономију и локалну самоуправу, које остварују непосредно или преко својих слободно изабраних представника“ (члан 176 став 1 Устава). У другом делу уставне одредбе о праву грађана на локалну самоуправу уређен је начин остваривања тог права: непосредно од стране грађана или путем слободно изабра-

in Serbia: From Inefficient State to Strong Local Self-Government“, *Slovak-Serbian EU Enlargement Fund* (eds. Andrea Cox, Ed Holt), Belgrade 2011, 36, https://www.researchgate.net/publication/266559044_Slovak-Serbian_EU_Enlargement_Fund_Collection_of_Selected_Policy_Papers [10. мај 2024].

[7] Вид. Dragiša Mijačić, „Decentralisation, Regionalism and Regional Development in Serbia“, *INTER*, issue 01/12, 2, http://www.lokalnirazvoj.org/upload/Book/Document/2012_06/Inter_Newsletter_1_English.pdf [11. мај 2024].

[8] Милан Рапајић, „Европска повеља о локалној самоуправи и локална самоуправа у Србији“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Снежана Соковић), Крагујевац 2023, 210.

них представника. Другонаведени начин јесте индиректно остваривање права на локалну самоуправу преко изабраника који су одборници у представничким органима јединица локалне самоуправе – скупштинама општина, градова, града Београда, као и скупштинама београдских градских општина. Грађани одборнике бирају непосредно на слободним локалним изборима који подразумевају тајно гласање када свако може да изрази стварну политичку вољу. На изборима сви носиоци бирачког права учествују под једнаким условима, као гласачи или кандидати. Сублимирано, синтагма „слободно *изабрани* представници“ подразумева да је гласање непосредно, да се гласа за одборнике а не за делегате који би потом бирали одборнике, да се гласа тајно и да сваки глас има исту вредност.

Норма да „јединице локалне самоуправе имају статус правних лица“ (члан 176 став 2 Устава) значи да су општине и градови самим Уставом признати као субјекти права а да се тај статус реализује преко њихових органа који су статутом одређени за заступање. То су у општини председник а у граду градоначелник.

2. Самосталност локалне самоуправе и њен највиши орган

Уставом дато право и обавеза локалним самоуправама да „самостално прописују уређење и надлежност својих органа и јавних служби“ (члан 179 Устава) заправо је један од начина остваривања самоуправе, као вида аутономије на локалном нивоу. Општине и градови би у супротном били без стварне самосталности и могли би се одредити само јединицама локалне управе. Међутим, локалне јединице не чине то „само“ у складу са Уставом и самостално (што тумачимо – својим актима), већ и у складу са законом. По томе је њихова „самосталност“ нижег правног квалитета од „аутономности“ покрајина које „прописивање уређења и надлежности својих органа и служби“ остварују без обавезе усклађености са законом. У стварности се то очитује тако да је Законом о локалној самоуправи (2007) једнообразно уређена организација власти општина и градова, односно положај и надлежност њихових органа власти, док су статутима општина и градова те одредбе делом поновљене и проширене. С друге стране, сличан закон којим би се „прописивало уређење и надлежност покрајинских органа“ не постоји нити може да се доносе, јер Устав није тако одредио. Локалне јавне службе (преду-

зећа) су уређене локалним прописима, статутом и одлукама, а примарно државним, Законом о јавним службама (1991) и Законом о комуналним делатностима (2011).

Систем парламентарне поделе власти установљен на државном нивоу и кога чине три гране власти: законодавна, извршна и судска, чији је однос заснован на „међусобном проверавању и равнотежи“ (члан 4 став 3 Устава), у јединицама локалне самоуправе је донекле измењен – од републичког парламентарног система померен је ка скупштинском. Управо то потврђује одредба да је „скупштина (је) највиши орган јединице локалне самоуправе“ (и аутономне покрајине такође, члан 180 став 1 Устава). Дакле, скупштина као представничко тело грађана у локалној самоуправи није у истој равни са осталим локалним органима, самим тим што је одређена „највишим органом“. Основ овога може лежати у томе што је власт на локалном нивоу најближа грађанима те они треба да имају, и обично је тако, већи утицај на доношење одлука него када су у питању виши нивои управе, регионални и државни. Скупштина је једини непосредно биран орган у општини или граду, док остали органи власти мандат стичу посредним путем (гледано из угла грађана), бира их скупштина: председника општине или градоначелника, и општинско или градско веће.

Иако постоје мишљења да ове норме указују на опредељење уставотворца да на локалном нивоу успостави скупштински систем власти,[9] сматрамо да се ипак не може говорити о скупштинском систему заснованом на начелу јединства власти у којем скупштина оперативно врши власт и управља општином континуираним доношењем правних аката. Ноторно је да представничко тело, било локално или државно, ни по стручности свог састава и бројности нити по критеријуму ефикасности, начином рада са дугим процедурама не може плодно обављати извршну власт (функцију), односно ваљано управљати. Имајући у виду и те разлоге, скупштински систем историјски није ни заживео у чистом облику у државама (недуги изузеци у социјалистичким државана не сврставамо у чист скупштински систем), оставши више теоријски модел реално неспроводљивог начела демократског јединства власти. Такође, иако је имао више услова да се оствари у мањој заједници, на локалном нивоу, то у Србији ни раније није био чист скупштински систем, узимајући у обзир и време „комуналног система“ у социјализму.

[9] Горан Марковић, „Локална самоуправа у Уставу Републике Србије: проблеми и перспективе“, *Српска политичка мисао*, посебно издање, 2017, 166.

Уставна одредба о скупштини као највишем локалном органу разрађена је актима ниже снаге, законом и статутом. Пре свега, скупштина бира и смењује остале органе власти, челника локалне самоуправе и веће, док обратно нема таквог права према скупштини – ти органи је не могу распустити већ локалну скупштину може да распусти Влада. Слика надређености локалне скупштине извршним органима види се и у одредби Закона о локалној самоуправи (члан 48) по којој председник општине и општинско веће редовно извештавају скупштину општине, по сопственој иницијативи или на њен захтев, о извршавању одлука и других аката скупштине општине.

Устав је направио разлику у називу чланова представничких тела три нивоа власти. Док се чланови Народне скупштине називају народним посланицима, „скупштину аутономне покрајине чине посланици, а скупштину јединице локалне самоуправе одборници“ (члан 180 став 2 Устава). Иако су бирани непосредно од грађана (народа) одборници немају придев народни, претпостављамо због тога што нису избор свих грађана већ оних са пребивалиштем на локалној територији. Та терминолошка разлика могла би се, по критеријуму потребе дистинкције, оценити корисном. Ипак, назив одборник је донекле неодговарајући јер је изведен из именице одбор (тако би одборник био члан одбора), а одбор и скупштина нису исто – први је тело ужег састава, по правилу тек део скупштине.

Норма да се „посланици и одборници бирају (се) на период од четири године, на непосредним изборима тајним гласањем, и то посланици у складу са одлуком скупштине аутономне покрајине, а одборници, у складу са законом“ (члан 180 став 3 Устава) говори о покрајинским и локални изборима, праву гласа те мандату посланика и одборника. Редовни локални избори се организују сваке четврте године, а ванредни избори се расписују уколико Влада распусти скупштину јединице локалне самоуправе (или председнику општине престане мандат а у законском року се не изабере нови).[10] И у овој одредби се уочава разлика у погледу степена самосталности покрајине и општине и то у корист прве – покрајински избори се спроводе у складу са покрајинским општим

[10] Основна критика изборног система је да грађани гласају за политичке странке, а да не знају ко ће заступати њихове интересе након избора, односно ко ће их представљати. Darko Golić, „Characteristics of Local and Provincial Election System in Serbia“, *Iustinianus Primus L. Rev.* 7/2016, 19.

актом, одлуком скупштине (Покрајинска скупштинска одлука о избору посланика у Скупштину АП Војводине, 2014), док се одборници бирају на основу закона (Закон о локалним изборима, 2022). Одредбе „у складу са одлуком“ и „у складу са законом“ заправо значе да су питања избора претежно уређена овим актима јер у Уставу су само малобројне одредбе о дужини мандата, непосредности избора и тајности гласања. Наведеним законом одређено је ко расписује локалне изборе – председник Народне скупштине.

Одборнички мандат од четири године изједначен је са мандатом народног посланика, а то је, упоредно, најчешћа дужина мандата чланова представничких тела. Претпоставка одржања пуне дужине мандата, целе скупштинске периоде, јесте да представничко тело не буде превремено распуштено. Иако им је мандат исте дужине, одборници немају једнак статус, нити уживају иста права са народним посланицима –тако, одборнике не штити имунитет од кривичног гоњења.

На локалним изборима грађани гласају директно за одборнике, а не евентуално за делегате-посреднике који би коначно бирали чланове скупштина. Овај демократски изборни стандард[11] ипак је у одређеној мери релативизован због тога што се одборници бирају у само једној изборној јединици. Отуда се превасходно гласа за изборну листу, а не за личност одборничког кандидата. Захваљујући великој политичкој странци, обично са седиштем у државном центру која подноси изборну листу, и политичкој популарности носиоца листе, углавном лидера странке, кандидат постаје одборником иако се може десити да је непознат бирачима или политички непопуларан. Ова могућност избора политички анонимног или инферниорног кандидата свакако је мања у слабо насељеним локалним самоуправама, где се бира рецимо 19 одборника и

[11] Демократски стандард још вишег нивоа било би непосредно учешће грађана у пословима власти. Оно има неколико облика: информисање, као предуслов, затим консултовање, предлагање и одлучивање. Вид. Jelisaveta Vukelić, „Neposredno učešće građana u donošenju odluka na lokalnom nivou vlasti u Srbiji“, *Sociologija* 3/2009, 298-309. Непосредним изјашњавањем грађана требало би одлучивати нарочито о „статусним питањима, основним нормативним актима, располагању заједничком имовином, удруживању средстава, развојним програмима, дугорочној сарадњи и удруживању са другим заједницама и организацијама, кључним питањима заштите животне средине, избору одборника, али и о другим судбоносним питањима заједничког живота“. Драган Марковић, „Локална самоуправа у европским интеграцијама“, *Политичка ревија* 1/2009, 156.

грађани се међусобно познају, али ипак и ту постоји. Пропорцијалним изборним системом са једном изборном јединицом практично је елиминисано гласање „на име“. Да ли ће кандидат уопште бити на листи и на којем месту па тиме са већим изгледима да буде изабран пре је питања „предизбора“ унутар структуре политичке странке која је подносилац изборне листе, него воље самих бирача. Гласа се тајно а орган који спроводи изборе има одговорност да обезбеди услове за тајност гласања (застори, преграде), тако да нико не може да има увид у то за кога је појединац гласао.

Када је у питању избор органа које бира скупштинска већина одборника – извршни органи општине и руководство скупштине, за велики број случајева може се рећи да се у пракси то решава у централама политичких странака, односно договором лидера политичких странака које праве или већ имају коалицију. Локалним страначким одборима остаје да се усагласе са тим договором. Ипак, локални одбори у раду и одлучивању углавном пристају на то што је договорено, као нешто што се подразумева и уобичајено је за њихов рад и статус, па се не би могло закључити да је овде реч о њиховом дисциплиновању из централе или од стране лидера странке.[12]

Одредба која штити права националних мањина и подстиче њихово ангажовање у јавним пословима, овде у политичким представничким телима, гласи: „у (...) јединицама локалне самоуправе у којима живи становништво мешовитог националног састава, омогућује се сразмерна заступљеност националних мањина у скупштинама, у складу са законом“ (члан 180 став 4 Устава). Овако конструисана норма сразмерне заступљености има одређене нелогичности. Јасно је да је немогуће афирмисати, унапредити права националних мањина омогућавањем сразмерне заступљености у скупштинама ако локалне средине нису мешовитог националног састава, односно ако у њима не живе припадници националних мањина бар у неком минималном броју – произлази онда да је део правила који гласи „у којима живи становништво мешовитог националног састава“ сувишан.

Сразмерна заступљеност националних мањина у локалним скупштинама мери се у односу на национални састав јединице локалне самоуправе. То би значило да национална структура скупштине буде

[12] Boban Ž. Stojanović, *Uticaj političkih partija na formiranje lokalnih izvršnih vlasti u Srbiji od 2008. do 2016. godine*, doktorska disertacija, Fakultet političkih nauka BU, 2022, 252.

процентом одговарајућа националном саставу становништва општине, наравно не и сасвим математички тачна јер то није ни могуће постићи. Тачнију сразмерну заступљеност теже је остварити у мањим јединицама локалне самуправе с обзиром на то да оне имају мањи број одборника (од 19 па навише).

Омогућавање сразмерне заступљености националних мањина у скупштинама олакшана је у пропорционалном изборном систему са једном јединим изборном јединицом. Њиме се, за разлику од већинског система, а поготово ако припадници националне мањине живе раштркано унутар изборне јединице, општине, постиже тачнија сразмера броја гласова и мандата. Пропорционални изборни систем подразумева законски изборни праг (цензус) као елиминациони критеријум изборних листа у расподели мандата, а који би за листе странака националних мањина могао бити непремостива препрека освајању мандата. Стога је уведено изборно правило да се цензус – 3% од укупно палих гласова у изборној јединици, не примењује на изборне листе националних мањина (члан 78 Закона о локалним изборима). Штавише, резултат изборних листа странака, коалиција и удружења националних мањина које су добиле мање од 3% гласова од броја бирача који су гласали, подиже се за 35% и тако увећан учествује у расподели одборничких мандата (по базно Д' Онтов-ом методу).

3. Организација јединице локалне самоуправе

Члан под називом „основне одредбе" уређује питања организације локалне самоуправе, територије, седишта, оснивања јединице локалне самоуправе и финансирања њених послова. „Сагласно Уставу, Република Србија је овлашћена да уреди систем локалне самоуправе, као и друга питања од значаја за свеобухватно уређење ове области" (Уставни суд, ІУ-78/2008 од 25.12.2008. године).

„Јединице локалне самоуправе су општине, градови и град Београд" (члан 188 став 1 Устава). По имену се, дакле, разликују три врсте јединица локалне самоуправе, али се суштински ради о томе да су општине, градови и главни град уређени, односно прописана је њихова организација власти и надлежност на исти или веома сличан начин. Јединице локалне самоуправе се разликују по бројности становништва, што је уједно критеријум формирања градова, а само малим де-

лом по организацији власти и надлежностима. Општине са бројнијим становништвом (граница је 100.000) стичу статус градова, а посебно је законски издвојен Београд као главни град. Ово значи да су јединице локалне самоуправе истог типа, монотипске, што неки аутори повезују са неразвијеношћу мреже нивоа локалних власти.[13] Међу јединицама локалне самоуправе нема хијерархије нити субординације у обављању надлежности, изузев града и градских општина. То значи да систем локалне самоуправе сврставамо у једностепени – не постоје ниже и више локалне јединице у оквиру вертикалне поделе власти.

„Територија и седиште јединице локалне самоуправе одређује се законом“ (члан 188 став 2 Устава). Општине су најбројније локалне јединице (145, било 150), потом градови (28, било 23) и један главни град. Општинама, градовима и граду Београду је територија одређена законом (чл. 16, 20 и 24 Закона о територијалној организацији Републике Србије, 2007). Градови су темат и Закона о локалној самоуправи (члан 23), а Београд је као главни град дефинисан Уставом (члан 9), док му је положај уређен и посебним законом (Закон о главном граду, 2007). Локална самоуправа је територијална јединица коју чине подручја насељених места, односно катастарских општина. Територија јединице локалне самоуправе треба да буде природна и географска целина, економски и инфраструктурно повезан простор који гравитира ка свом седишту.

„Оснивању, укидању и промени територије јединице локалне самоуправе претходи референдум на територији те јединице локалне самоуправе“ (члан 188 став 3 Устава). Јединица локалне самоуправе оснива се и укида законом, а тим актом се може изменити и њена територија. Овде треба напоменути да иако су општине и градови у АП Косово и Метохија основани законом (Закон о територијалној организацији Републике Србије), они не функционишу као део система локалне самоуправе Републике Србије, већ изван, у самопроглашеној републици „Косово“.

Да би оснивање, укидање или промена територије било правно ваљано неопходно је организовати референдум у тој општини или граду. Устав не одређује правни карактер тог референдума, већ га закон, по обавезности, дефинише саветодавним (члан 16 Закона о локалној самоуправи, 2007). Следи да претходно донета одлука на референдуму не оба-

[13] Snežana S. Đorđević, „Decentralizacija i jačanje kapaciteta lokalnih vlasti u Srbiji“, *Anali Hrvatskog politološkog društva* 8/2011, 187.

везује законодавца у погледу оснивања или укидања јединице локалне самоуправе, као ни по питању промене њене територије. Локална самоуправа, дакле, нема право на самоорганизовање, већ има право да се о томе грађани са њене територије референдумски изјасне, а држава је та која законом уређује положај јединица локалне самоуправе, укључујући оснивање, укидање и промену територије.

Унутар општина се образују месне заједнице. Месне заједнице нису јединице локалне самоуправе, већ их ове оснивају статутом. Месне заједнице су облик интересног организовања грађана ради задовољења потреба свакодневног живљења. То је облик месне самоуправе, институт изведен из института локалне самоуправе (из образложења решења Уставног суда, ІУ-48/2008 од 17.7.2008. године) који општина може да оснује. Горан Марковић сматра да је боље било „предвидјети да се у саставу јединица локалне самоуправе обавезно образују мјесне заједнице, као облици мјесне самоуправе. Оне окупљају мањи број грађана, баве се питањима за која су грађани непосредно заинтересовани, а у њима је лакше борити се против монопола политичких странака, које нису толико заинтересоване за бављење овим питањима“.[14] У месним заједницама грађани не могу бити изузети од доношења најважнијих одлука.[15]

[14] Г. Марковић, 165.

[15] Пракса Уставног суда, Уж-863/2016 од 26.4. 2018. године – појам и правни статус месне заједнице. Из образложења: „Уставни суд се у више наврата бавио питањем правног статуса месних заједница. С тим у вези, Уставни суд је констатовао да из одговарајућих одредаба Закона о локалној самоуправи произлази: да месна заједница није јединица локалне самоуправе, нити елемент територијалне организације Републике Србије; да месна заједница представља асоцијацију грађана засновану на интересним принципима у оквиру које грађани задовољавају одређене опште, заједничке и свакодневне потребе; да се одлуком скупштине општине, уз претходно прибављено мишљење грађана, само образују или укидају месне заједнице и други облици месне самоуправе и утврђује подручје за које се образују; да се статутом општине као актом више правне снаге уређује оснивање и рад месних заједница“ (видети, поред осталих, Одлуку Уставног суда ІУо-810/2010 од 26.12.2013. године).
Став Уставног суда (7.4.1994. године): образовање месних заједница статутом или другим актом скупштне општине, без учешћа грађана одлучивањем, саодлучивањем или консултовањем, нису у сагласности са Уставом и законом. Такође, није у сагласности са Уставом и законом уређење избора органа месне заједнице тако да се бирају без учешћа грађана. Ни одредбе статута општине или другог њеног акта, којима је уређено да о средствима месне заједнице одлучује скупштина или неки други орган општине, нису у сагласности са законом. *Ставови Уставног суда – пречишћен текст* (ур. Светлана Стојковић), Београд 2009, 37.

Међу основним одредбама о локалној самоуправи своје место нашло је и финансирање општина и градова. „Послови јединице локалне самоуправе финансирају се из изворних прихода јединице локалне самоуправе, буџета Републике Србије, у складу са законом, и буџета аутономне покрајине, када је аутономна покрајина поверила јединицама локалне самоуправе обављање послова из своје надлежности, у складу са одлуком скупштине аутономне покрајине“ (члан 188 став 4 Устава). За стварну самосталност локалне самоуправе у односу на централну власт важно је постојање изворних прихода јединица локалне самоуправе, односно њена финансијска самосталност. „Уколико су локални органи финансијски зависни од државе, немогућа је њихова стварна самоуправа, без обзира на ширину надлежности којима располажу“ – отуда општине и градови морају бити релативно финансијски самостални и имати стабилне сопствене изворе прихода.[16]

Поставља се питање шта тачно подразумева финансијска аутономија општине? То у најкраћем значи да она има сталне и стабилне приходе које сама утврђује и њима располаже.[17] Као важну чињеницу треба истаћи да локална самоуправа као ималац својине (по Закону о јавној својини, 2011) постаје важан фактор у процесу децентрализације власти. Стварају се услови за економско јачање и развој локалних самоуправа путем узимања кредита и издавања општинских хартија од вредности.[18]

Али изворни приходи су тек један део локалног буџета, углавном недовољан за финансирање свих расхода јединице локалне самоуправе. Зато Устав предвиђа да се послови јединица локалне самоуправе финансирају и из државног буџета, у складу са законом. Тако је у вези са финансирањем донет закон (Закон о финансирању локалне самоуправе, 2006) и то пре важећег устава којим су опредељена средства из којих се плаћају расходи локалне самоуправе (изворни и уступљени приходи, трансфери, примања по основу задуживања и др, члан 5 Закона). Сама висина новчаних износа за финансирање јединица локалних самоуправа из државног буџета одређује се законом о буџету. Ако локални изворни приходи и планирана средства државног буџета не буду довољни, држава ће обезбедити допунска средства, трансфере, из свог буџета.

---

[16] Марко Станковић, *Локална самоуправа*, Београд 2018, 132.

[17] М. Рапајић, 214.

[18] Мирјана Кнежевић, Зоран Симоновић, Слободан Анџић, „Јавна својина и локална самоуправа“, *Економика: часопис за економску теорију и праксу* 4/2011, 72.

Трећи изворо прихода јединица локалне самоуправе може се сматрати стриктно наменским и тиче се само општина и градова који се налазе на територији аутономне покрајине. У питању је случај поверавања послова локалној самоуправи од стране аутономне покрајине – ради се о пословима из покрајинске надлежности које покрајинска скупштина (привремено) поверава локалној самоуправи и за обављање тог рада преноси јој средства.

Иако постоји више начина финансирања локалне самоуправе, не значи да нема фискалне централизације (која сиромашнијим општинама одговара) или контроле трошења средстава коју обавља држава, што битно утиче на финансијску али и политичку самосталност локалне самоуправе. У вези са финансирањем надлежности локалне самоуправе стоје још неке одредбе у Уставу: средства за финансирање надлежности јединица локалне самоуправе обезбеђују се из пореза и других прихода утврђених законом (члан 91 став 1) што је нека врста спецификације одредбе члана 188 став 4 Устава да се послови јединице локалне самоуправе финансирају из њених изворних прихода, републичких и покрајинских. У истом делу Устава налазе се и одредбе о буџетима локалних самоуправа у којима морају бити приказани сви приходи и расходи у вези финансирања њихове надлежности (члан 92 став 1).

4. Положај јединица локалне самоуправе

„Општине се оснивају и укидају законом“ (члан 189 став 1 Устава), а то је Закон о територијалној организацији Републике Србије (члан 16), исти онај којим се одређује општинска територија и седиште. Грађани могу да иницирају оснивање општине тако што ће, са најмање 30.000 потписа, покренути поступак промене закона о чему ће потом одлучивати Народна скупштина. Такође, може се расписати локални референдум на којем би се грађани изјаснили о оснивању нове општине или промени територије постојеће. Одлука на локалном референдуму има саветодавни карактер. Препрека оснивању општине предвиђена је законима (о локалној самоуправи, члан 18 став 1 и о територијалној организацији Републике Србије, члан 11 став 1) и гласи да та територијална јединица мора да има најмање 10.000 становника. Изузетно (по члану 18 Закона о локалној самоуправи), може се основати нова општина и са мање од 10.000 становника ако постоје посебни економски, географски или ис-

торијски разлози, односно она која је основана по ранијем пропису задржава статус општине (малих општина, са мање од 10.000 становника је по попису 2011. године било укупно 11, а по попису 2022. године чак 28).

„Град се оснива законом, у складу са критеријумима предвиђеним законом којим се уређује локална самоуправа“ (члан 189 став 2 Устава). Град се оснива по истим прописима као и општина (члан 17 став 1 Закона о територијалној организацији РС и члан 23 став 1 Закона о локалној самоуправи), с тим да је граница броја становника потребних за оснивање града десетоструко виша – преко 100.000.[19] Исти је и изузетак као за општину – мањина од укупног броја градова (њих 11) има више становника од потребног броја – град се може основати и са мање од 100.000 становника када постоје посебни економски, географски или историјски разлози. Чињеница да је овај изузетак у стварности правило, а да се број становника у свим тим градовима смањује – указује на то да је држава погрешним, неправним, путем учинила „уступак“ тим градовима, уместо да је измењен закон и смањен минимални број становника потребан за оснивање града. Даље, број градова расте, а паралелно се повећава и број градова који немају 100.000 становника (ниједан од пет „нових“ градова из 2016. и 2018. не испуњава тај услов). Закон разрађује критеријуме за оснивање града наводећи да „територија за коју се образује град, представља природну географску целину, економски повезан простор који поседује изграђену комуникацију међу насељеним местима са седиштем града[20] као гравитационим центром“ (члан 23 став 3 Закона о локалној самоуправи).

„Град има надлежности које су Уставом поверене општини, а законом му се могу поверити и друге надлежности“. Град се неформално може дефинисати и као већа општина са готово истим надлежностима. Али то није довољно да би разликовале те две јединице локалне самоуправе па је законом предвиђена (тек једна) надлежност више коју има

[19] Многобројне студије указују да је лимит од 100.000 становника врло висок и да би било сасвим прихватљиво да градови буду урбана насеља од преко 40.000 становника – таквих насеља би у Србији било око 50. Вид. Милија Ж. Цвијовић, *Реформа јавне управе и локална самоуправа у Србији*, докторска дисертација, Факултет политичких наука БУ, 2014, 157.

[20] „Седиште града“ је сам тај град – на пример, седиште Града Ваљева је Град Ваљево (гравитациони центар) а не Ваљево, па се чини да је формулација „седиште града“ бесмислена.

град (члан 24 став 2 Закона о локалној самоуправи) – обављање послова комуналне полиције. У том смислу, поред ове надлежности, граду се законом могу поверити и „друге надлежности“.

„Статутом града може се предвидети да се на територији града образују две или више градских општина. Статутом града се уређују послови из надлежности града које врше градске општине“ (члан 189 став 3 Устава). Образовање градских општина је могућност али не и обавеза града (Ниш и Крагујевац имају функционалне градске општине, Нови Сад нема) тако да већина градова нема ни, минимално предвиђене, две градске општине. И када административно функционишу, као, на пример, свих 17 градских општина у Београду – оне су, иако изведена категорија, битно другачијег положаја од општина јер немају своју изворну надлежност. Надлежност градских општина зависи од одлуке града да им се неки локални послови пренесу. За разлику од општина и градова који своју надлежност црпе из Устава и закона, градска општина ради оно што је прописано статутом града. Заправо, град градској општини преноси неке надлежности, пре свега, због ефикасности и економичности обављања тих послова (ово посебно важи за Београд), односно уштеде времена и материјалних средстава грађанима. Чињеница да је за градску општину извор права подзаконски акт – статут, а не закон, чини је аутоматски мање самосталном локалном влашћу.

„Положај града Београда, главног града Републике Србије, уређује се законом о главном граду и статутом града Београда. Град Београд има надлежности које су Уставом и законом поверене општини и граду, а законом о главном граду могу му се поверити и друге надлежности“ (члан 189 став 4 Устава). Град Београд је други ниво надоградње положаја општине (први је град). О Београду као главном граду доноси се посебан закон (Закон о главном граду, 2007). Тим законом Београд је добио већи обим надлежности у односу на општине и градове, али и неке обавезе. Право Београда да образује градске општине заправо је формулисано као неизоставна обавеза (члан 6 став 6 Закона о главном граду), претпостављамо због величине града и потребе ефикаснијег обављања локалних послова. А београдске градске општине су опет другачијег статуса него градске општине осталих градова јер имају статус правног лица. Поред надлежности које по Уставу и закону имају општине и градови, Законом о главном граду су утврђене још 23 надлежности (члан 8 став 2 Закона о главном граду). Тиме се Београд не само формално, због сопственог закона и уставног статуса главног града, него и суштински

може сматрати посебном јединицом локалне самоуправе која има јачи правни положај у односу на општине и градове.

5. Правни акти и органи општине

„Највиши правни акт општине је статут. Статут доноси скупштина општине“ (члан 191 став 1 Устава). Јединице локалне самоуправе доносе подзаконске прописе а не оне законске снаге, што је домен државе и федералне јединице. Статут је локални пропис највише правне снаге, што указује на то да постоје и други општи акти које доноси локална самоуправа. Локалне прописе, ниже од статута, налазимо у разним деловима Устава и у њих убрајамо: одлуке и друге општинске акте (члан 195 став 2), буџет и завршни рачун (члан 192 став 2, члан 191 став 2), урбанистички план и програм развоја општине (члан 190 став 2), план развоја и просторни план општине (члан 191 став 2), опште акте из своје (општинске) надлежности (члан 191 став 2). Не треба посебно напомињати да би ове одредбе Устава требале бити правилно систематизоване, по могућности у једном члану.

Да је статут општине (и града), и поред тога што је њен највиши пропис, акт подзаконске снаге утврђује уставни члан о хијерархији општих правних аката (члан 195 став 2): „статути (...) јединица локалне самоуправе морају бити сагласни са законом“. Исто пише и за одлуке и друге опште акте јединица локалних самоуправа. Овим је потврђена највиша правна снага статута у локалној самоуправи: „сви општи акти (...) јединица локалне самоуправе морају бити сагласни њиховим статутима (члан 195 став 3). У погледу садржине статута, Уставни суд је утврдио да је незаконито дословно преузимати законске одредбе и имплементирати их у статут.[21]

[21] Пракса Уставног суда, IУл-120/2008 од 29.04.2010. године – незаконитост статутарних одредби. Из образложења: у погледу оспорених одредаба чл. 39 и 41 ст. 2 Одлуке о изменама и допунама Статута општине Врбас, Уставни суд је утврдио да су овим одредбама само преузете одредбе чл. 58. ст 1, 3 и 4 Закона о локалној самоуправи.
„Имајући у виду да означене законске одредбе представљају оквир у коме наведена питања треба да буду уређена статутом јединице локалне самоуправе, то, по оцени Уставног суда, не значи да се њихово уређивање може свести на преузимање законских норми, пошто би овакав начин уређивања за последицу имао да се неким другим актом, а не статутом, одреди конкретан број помоћника председника

Одредба да статут доноси скупштина општине, што важи и за скупштину града, системски је уклопљена са овлашћењима за доношење аката на вишим нивоима власти – Народна скупштина доноси Устав и закон, а покрајинска скупштина покрајински статут. И ова надлежност скупштине општине, уз одредбе које следе, указује на то да је локална скупштина највиши орган јединице локалне и као такав једини локални орган препознат од стране Устава, с тим да се помиње и „извршни орган јединице локалне самоуправе“ али у сасвим другом контексту (вид. члан 126 став 1 Устава). Уз то, Закон о локалној самоуправи наводи да је „скупштина општине највиши орган општине (...)“ (члан 28 став 1).

Скупштину општине уређују и друге, напред навођене, одредбе Устава: поред тога што је највиши орган јединице локалне самоуправе, скупштину општине чине одборници (члан 180 став 2); који се бирају на непосредним изборима тајним гласањем, на период од четири године, у складу са законом (члан 180 став 3); у скупштини се омогућава сразмерна заступљеност националних мањина, у складу са законом (члан 180 став 4).

„Скупштина општине доноси опште акте из своје надлежности, усваја буџет и завршни рачун општине, доноси план развоја и просторни план општине, расписује општински референдум и врши друге послове одређене законом и статутом“ (члан 191 став 2 Устава). Ово су регуле о надлежностима општине, с тим да се законом и статутом прописује које још послове обавља скупштина општине. Поред статута и одлука (члан 195 став 2), наведени су конкретни локални акти које доноси скупштина општине: буџет и завршни рачун, који се усвајају сваке године, програм развоја и урбанистички план (члан 190 став 2). Ово су акти од фундаменталног значаја за организовање јавних послова у локалној заједници. Уз ове нормативне надлежности скупштине општине, у Уставу је још наведено право расписивања општинског референдума што му, као облику непосредног одлучивања грађана у локалној заједници, даје уставну важност.

У пракси не доноси само скупштина опште акте локалног карактера већ сва четири органа локане самоуправе – поред скупштине, то су председник општине, општинско веће и општинска управа. По мишљењу одређених аутора, „генерално овлашћење за доношење општих

општине и области за које су они задужени. Напротив, Уставни суд је на становишту да се статутом јединице локалне самоуправе мора одредити колико се помоћника председника општине поставља (...)“.

аката постоји само у корист скупштине општине (односно града), док би други органи локалне самоуправе то могли чинити само уз изричито законско овлашћење.[22]

У раду скупштина јединица локалних самоуправа могу се уочити бројни проблеми. Систем сразмерног представништва довео је до пасивног положаја одборника у скупштинама у односу на политичке странке којима припадају па се чак дешава да се у одлучивање о појединим питањима укључују главни страначки одбори. Тако престаје да се остварује смисао рада скупштине као представничког органа јер је чине страначки „дисциплиновани“ одборници. Може се претпоставити да би се ситуација значајно поправила повратком на већински систем. Такође, у пракси у једном броју локалних скупштина власт има већину за једног или два одборника. Ако сви одборници власти не би могли да присуствују седници отворила би се могућност недостатка кворума, а тиме и простор за неопредељене одборнике да истакну своје захтеве према владајућој већини како би се седница уопште одржала. Улог се повећава ако се приближава истек рока од три месеца од претходно одржане седнице, што за последицу има распуштање скупштине. Такође, буџет локалних самоуправа је увек актуелан проблем и не треба заборавити да се за рад (бројних) одборника одвајају значајна средства.[23]

„Органи општине су скупштина општине и други органи одређени статутом, у складу са законом“ (члан 191 став 3 Устава). Иако је помињана у претходним ставовима овог члана (ст. 1 и 2), Устав овде именује једино скупштину општине органом општине, док за остале наводи само да постоје, не именујући их. И ово је доказ хијерархијски највишег места скупштине општине/града унутар организације локалне власти. Аутономност општине види се и у томе што су, по уставној одредби, други локални органи одређени статутом у складу са законом. Међутим, Законом о локалној самоуправи је организација локалне власти једнообразно потпуно уређена – одређени су ти „други“ органи општине па статуту није остављен простор да посебно регулише ово питање (статутом је одређен, на пример, број одборника, али такође у оквиру законске

[22] Jelena Jerinić, Bogoljub Milosavljević, „Normativna ovlašćenja organa lokalne samouprave u Srbiji“ *Pravni zapisi* 2/2019, 400.

[23] Милош Станојчић, *Егзекутива у јединицама локалне самоуправе Републике Србије у светлу компаративних искустава*, докторска дисертација, Правни факултет БУ, 2023, 85-6.

границе). На овај начин није остварено начело организационе самосталности локалне самоуправе јер је закон то свеобухватно регулисао, без обзира на то што су и у члану 179 Устава гарантована права јединица локалне самоуправе да, у складу са Уставом и законом, самостално прописују уређење и надлежност својих органа и служби.

„Скупштина општине одлучује о избору извршних органа општине, у складу са законом и статутом“ (члан 191 став 4 Устава). Ово је кадровска надлежност локалног представничког тела, прецизирана у Закону о локалној самоуправи: да изабере председника општине и општинско веће. И ово је потврда надређености локалне скупштине извршним органима, председнику општине и општинском већу. Непосредно изабран орган, скупштина, бира и разрешава локалне извршне органе који, по Закону, немају таква права према скупштини. Сам поступак избора извршних органа – ко може да га покрене, којом се већином одлучује и др. уређен је Законом и статутом.[24]

„Избор извршних органа града и града Београда уређује се законом“ (члан 191 став 5 Устава). Ова одредба указује да је уставотворац оставио могућност не само да се избор извршних органа градова и града Београда уреди другачије него што је уређен у општини, већ и да сама организација локалне власти у граду и главном граду буде различита од општинске. Међутим, Закон о локалној самоуправи на исти начин утврђује организацију органа локалне власти у општини и граду. Положај органа локалне власти у Београду регулисан је пак Законом о главном граду, али опет на сличнан начин као што је то у општини – скупштина се бира непосредно од грађана, а извршни органи посредно, у скупштини. Још једна потврда чињенице да је систем локалне самоуправе у Србији преовлађујуће монотипски.

[24] Пракса Уставног суда, IУо-36/2017 од 17.1.2019. године – скупштина општине нема право да своју надлежност пренесе извршном органу. Из образложења: „полазећи од одредбе члана 32. тачка 6) Закона о локалној самоуправи којом је одређена надлежност скупштине општине, односно града да, у складу са законом, доноси прописе и друге опште акте и члана 46. Закона којим је одређена надлежност општинског, односно градског већа, као извршног органа јединице локалне самоуправе да, између осталог, предлаже одлуке и акте које доноси скупштина и непосредно извршава и стара се о извршавању одлука и других аката скупштине општине (...)“ из чега произлази да „скупштина општине нема законско овлашћење да извршном органу општине пренесе надлежност за доношење општих аката“.

6. Ограничење надлежности органа локалне самоуправе путем надзора

Када је реч о контроли и надзору, Устав помиње само општине, чији је надзор у надлежности Владе, што није случај са градовима и градом Београдом.[25] Ипак, сматрамо (циљно тумачење) да се и надзор односи на све јединице локалне самоуправе, а не само на назначене – општине, с обзиром на то да већ постоји слична, и недоследна, терминологија у другим члановима Устава (190 и 191). Одредбе овог члана суштински казују да локална власт не ужива потпуну самоуправу коју централна влада не би могла да контролише. Државна власт је задржала право надзора над општином – има право да тражи извештаје, податке, обавештења и др, али не може дискреционо да укида локалне опште акте, нити да уводи принудну управу, већ то може само ако су испуњени законски услови. Одредбе овог члана разрада су уставног начела о праву грађана на локалну самоуправу где је прописано да оно „подлеже само надзору уставности и законитости“ (члан 12 став 2 Устава). Како овде нема разликовања изворних и поверених послова, могуће је констатовати одступање од „општеприхваћених стандарда у упоредном праву, где је уобичајено да у сфери изворних надлежности држава контролише само уставност и законитост рада локалне самоуправе, док у сфери поверених надлежности (...) цени још и целисходност њиховог рада“.[26] Ипак, сматрамо да је исправно резоновати да се овај надзор уставности и законитости односи само на изворне локалне послове јер би другачијим тумачењем произашло да се не би уопште могао обављати надзор ефикасности (целисходности) локалне самоуправе који везујемо за поверене послове, просто зато јер у уставној норми није наведен. А ноторна је ствар да поверене послове централна власт може, кад год одлучи, да врати у своју надлежност јер је незадовољна квалитетом њиховог обављања од стране локалних органа, што је утврђено контролом целисходности.

„Влада је дужна да обустави од извршења општи акт општине за који сматра да није сагласан Уставу или закону и да у року од пет дана покрене поступак за оцењивање његове уставности или законитости“ (члан 192 став 1 Устава). Ово је први од три вида надзора. Право надзо-

[25] Milivoje Lapčević, Milan Rapajić, „On local self-government and its constitutional position in Serbia, *LAW -theory and practice* 4/2023, 133.

[26] М. Станковић, 158.

ра над радом општине овде је формулисано путем две дужности Владе – првом, да решењем обустави извршење спорног прописа општине и другом, да у кратком року од пет дана, преко министарства, покрене поступак оцене уставности и законитости тог акта пред Уставним судом. Произлази да Влада непрекидно има обавезу обављања надзора над радом општине, да то своје овлашћење не може да злоупотребљава (према општини у којој влада друга политичка странка, на пример) јер мора у кратком року покренути поступак пред Уставним судом. У супротном, ако се не обрати Уставном суду, спорни општи акт ће по истеку петог дана поново почети да се примењује, а Влада своју дужност неће испунити. Уколико се поступак оцене уставности и законитости покрене у датом року, све док се не оконча оспорени општи акт се неће примењивати.

Други вид надзора је овлашћење Владе да „може, под условима одређеним законом, распустити скупштину општине“ (члан 192 став 2 Устава). Ово, за разлику од претходних, није обавеза већ правна могућност односно право које, по својој вољи Влада може али и не мора да примени. Али, ако се одлучи да распусти скупштину општине то може да учини само уз испуњење законом прописаних услова (скупштина не заседа дуже од три месеца или не изабере председника општине и општинско веће у законом прописаном року, као и ако не донесе статут или буџет у року утврђеном законом, члан 85 Закона о локалној самоуправи). По својој природи, овај акт Владе је општи правни акт.[27]

„Истовремено са распуштањем скупштине општине, Влада именује привремени орган који обавља послове из надлежности скупштине, водећи рачуна о политичком и националном саставу распуштене скупштине општине“ (члан 192 став 3 Устава). Распуштањем скупштине општине престају са радом и извршни органи у општини – председник општине и општинско веће, па је неопходно да се формира привремени орган који ће бити замена не само представничком телу, како је одређено у Уставу, него и извршним органима општине (како пише у Закону, чл. 86). Иако је Уставом одређено да привремени орган обавља послове који

[27] Став Уставног суда (23. 1. 2003. године): „акти Владе Републике Србије о распуштању скупштине општине и образовању општинских већа су општи правни акти и за оцену њихове сагласности с Уставом и законом надлежан је Уставни суд Републике Србије, сагласно члану 125. став 1. тачка 2. Устава Републике Србије (од 1990., *нап. С.О*)“. *Ставови Уставног суда – пречишћен текст* (ур. Светлана Стојковић), Београд 2009, 41.

су у надлежности општине, Закон је изменио ову формулацију и то тако што је прописано да привремени орган – председник и четири члана, обавља само „текуће и неодложне послове“ али не само „из надлежности скупштине“ већ, проширено, и из надлежности „извршних органа јединице локалне самоуправе“ (члан 86 став 4 Закона). Ово би могао бити пример недопуштеног „дописивања“ Устава законом јер се не разрађују уставне одредбе (формулишу рокови, на пример), већ се уставна одредба мења тако што се у једном делу сужава – текући и неодложни послови, а у другом делу се проширује – на извршне органе јединице локалне самоуправе. Поред три случаја распуштања локалне скупштине (члан 85 Закона) привремени орган се формира и ако се у општини не спроведу избори или ако се након избора не конституише скупштина у датом року (члан 87 Закона).

Приликом именовања председника и чланова привременог органа, Влада има обавезу да води рачуна о политичком и националном саставу органа, који треба да одговара саставу распуштене скупштине општине. „Водити рачуна“ не значи да привремени орган мора бити, математички, истог политичког и националог састава као распуштена скупштина, што због малобројности привременог органа најчешће није ни могуће), већ да политички – по учешћу политичких странака, и национално – по заступљености националних мањина, што више буде налик саставу распуштене локалне скупштине. На овај начин Влада ће до избора нове скупштине општине поштовати изборну вољу грађана којом су изабрали распуштено представничко тело.[28]

7. Уместо закључка

Анализом позитивноправних елемената локалне самоуправе, као атрибутâ њеног уставног положаја, може се изнети неколико констатација. Локална самоуправа је с почетка Устава дефинисана као (људско)

[28] У Закону о локалној самоуправи предвиђени су још неки облици надзора: министарство надлежно за локалну самоуправу указаће локалној самоуправи на нестатутарност њених општих акакта, и ако их скупштина не измени покренуће поступак пред Управним судом и предложити Влади да обустави извршење спорног акта (члан 83); исто министрство може указати да појединачни правни акти није у складу са прописима и ако га локална скупштина не укине или поништи, то ће учинити министарство (члан 84).

право грађана којим се ограничава државна власт, што открива њену субјективну природу (људско право), да би потоњим одредбама њен положај био одређен објективно, не више као право грађана него нормирањем института и институција локалне самоуправе.

Организација локалне самоправе је једнообразна – из општине као уставом препознатог типа локалне самоуправе изведен је град као већа јединица локалне самоуправе и посебно град Београд. Међу тим тројством нема квалитативних разлика па говоримо о монотипској локалној самоуправи са једном, уз разлике у нијансама, врстом јединица локалне самоуправе. Унутар такве организације власти у јединици локалне самоуправе, истакнута је скупштина као представничко тело, у Уставу једино поменуто. Но, у односу на остале локалне органе, извршне и управне, скупштина није надређена на начин како је то карактеристично за скупштински систем. Отуда констатујемо да организација власти на локалном нивоу није уређена по скупштинском систему, већ му је донекле ближа него што је то случај са поделом власти на нивоу Републике. Јединица локалне самоуправе не ужива аутономију која би подразумевала право доношења законских акта. Уобичајено за локалне самоуправе, општина доноси подзаконске акте, које контролише Влада и, као крајњи ауторитет, Уставни суд.

Литература

- Richard Briffault, „Our localism: part I - The structure of local government law“, *Columbia Law Review*, Vol. 90, No. 1, 1990.
- Jelisaveta Vukelić, „Neposredno učešće građana u donošenju odluka na lokalnom nivou vlasti u Srbiji“, *Sociologija* 3/2009.
- Darko Golić, „Characteristics of Local and Provincial Election System in Serbia“, *Iustinianus Primus L. Rev.* 7/2016.
- Snežana S. Đorđević, „Decentralizacija i jačanje kapaciteta lokalnih vlasti u Srbiji“, *Anali Hrvatskog politološkog društva* 8/2011.
- Snežana S. Đorđevic, „European standards in local self-government - range of reforms in Serbia“, *Decentralisation within the context of the new Constitution of Serbia and EU integration*, Novi Sad 2008.
- Jelena Jerinić, Bogoljub Milosavljević, „Normativna ovlašćenja organa lokalne samouprave u Srbiji“ *Pravni zapisi* 2/2019.

- Мирјана Кнежевић, Зоран Симоновић, Слободан Анџић, „Јавна својина и локална самоуправа“, *Економика: часопис за економску теорију и праксу* 4/2011.
- Milivoje Lapčević, Milan Rapajić, „On local self-government and its constitutional position in Serbia, *LAW -theory and practice* 4/2023.
- Драган Марковић, „Локална самоуправа у европским интеграцијама“, *Политичка ревија* 1/2009.
- Горан Марковић, „Локална самоуправа у Уставу Републике Србије: проблеми и перспективе“, *Српска политичка мисао*, посебно издање, 2017.
- Dragiša Mijačić, „Decentralisation, Regionalism and Regional Development in Serbia“, *INTER*, issue 01/12, http://www.lokalnirazvoj.org/upload/Book/Document/2012_06/Inter_Newsletter_1_English.pdf
- Miloš Mojsilović, Bojan Klačar, „Decentralisation in Serbia: From Inefficient State to Strong Local Self-Government“, *Slovak-Serbian EU Enlargement Fund* (eds. Andrea Cox, Ed Holt), Belgrade 2011, https://www.researchgate.net/publication/266559044_Slovak-Serbian_EU_Enlargement_Fund_Collection_of_Selected_Policy_Papers
- Nevena Prolović, „Teorijsko određenje i terminološko razlikovanje pojmova javne uprave, državne uprave i lokalne samouprave“, *Међународна политика* 1148/2012.
- Милан Рапајић, „Европска повеља о локалној самоуправи и локална самоуправа у Србији“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Снежана Соковић), Крагујевац 2023.
- *Ставови Уставног суда – пречишћен текст* (ур. Светлана Стојковић), Београд 2009.
- Милош Станојчић, *Егзекутива у јединицама локалне самоуправе Републике Србије у светлу компаративних искустава*, докторска дисертација, Правни факултет БУ, 2023.
- Марко Станковић, *Локална самоуправа*, Београд 2018.
- Boban Ž. Stojanović, *Uticaj političkih partija na formiranje lokalnih izvršnih vlasti u Srbiji od 2008. do 2016. godine*, doktorska disertacija, Fakultet političkih nauka BU, 2022.
- Mirjam Strecker, *Accountability of Local Governments-Legal Challenges*, doctoral dissertation (verlag nicht ermittelbar), 2011, https://biblio.unibe.ch/download/eldiss/09strecker_m.pdf
- Милија Ж. Цвијовић, *Реформа јавне управе и локална самоуправа у Србији*, докторска дисертација, Факултет политичких наука БУ, 2014.

Prof. Slobodan P. Orlović, Ph.D[29]

CONSTITUTIONAL POSITION OF LOCAL SELF-GOVERNMENT - ORGANIZATION, BODIES, ACTS

***Abstract**: after introductory remarks about the concept of local self-government, the author presents some legal elements of the status of the local self-government unit in Serbia. It is a constitutional aspect, because local self-government – the Constitution also uses the term municipality – is a constitutional category. Such a category indicates the importance of the autonomy of local communities in the constitutional system of Serbia. Local self-government units, municipalities and cities, and especially the city of Belgrade, are organized uniformly, so we speak of monotypic local self-government. Among the local authorities, the position of the assembly is emphasized, but it cannot be concluded that there is a parliamentary system of government. Local self-government bodies can pass by-laws, that is not statutes (lex) of local importance, of which the local statute is the highest.*

***Keywords**: local self-government, municipality, organization of local government, local authorities, local acts, control of local government, Serbia.*

[29] Faculty of law Novi Sad, sorlovic@pf.uns.ac.rs ,ORCID iD: 0000-0002-9172-1254

УДК 342.25:35.07
doi 10.7251/PR6924053K
Кратко или претходно саопштење

ЛОКАЛНИ ОМБУДСМАН И ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ПРИПАДНИКА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА У ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ

Алекса Кузман[1]

***Сажетак**: На почетку рада аутор представља историјски осврт настанка институцује Омбудсмана - Заштитника грађана (Локалног омбудсмана), а касније анализира његову улогу и механизме (тела) помоћу којих доприноси остваривању права припадника националних мањина у локалној самоуправи. У сфери многобројних активности институција Омбудсмана-Локалног омбудсмана поред редовних надлежности које обухватају заштиту основних људских и грађанских права и слобода, важан аспект рада представља промоција и унапређење права различитих категорија становништва (деце, жена, старијих лица, социјално угрожених лица, особа са инвалидитетом, жртава насиља и др.), а посебно заштита и унапређење права припадника националних мањина. Осим пружања правне подршке у конкретним ситуацијама када долази до ускраћивања одређених права (нпр. права на службену употребу језика и писма, права на информисаност и др.) и остваривања сарадње са мањинским организацијама (нпр. Националним саветима за националне мањине, удружењима), улога Локалног омбудсмана служи да предупреди, превентира и промовише мултикултуралне вредности које доприносе већој и бољој интеракцији свих чланова у*

[1] Дипломирани правник, локални омбудсман општине Житиште, aleksa.kuzman@zitiste.rs

друштву (већинског и мањинског народа). Активност Локалног омбудсмана усмерена је ка промоцији и унапређењу права припадника националних мањина, институционалној контроли у случају кршења уставом и законом гарантованих права мањина, као и на унапређењу рада свих тела која у склопу својих надлежности штите права припадника националних мањина. Овде треба истаћи Савете за међунационалне односе као скупштинско радно тело које се оснива у свакој национално мешовитој локалној самоуправи (град, општина) где постоји законска обавеза. Зато ће се у раду посебан акценат ставити на рад овог тела, обзиром да кроз своје надложности ово тело штити права припадника свих националних мањина које живе на територији једне локалне самопураве, да предузима активности које промовишу и унапређују интеркултуралност и доприносе националној равноправност у заједници. Успостављање функционалног Савета за мултинационалне односе у координацији са Локалним омбудсманом представља гаранцију да се на локалном нивоу ефикасно и одговорно ради на очувању, унапређењу и остваривању права припадника свих националних мањина и заједница, као и да се у будућности може допринети бољем и толерантнијем друштву у целини.

***Кључне речи**: Локални омбудсман, заштита основних људских прва, права припадника националних мањина, Савет за међунационалне односе, толеранција и итеркултуралност.*

1. Локални омбудсман

Историјски осврт настанка институције Омбудсмана, увођење у правни систем институције Локалног омбудсмана.

Омбудсман је институција коју је прво увео парламент у Шведској 1809. године са задатком да контролише и надгледа како се извршавају и спроводе закони у циљу поштовања

права грађана. Реч „омбудсман“ у преводу са шведског значи повереник или пуномоћник, док према функцији коју обављав реч „омбудсман“ значи заштитник права грађана или грађански правобранилац. Данас је Омбудсман инокосан и самосталан државни орган који се стара о заштити и унапређењу људских слобода и права. Ова институција присутна је у скоро свим земљама света, а у Републици Србији уставна

је категорија и новијег датума обзиром да је од 2005. године уведена у правни систем Републике Србије на различитим нивоима (република, покрајина, локална самоуправа). Чињенице говоре да је први омбудсман у Републици Србији изабран у Општини Бачка Топола као „Грађански бранилац (Омбудсман)" још 2003 године[2], иако је на покрајинском нивоу постојала Одлука АП Војводине о успостављању ове институције[3], док је институција Омбудсмана-Заштитника грађана на републичком нивоу установљена нешто касније[4]. Додуше, пре свих њих био је уведен Међународни омбудсман на Косову и Метохији, на основу уредбе УМНИК-а из августа 2000. године (институција је званично почела са радом 2000. године) - та институција функционише изван правног поретка Републике Србије[5].

Општина Житиште по узору на друге општине и градове установила је 2015. године институцију Заштитника грађана (садашњег Локалног омбудсмана) на основу Одлуке о Заштитнику грађана[6] која је донета од стране Скупштине општине Житиште, а сходно овлашћењима датим Законом о локалној самоуправи, као и Статута општине Житиште[7]. Може се закључити да Закон о локалној самоуправи[8] у члану 97. став 1. само оставља могућност јединицама локалне самоуправе да формирају овај орган на бази добровољности без шире нормативне садржине у погледу питања рада и функционисања саме институције. Ближе надлежности и овлашћења уређују се посебним Одлукама о Локалном омбудсману у свакој локалној самоуправи где је он изабран. Иако је било предлога током 2018. и 2019. године на стручним састанцима које организује Удружење Омбудсмана Србије, а које помеже својим конструктивним предлозима Стална конференција градова и општина (СКГО) РС (достављен предлог Одлуке) а у техничком смислу Организација за европ-

---

[2] *Службени лист Општине Бачка Топола,* бр.1/2003 од 28.03.2003. године

[3] Одлука о успостављању институције Покрајинског омбудсмана донета децембра 2002. године

[4] Закон о заштитнику грађана РС, *Сл. лист РС,* бр. 79/05 од 16 септембра 2005. године

[5] Зборник радова „Локлни омбудсмани у Србији као украс система или израз стварне потребе" проф. др Б. Милосављевић

[6] Одлука о Заштитнику грађна општине Житиште, *Сл. лист Општине Житиште*, 16/2015 од 15.06.2015. године

[7] Статут општине Житиште, *Сл. лист Општине Житиште*, бр. 16/2008 и 20/2013 од 14.09.2013. године

[8] Закон о локалној самоуправи, *Сл. гласник РС*, бр.129/2007, 83/2014-др. закон, 101/2016-др. закон, 47/2018 и 111/2021-др. закони

ску безбедност и сарадњу – Мисија ОЕБС-а у РС (обезбеђује одржавање стручних састанака, обука и конференција), као и предлога да се направи и унифицира једна јединствена Одлука о Локалном омбудсману коју би касније усвојиле све локалне самопурпаве и која би била правни основ за једнаку правну праксу и поступање у свим општинама и градовим где је формиран Локални омбудсман, али и тамо где тек треба да се формира ова институција, до потпуног уједначавања праксе у раду ипак није дошло..

Ако се погледа структура и садржај самих Одлука о избору Локалних омбудсмана може се констатовати да је нормативни оквир у знатној мери уједначен, да су процедуре и поступци исти или слични, као и да надлежност подразумева заштиту људских права и слобода грађана и грађанки, заштиту права пред органима управе и јавних служби чији је оснивач град или општина, контролу законитости рада управе, јавних служби и организација, као и заштиту основних људских права. Осим заштитне, контролне и корективне улоге коју институција Локалног Омбудсмана врши, једнако битан задатак за правилно, целисходно, стручно и ефикасно обављање дужности представља предузимање активности које промовишу и унапређују права свих категорија становништва (младих, старих лица, деце), рањивих и осетљивих група (социјално угрожени, жртве насиља, права особа са инвалидитетом), као и права припадника националних мањина. Обављање активности које промовишу људска права је један од најзначајнијих сегмената надлежности које би требало да обављају и врше сви Локални омбудсмани у својим самоуправама, али често у праки то није случај. Што се тиче ближе анализе у погледу услова за избор Локалног омбудсмана, послова које он обавља - надлежности, начина рада и праксе у раду, постоје одређене специфичности и разлике које нису суштинског карактера али осликавају неуједначеност правне праксе.

Примера ради: код већине локалних самоуправа које имају изабраног Локалног омбудсмана приликом избора од стране скупштине општине или града предлог за избор одређеног кандидата за Локалног омбудсмана дају одборници скупштине (Житиште, Зрењанин, Кикинда, Панчево, Крагујевац и др.), док предлог за избор Локалног омбудсмана у Суботици даје градоначелник (члан 8. Одлуке о Локалном омбудсману града Суботице)[9].

[9] Одлука о Локалном омбудсману града Суботице, *Сл. лист града Суботице*, бр. 7/2014 и 35 /2019,

Ово је само један пример различите правне праксе које локалне самоуправе у својим Одлукама о избору локалних омбудсмана практикују а које потврђују да у ситуацији када нема посебног Закона којим би се регулисао њихов положај једино решење представља унификација Одлука о избору и уједначавање праксе у раду. У Србији данас у локалним самоуправама (град, општина) активне су 24 канцеларије Локалних омбудсмана. Овај број формираних канцеларија стално варира и креће се од 23 до 27, обзиром да се често дешава да у неким локалним самоуправама након истека мандата Локалног омбудсмана настане правни вакум и једноставно не дође до именовања новог лица (Шабац, Нови Бечеј, Вождовац и др.), као и да се појављују стално нове локалне самоупрваве које први пут формирају институцију Локалног омбудсмана (Лесковац, општина Чајетина, Горњи Милановац, Прибој, Смедеревска паланка и др.). У локалним срединама где не постоји правни континуитет у заштити права грађана јер Локални омбудсман није поново изабран, један од изговора представника локалних самоуправа је да се једноставно не може наћи адекватан кандидат (стручан кадар) који би могао да обавља тај посао и да се због тога чека поновно именовање. Без обзира колико има активних канцеларија у Републици Србији, чињеница је да је укупна покривеност грађана у смислу да могу да се обрате свом Локалном омбудсману у општини или граду за било какаву правну ствар или правну подршку око 70% становништва у држави, што јасно и недвосмислено дискриминише осталих 30% становништва који ту могућност немају и често морају да прелазе озбиљан пут да би се обратили неком и да би их неко саслушао, помогао и заштитио у правном смислу (Републички Заштитник грађана, Покрајински омбудсман) што некада представља додатно отежавајућу околност. Када се говори о надлежностима, улога Локалног омбудсмана у свакој локалној заједници је да штити индивидуална права грађана, предузима перманентне активности у циљу заштите појединачних и колективних права грађана, да доприноси успостављању веће правне сигурности, да у мултикултуралним срединама развија интеркултуралност и доприноси остваривању права припадника националних мањина.

Општина Житиште као мултиетничка и вишенационална средина установила је институцију Локалног омбудсмана не само због веће правне сигурности грађана већ и због свог мултиетничког карактера, обзиром да на њеној територији живе поред већинског народа и Мађари, Румуни, Роми, као и да постоје места која су насељена од стране

колонизованог становништва из Босне и Херцеговине после Првог и Другог светског рата (нпр. насеље Банатско Карађорђево, Равни Тополовац, Међа). Становници тих села донели су своје традиционалне обичаје и културу, што општини која је по својој поироди већ мултикултуралног карактера даје посебно богатство. Због свега тога, институцију Локалног омбудсмана пожељно је и треба формирати у свакој локалној самоуправи, а посебно у мултинационалним срединама јер осим предности за саме грађане у погледу веће правне заштите и сигурности, унапређују се права припадника националних мањина, развија се дух суживота, толеранције и поштовања различитости у друштву.

2. Права припадника националних мањина и рад савета за међунационалне односе

Права припадника националних мањина и степен њиховог поштовања представља значајан сегмент у остваривању људских права и успостављању правне државе, владавине права и демократског друштва. Устав Републике Србије у члану 14. штити права припадника националних мањина, а држава јемчи посебну заштиту националним мањинама ради остваривања потпуне равноправности и очувања њиховог идентитета[10]**.** Поред Устава, потврђених међународних уговора и конвенција, права националних мањина гарантована су Законом о заштити права и слобода националних мањина којим се спречава сваки вид дискриминације у остваривању индивидуалних права и слобода националних мањина[11], као и Законом о националним саветима националних мањина којим се овим телима поверавају одређена јавна овлашћења да учествују у одлучивању и самостално уређују питања из области културе, образовања, информисања и службене употребе језика и писма у циљу остваривања колективних права припадника националних мањина[12]. Национали савети националних мањина годинама уназад (уведене у правни систем РС 2002. године) прате, афирмишу

[10] Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС,* бр. 98/2006 и 115/2021

[11] Закон о заштити права и слобода националних мањина, *Сл. лист СРЈ*, бр. 11/2002, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003-Уставна повеља и *Сл. гласник РС* бр.72/2009- други закони, 97/2013 -одлука УС и 47/2018.

[12] Закон о националним саветима националних мањина, *Сл. гласник РС*, бр.72/2009, 20/2014 - Одлука УС

и унапређују права припадника своје националне мањине коју репрезентују. Чињеница је да данас постоје 24 Национална савета националних мањина[13], да припадници националних мањина сами бирају своје представнике на периодичним изборима за националне савете, као и да се помоћу овог тела остварују права припадника националних мањина у сфери културе, обичаја, службене употребе језика и писма, информисања, очувања идентитета и националне посебности. Ако се погледа нормативни део, постојање тела која делују у правцу афирмације права припадника националнх мањина, чињеница је да је степен остваривања права припадника националних мањина на нивоу Републике Србије у сталној експанзији. Ипак, чињеница је и да постоје и одрђене изоловане појединачне ситуације када се нека гарантована права ускраћују (нпр. у општини Бољевац где иако има 25% припадника Влашке мањине постоји проблем у остваривању права на службеној употреби језика и писма пред органима општинске управе), да постоји потреба за већим степеном остваривања права на информисаност (штампани и писани медији, интернет портали). Посебно је овај проблем изражен у мањим локалним срединама и општинама (Житиште, Ковачица, Нова Црња и др.) где припадници националних мањина немају ни једно средство информисања на свом језику, нема двојезичних објава вести па су принуђени да превођењем са регистрованог инетрнет портала једни друге обавештавају обзиром да немају ни сви доступност интернету. Ове потешкоће у оставривању неких права имају мали утицај на чињеницу да у мултинационалним срединама (посебно у АП Војводини) постоји традиционално висок степен остваривања мултинационалности, толеранције, различитости и поштовања припадника различитих националних мањина, а може се константовати и да су примери изолованих међунационалних инцидената веома ретки и да их нема. Ипак, законодавац у Републици Србији предвидео је и постојање специјализованог тела за права свих припадника националних мањина која живе на територији једне локалне самоуправе (град, општина) – Савета за међунационалне односе. Улога овог тела је да превентивно делује и развија мултикултуралне вредности, као и да штити права свих припадника националних мањина на нивоу локалне самоуправе.

[13] Министарство за људска и мањинаска права -сајт, Регистар Националних савета за националне мањине

- *Савет за међунационалне односе – његово оснивање, надлежности, тренутно стање, препреке у раду –*

Чињеница да је институцији Омбудсмана (на свим нивоима) поверено да се у склопу својих надлежности бави и заштитом, чувањем и унапређивањем права припадника националних мањина није утицала на законодавца да предвиди тело које би се примарно бавило питањима права свих националних мањина који живе на територији једне локалне самоуправе. Савет за међунационалне односе се оснива у свим национално мешовитим локалним самоуправама под законом предвиђеним условима. Ово независно и самостално радно тело чине представници српског народа и националних мањина који живе на територији једне локалне самоуправе сразмерно процентуалном уделу у укуном броју становништва. Постојање Савета за међунационалне односе предвиђено је Законом о локалној самоуправи у члану 98. где се наводи обавезност његовог оснивања у мултинационалним локалним самоуправама, као самостално радно тело које чине представници српског народа и националних мањина[14]. Под национално мешовитим самоуправама, у смислу овог закона, сматрају се локалне самоуправе где припадници једне националне мањине чине више од 5% од укупног броја становника, а представнике у Савету могу имати и припадници националних мањина са више од 1% учешћа у укупном становништву једне локалне самоуправе.

Формирање првих Савета за међунационалне односе отпочело је још у другој половини 2004. године и може се констатовати да је до данас највећи број од укупно 68 мултиетничких локалних самоуправа у Републици Србији (41 у Војводини и 27 централној Србији) формирао ово тело[15], али и да један минималан број локалних самоуправа то још није урадио (нпр. општина Неготин). Приликом формирања Савета за међунационалне односе, на самом почетку доста је било недоумица око тога ко предлаже чланове овог тела, да ли представнике мањинског народа предлажу организације са територије локалне самоуправе или Национални савети националних мањина или нека друга организација (нпр. месна заједница што је у пракси једном био случај). Овај проблем

[14] Закон о локалној самоуправи, *Сл. гласник РС*, бр.129/2007, 83/2014-др.закон, 101/2016-др. закон, 47/2018 и 111/2021 -др. закони

[15] Савет за међунационалне односе-модел изора чланова, Центар за развој цивилног друштва Зрењанин

у почетку је доносио забуне у појединим локалним самоуправама, али се усталила пракса да је предлагач за мањинске народе њихов матични Национални савет за националне мањине, а да представнике српског народа предлаже скупштинска Комисија за нормативна и административно мандатна питања. Посебан проблем представљала је ситуација да долази до мешања и замене Савета за међунационалне односе и Националних савета националних мањина и њихових надлежности. Дешавало се да чак и поједини чланови Савета не праве разлику између ова два потпуно одвојена тела која се баве питањима права припадника националних мањина. Разлика је јасна и подразумева: Савети за међунационалне односе се баве питањима међунационалних односа на територији једне локалне самоупрве и правима примадника свих националних мањина на територији једне локалне самоуправе, док се Национални савети националних мањина искључиво баве питањима остваривања права једне националне мањине, без икаквих осврта на стање и права припадника других националних мањина. Национални савети нациналних мањина штите и унапређују права своје националне мањине на целој територији Републике Србије, а не само на територији локалне самоуправе као што је то случај са Саветима за међунационалне односе.

Што се тиче броја чланова Савета за међунационалне односе, он се разликује од општине до општине и варира од пет до једанаест (Зрењанин, Беочин по пет, Нова Црња седам , Житиште девет, Ковин једанаест). Број представника једне заједнице у Савету варира од једног до пет. У Зрењанину су по један представник српске, ромске, мађарске, румунске и словачке заједнице. У Житишту по три представника српске и мађарске заједнице, два румунске и један ромске. Овде је битно истаћи да не сме да се дозволи да један представник једне националне заједнице има већину у Савету (што се дешавало) и да се све одлуке по правилу доносе консезусом присутних чланова на седници. У почетку се тражило присуство свих чланова Савета и консензус при гласању да би се доносиле Одлуке, што је представљало проблем јер у оним Саветима са више чланова - седам, девет или једанаест морају сви да дођу на седницу да би се донела Одлука, а дешавало се често да један недостаје. Због тога је ово правило ревидирано и сада Савети доносе одлуке консезусом присутних чланова на седници што свакако олакшава рад. Осим начина делегирања чланова Савета, препрека у отпочињању рада овог тела представља и недовољно дефинисање надлежности и послова које чланови Савета тачно треба да раде, што је услед недостатка праксе у раду довело до

споријег формирања овог радног тела али и слабије функционалности у раду тамо где су формирани. Дешавало се да се грађани обрате Савету у случају питања и проблема који имају међунационални значај и конотацију, а да после тога уследе многобројна обраћања и захтеви грађана који немају никакве везе са радом Савета и подразумевају проблеме социјалног, економског, радног, имовинскопрвавног и неког другог карактера за шта није надлежно ово тело. Надлежности Савета су децидно неведене у Закону о локалној самоуправи, и у целости гласе:

1.Савет разматра питања остваривања, заштите и унапређења нациналне равноправности, у складу са законом и статутом.

2.Савет о својим ставовима и предлозима обавештава скупштину општине која је дужна да се о њима изјасни на првој наредној седници, а најкасније у року од 30 дана.

3.Скупштина општине је дужна да предлог свих одлука које се тичу права националних етничких заједница претходно достави на мишљење савету за међунационалне односе.

Осим ових надлежности, Савет има право да се обрати Уставном суду и покрене поступак за оцену уставности и законитости одлуке или другог општег акта скупштине општине ако сматра да су њима непосредно повређена права националних и етничких заједница, као и да се обрати Управном суду. Све набројане надлежности, укључујући делокруг, састав и начин рада Савета уређује се Одлуком скупштине општине или града, у складу са њиховим статутом. И поред јасно дефинисаних надлежности у закону, у пракси постоје одређени проблеми у раду Савета што се може правдати мноштвом разлога који су по природи везани за многе факторе. Један од узрочника је свакако слабија компетенција изабраних чланова Савета који нису довољно упознати са надлежностима овог тела и праксом у раду обзиром да ово радно тело функционише мање од две деценије и да још није довољно препознатљиво на нивоу локалне самоуправе. Такође, у Саветима (општина Житиште, Бачка Топола, Темерин) дешавало се да припадник једне мањинске заједнице (нпр. ромске) не долази на састанке Савета и да неће да учествује у раду Савета без икаквог разлога и објашњења. Чак су поједини Национални савети националних мањина који су и делегирали своје представнике, по приговору који им је послат да њихов члан није заинтересован за рад у Савету и да треба да пошаљу неког другог одговарали да немају кога да пошаљу и да они ту не могу ништа. Друго, у пракси неких Савета дешавало се да код појединих чланова недостаје основна мотивације за

рад јер седнице Савета, као и путни трошкови за долазак чланова на њу, нису плаћени. Одређени допринос у превазилажењу проблема око едукације чланова Савета и спровођења надлежности и активности дали су институција Заштитник грађана Републике Србије, Канцеларија за људска и мањинска права и надлежно Министарство за локлану самоуправу тако што су у појединим локалним самоуправама организовали обуке за чланове Савета и на тај начин допринеле да у општинама и градовима Савети почну ефикасније да раде. Један од позитивних примера је и општина Житиште коју су у току 2015. и 2016. године посетили представници ових институција, извршили обуку и пренели одређена знања, искуства и смернице које су након имплементације дале резултате и допринос у даљем раду Савета у Житишту. Народски речено, тамо где се радило ту резултата има. За рад Севета веома су значајне обуке, састанци, семинари и конференције које се организују, где се размењују искуства и врши преко потребна едукација за успешан рад Савета. Конференција Савета за међунационалне односе у Бачкој Тополи 2019. године коју је организовало Удружење Омбудсмана Србије и на којој је презентован рад и искустава у раду више Савета из АП Војводине потврдила је да одређени Савети где је спроведена едукација и обука чланова имају значајне резултате у раду, а Савет из општине Житиште представља потврду тога.

Савети за међунационалне односе нису тела која су законом предвиђена да се састају само када им се повери надлежност по питању именовања тргова, улица и засеока, што се у пракси често дешава. Савете је законодавац предвидео као активне чиниоце локалне заједнице који својим активностима превентирају и побољшавају мултинациналне вредности и доприносе већем степену остваривања права свих националних мањина. Зато је њихова улога у систему остваривања права припадника националних мањина од суштинског значаја.

- Однос Локалног омбудсмана и Савета за међунационалне односе

Једна од надлежности Локалног омбудсмана је да се на територији локалне самоуправе у којој је изабран стара о заштити права припадника националних мањина, да анализира постојеће стање, доприноси и унапређује област људских права везаних за права припадника националних мањина, да кроз своје активности стално развија интеркултуралност и толеранцију. Ове надлежности које су иманентне институцији Омбуд-

смана биле су искључиво право које је само ова институција имала све до тренутка када се у правни систем наше земље (почев од 2004-2005. године) увело ново скупштинско радно тело – Савети за међунационалне односе. Овим телима примарни задатак је спречавање и решавање међунационалних конфиликата у локалној самоуправи, као и очување, унапређење и развијање националне равноправности у једној локалној заједници. Иако би се на први поглед рекло да се ове надлежности Локалног омудсмана и Савета преклапају и да заправо они деле једнан те исти терен и област деловања, на основу вишегодишњег рада и искуства (потврда општине Житиште) може се констатовати да управо заједничко поље деловања представља предност, као и да се кроз заједничке активности и добру координацију остварују конкретни резултати. Сваки Локални омбудсман у локалној самоуправи где је формиран Савет за међунационалне односе морао би редовно да присуствује састанцима чланова Савета у проширеном саставу (без права гласа), уз право да се обрати и изнесе своје стручно мишљење, да одређени предлог и сугестију, као и предложи спровођење активности од посебног међунационалног значаја. Локални омбудсман и секретар скупштине могу и треба да у организационо-функционалном смислу помогну рад самог Савета, надзиру његов рад и конструктивним сугестијама помажу када се разматрају нормативна акта и питања од значаја за припаднике националних мањина (право на употребу језика и писма, информисање, култура и образовање)

- Улога Локалног Омбудсмана и позитиван пример општине Житипште

Иако је интенција законодавца била да се увођењем Савета за међунационалне односе додатно превентира стање у погледу очувања, неговања и унапређења међунационалних односа свих грађана, може се констатовати, а на основу вишегодишње стручне анализе стања од стране Локалних омбудсмана општине Бачка Топола – Миладин Нешић и општине Житиште - Кузман Алексе (специјализовани овлашћени консултант Мисије ОЕБС-а у Србији за права националних мањина), да постоје одређене препреке у раду ових тела, да су неки Савети само формирани и само формално постоје (налазе се у пасивном статусу) и да немају састанке и активности (Вршац, Суботица, Нова Црња, Дољевац, Прибој), као и да у организационо - функционалном смислу постоје

проблеми у раду овог тела. Као Локални омбудсман општине Житиште још 2015. године када су организоване обуке за чланове Савета (Републички Зештитик грађана, Канцеларија за људска права) није могло остати незапажено да се надлежности које треба да обавља ово тело уопште не спроводе у пуном обиму и да је потребна правна подршка од стране Локалног омбудсмана и конкретне смернице како би се рад овог тела учинио ефикасним. Наиме, састанци чланова Савета били су једном или два пута годишње, без посебног дневног реда и без предузимања било каквих активности. Ово стање се након спроведене обуке у неком смислу поправило и Савет је почео редовније да се састаје и да анализира све одлуке које треба да донесе скупштина општине Житиште а тичу се права припадника националних заједница са територије општине Житиште. Почеле су да се анализирају и притужбе грађана које су имале елементе међунациналних односа, а по упућивању грађана од стране Локалног омбудсмана на решавање Савету за међунационалне односе као телу чија је то примарна надлежност. Захваљујући томе, Савет у општини Житиште је поред анализе појединих аката имао потребе за састајањем и када су у питању конкретна обраћања грађана или групе грађана по питањима из своје надлежности. Сва та појединачна обраћања Савет је успешно решавао и спречавао даље евентуалне проблеме по питању мултинационалности.

На округлом столу који је 2017. године организован од стране Покрајинског секретаријата за образовање, прописе и управу у Новом Бечеју учествовали су преставници Савета из целе АП Војводине и Локални омбудсмани из околних општина, и том приликом анализирано је стање по питању рада и деловања ових тела. Искуства са овог округлог стола говоре да само неке од општина (Темерин, Оџаци, Житиште) и поједини градови (Зрењанин, Кикинда, Панчево) имали одређене активности у раду Савета. Због чињенице да су поједини Савети пасивни и да не врше своје надлежности у потребном капацитету, Удружење Локалних омбудсмана Србије је уз подршку Покрајинског секретаријата за образовање, прописе и управу организовало 2019. гоодине конференцију Савета у Бачкој Тополи. На конференцији су представљени Савети и њихова искуства у раду, размењена пракса и позитивни примери, дале препоруке и смернице за даљи рад. Ова конференција била је на неки начин сублимација целокупног стања по питању рада Савета и остваривања њихове функције, као и детектовање проблема у раду који постоје и које треба решавати. Препреке у раду већине Савета су да

немају довољно компетентних чланова у раду Савета и да је потребна едукација у погледу надлежности и делокруга рада чланова Савета, као и да се не предузимају активности које имају унапређујући карактер већ да се искључиво Савет састаје у случају појаве неког изолованог међунационалног конфликта или појединачног обраћања грађана. Осим тога, Савети нису довољно или уопште препознатљиви у својој локалној самоуправи, Савети се консултују само у случају када се анализирају и мењају називи улица, тргова и засеока, те да друге активности, укључујући и анализе других одлука које треба редовно да врше готово нико не спроводи. Посебан проблем је чињеница да код орођених Савета чланови немају надокнаду путног трошка за долазак и одлазак са седнице, што додатно утиче на њихову мотивисаност. Велики број Савета немају сопствена средства и буџет, те је спровођење било какве активности због те чињенице посебно отежано. Све ове препреке у раду, које су евидентне код већине Савета, нису обухватиле само једну локалну самоуправу – општину Житиште. Савет за међунационалне односе општине Житиште је већ неколико година уназад пример добре праксе и своја искуства у раду већ неколико година преноси и дели другима.

Савет у општини Житиште одржава редовне седнице (годишње од 7 до 11 пута), обавља законом предвиђене надлежности (анализира и даје мишљење на све Одлуке пред седницу скупштине оптине, анализира Извештаје о раду предузећа, установа и организција, анализира стратешка документа попут Акционог плана за Роме, даје мишљење на Планове и Програме рада установа и организација у општини, разматра предлог Одлуке о буџету и др.), Савет има правилник о раду, има буџетска средства за остваривање својих активности (од 2018. године у висини од 500.000, 00 хиљада динара, седнице Савета и путни трошкови су плаћени члановима). На локалном нивоу Савет је препознатљив и видљив, подноси редовне годишње Извештаје о раду скупштини општине, подноси друге Извештаје (квартални Влади Републике Србије) и одговара на упитнике по позиву других држаних органа (Повереник за заштиту равноправности) и организација (Мисија ОЕБС-а, Савет Европе и др.), по потреби спроводи и анкете, редовно се оглашава у локалној самоуправи по питањима од значаја за међунационалне односе (нпр. позива грађане на изборе за Националне савете).

Посебно треба поменути активности Савета којима се непосредно развија и промовише интеркултуралност (нпр. помаже ауторе да издају тројезична књижевна дела, уметнике различитих националних припад-

ности). У току 2019. године Савет је у сарадњи са Локалним омбудсманом организовао вече мултикултуралности у општини Житиште где је поред промоције и издавања тројезичне књиге „Историјске миграције у општини Житиште“[16], била организована и предства“ Позориште долази“. Књига и представа имали су мултикултурални значај и карактер, а Савет је показао да са оваквим активностима негује и унапређује међунационалне односе не само у општини Житиште, већ и шире јер је представа „Позориште долази“ са глумцима различите националне припадности била општеприхваћена где год се приказивала.

Треба рећи да Савет прикупља и податке о заступљености припадника националних мањина у јавним предузећима и организацијама, општинској управи а у вези са доступности права на употребу језика и писма, као и податке о обавештајним таблама (које су постављене на улазу у насељена места 2021 године). У општини Житиште није било никаквих инцидената у погледу постављања двојезичних табли, док је у Зрењанину на самом улазу неколико пута вишејезична табла уништавана, а у насељеном месту Клек поред Зрењанина вандали су уништили и таблу са латиничним називом. Ово наводимо као пример да чак и тамо где постоје добри међунационални односи ипак има мањих и изолованих проблема који се институцијално морају решавати, а Савет је тело које управо на том микро - локланом праву треба да делује.

У току 2019. године представници Савета из општине Житиште учестовали су на обележавању дана језика и промоцији употребе мањинских језика у организацији Покрајинског секретаријата за прописе, управу и националне мањине-националне заједнице. Чланови Савета користе могућности усавршавања и присуствовали су састанцима и конференцијама које су организовани из овласти службене употребе језика (2021. године Нови Сад). У сарадњи са организацијом Yukom бесплатно су прибављене вишејезичне брошуре у вези самозаступања пред судовима и органима управа. Савет је остварио значајну сарадњу и са Центром за развој цивилног друштва Зрењанин, а резултат сарадње је била едукација која је спроведена у Ечкој са члановима Савета пет општина (Зрењанин, Житиште, Темерин, Шид и Бачки Петровац). Посебна сарадња остварена је са Мисијом ОЕБС-а која је у новембру месецу 2021. године организовала састанак са члановима Савета уз техничку и

[16] „Историјске миграције у општини Житиште“ , проф. др Милан Мићич, Ференц Немет.

стручну подршку представника Удружења омбудсмана Србије. На овом састанку обрађене су теме нормативни оквир за рад Савета за међунационалне односе, важност интегрисања младих и њихово укључивање у рад, административне процедуре, интеркултурализам у контексту улоге Савета као превентивни механизам за неговање добрих односа на локалном нивоу. Представници Мисије ОЕБС-а, заједно са Локалним омбудсманима, извели су општи закључак да је општина Житиште пример добре праксе за целу територију Републике Србије, те да би било пожељно да своја искуства пренесе на рад осталих Савета. У току 2022. и 2023. године чланови Савета учествовали су заједно са Локалним омудсманом на обукама у Нишу и Шапцу – које је организовала Мисија ОЕБС-а у сарадњи са Удружењем омбудсмана Србије где је Савет из општине Житиште презентован као пример рада и добре праксе за општине на југу Србије, као и саветима из Мачванског округа. На овим састанцима чланови Савета из Житишта имали су прилику да својим колегама из других савета пренесу знања и искуства у раду, те помогну да се њихов рад у функционалном смислу побољша.

Рад Савета у општини Житиште препознат је од стране других организација и оцењен је као добар пример праксе и од Мисије ОЕБС-а и од представника Савета Европе и Удружења омбудсмана Србије, са очекивањем да ће и у будућности служити у ту сврху. За позитивне резултате у раду Савета у општини Житиште најзаслужније је поштовање и доследна примена Закона о локалној самоуправи, поштовање и имплементација свих смерница које је Савет добио од Канцеларије за људска и мањинска права, примена препорука Омбудсмана са свих нивоа у вези остваривања права припадника националних мањина (културних и социјалних, права на службену употребу језика и др).

На основу искустава у раду Савета за међунационалне односе на нивоу Републике Србије, примећених и детектованих потешкоћа у раду, конференција (Бачка Топола, Нови Бечеј) и скупова (Зрењанин) где су Савети презентовали свој рад, искустава Локалног омбудсмана општине Житиште приликом обиласка бројних градова и општина где су форимрани Савети за међунационалне односе (Суботица, Сомбор, Панчево, Ниш, Нови Сад, Темерин, Прибој, Сјеница, Дољевац, Бољевац), као и тамо где ово тело још није формирано (Неготин), позитивних искустава у раду општине Житиште, као и укупне анализе стања, могу се извести одређене Препоруке које представљају смернице у погледу успостављања функционалног рада ових тела, а у циљу што већег сте-

пена остваривања права свих припадника националних мањина у једној заједници.

Препоруке у раду су следеће:

1. У једницама локалне самоуправе мора се посветити ваћа пажња код оснивања и рада Савета за међунационалне односе, уз активно укључивање функционера и секретара скупштине општине.

2. Приликом избора чланова Савета мора се водити рачуна о томе да изабрани чланови буду лица која имају потребне услове за успешан рад и која ће бити посвећена успешном реализовању постављених задатака. Код делегирања представника појединих националних заједница та лица треба да буду прави представници својих заједница, који су цењени у својој средини и које њихова заједница препознаје.

3. Савети за међунационалне односе треба да у свом раду показују иницијативу и да делују превентивно да не би дошло до повреде права грађана по националној основи, а поготово да не долази до конфликта и инцидената по националној основи.

4. Савети треба да предузимају поједине активности које су усмерене на развијање, очување и неговање мултинационалне толеранције, а посебно које су усмерене на организацију акција и манифестација које доприносе овим циљевима.

5. Савети за међунационалне односе треба да разматрају и дају мишљење на сва питања о којима се одлучује у локалној заједници и која могу имати утицај на остваривање права по националној основи, а то су не само називи улица, тргова и засеока, већ и све оне Одлуке, стратешка документа и општи акти које усваја скупштина општине а имају националну конотацију.

6. Савети треба да остваре већи степен препознатљивости међу грађанима који треба да буду упознати са надлежностима овог тела и његовим радом.

7. Савети треба да у свом раду остваре сарадњу са другим субјектима у локалној заједници, са удружењима и организацијама у циљу спровођења активности којима се негује дух међунационалне толеранције.

8. Савети треба да учествују у активностима на изради стратешких докумената у локалној самопурави (нпр. Акциони план за Роме), на изради стратегије запошљавања у јединици локалне самоуправе, да предлажу као посебан део стратегије пропорционалне заступљености приликом запошљавања, посебно у јавном сектору, да прате реализацију тих и других стратегија и извештавају јавност о томе.

9. Савети треба да развијају и остваре сарадњу са школама и образовним институцијама, да предложе одвијање двојезичне наставе тамо где има простора зза таквом организацијом наставе, да прате развијање интеркултуралних компентенција васпитног особља како би се обезбедило поштовање различитости код деце од најранијег доба.

10. Савети треба да раде на усавршавању компентенција својих чланова, да присуствују стручним семинарима, састанцима, конференцијама, да се повезују и размењују искуства у раду са другим Саветима.

Закључак

Локалани Омбудсман дужан је да стално прати стање по питању остваривања права свих припадника националних мањина у локалној самоуправи у којој је формиран, да решава по конкретним притужбама, помаже, унапређује и промовише права припадника различитих националних заједница, да промовише интеркултурализам и његове вредности које попут моста спајају људе и граде суживот у заједници. Законодавни оквир који је израђен на нивоу Републике Србије је одлична подлога да се сваком појединцу и свакој националној мањини омогући остваривање и уживање гарантованих права, међутим, до потпуног степена остварености некада је потребно ангажовање свих тела и механизама које је законодавац предвидео. Допринос свакако на нивоу целе државе дају Национални савети националних мањина али искључиво за своју мањину коју репрезентују, за шири терен оставривања права свих националних мањина битна је улога Савета за међунационале односе коју у национално мешовитим градовима и општинама треба да вршењем својих ингеренција чувају добре међунационалне односе, превентивно делују и доприносе остваривању права свих припадника националних мањина који живе на подручју те локалне самоуправе. Зато је ојачавање и ефикасно функционална Савета за међунационалне односе важно и представља предуслов и гаранцију да ће се сви евентуални проблеми решавати заправо на свом почетку у локалној средини у којој су и настали (народски речено у својој клици), као и да ће се задржати традиционално добри међунационални и међуљудски односи. Локални омбудсман општине Житиште наставиће да прати рад ових тела, да пружа све потребане инструкције и смернице у правцу укупног побољшања стања, како би се остваривање предвиђених надлежности и могућност

коришћења свих институционалних тела у свакој локалној самоуправи у потпуности искористило, а тиме и остваривање права свих припадника националних мањина и свих грађана у јединици локалне самоупрваве додатно унапредило.

Литература и коришћени извори

- *Савет за међунационалне односе-модел изора чланова, Центар за развој цивилног друштва Зрењанин,*
- *Локални омбудсмани у градовима и општинама Србије, Београд 2022, ПФУУБ и СКГО*
- *Службени лист Општине Бачка Топола, бр. 1/2003 од 28.03.2003. године*
- *Одлука о успостављању институције Покрајинског омбудсмана донета децембра 2002. годин*
- *Закон о заштитнику грађана РС „Сл.Лист РС“ бр. 79/05 од 16 септембра 2005. године*
- *Зборник радова „Локлни омбудсмани у Србији као украс система или израз стварне потребе“, проф. др Б. Милосављевић*
- *Одлука о Заштитнику грађна општине Житиште „Сл. лист Општине Житиште“ 16/2015 од 15.06.2015. године*
- *Статут општине Житиште „Сл. лист Општине Житиште“ бр. 16/2008 и 20/2013 од 14.09.2013. године*
- *Закон о локалној самоуправи „Сл. гласник РС“, бр.129/2007, 83/2014-др.закон, 101/2016-др. закон, 47/2018 и 111/2021 -др. закони*
- *Устав Републике Србије „Сл. гласник РС“ бр. 98/2006 и 115/2021*
- *Закон о заштити права и слобода националних мањина „Сл лист СРЈ“бр.11/2002, „Сл лист СЦГ“1 / 2003-Уставна повеља и „Сл гласник РС бр.72/2009- други закони, 97/2013 -одлука УС и 47/2018.*
- *Министарство за људска и мањинаска права-сајт, Регистар Националних савета за националне мањине,*
- *„Историјске миграције у општини Житиште“, проф.др Милан Мићич, Ференц Немет*

Aleksa Kuzman[17]

LOCAL OMBUDSMAN AND LEAVING THE RIGHTS OF MEMBERS OF NATIONAL MINORITIES IN LOCAL SELF-GOVERNMENT

Abstract: *At the beginning of the document, the author presents a historical review of the origins of the institution of the Ombudsman - Protector of Citizens (Local Ombudsman) and later analyzes his role and mechanisms (bodies) by which he contributes to the realization of the rights of national minorities in local self-government. In the sphere of numerous activities of the Ombudsman-Local Ombudsman institutions, in addition to regular competences that include the protection of basic human and civil rights and freedoms, an important aspect of the work is the promotion and improvement of the rights of different categories of the population (children, women, the elderly, socially vulnerable persons, persons with disabilities, victims of violence, etc.), and especially the protection and improvement of the rights of members of national minorities. In addition to providing legal support in concrete situations when certain rights are denied (e.g. the right to official use of languages and letters, the right to information, etc.) and cooperation with minority organizations (e.g. National Councils for National Minorities, associations), the role The Local Ombudsman serves to warn, prevent and promote multicultural values that contribute to greater and better interaction of all members of society (majority and minority). The activity of the Local Ombudsman is directed towards the promotion and improvement of the rights of members of national minorities, institutional control in case of violations of the rights of minorities guaranteed by the constitution and law, as well as the improvement of the work of all bodies that protect the rights of members of national minorities within their competences. Here we should highlight the Councils for Inter-National Relations as parliamentary working bodies that are established in every ethnically mixed local self-government (city, municipality) where there is a legal obligation. That is why the document will place a special emphasis on the work of this body, considering that through*

[17] Law graduate, The local ombudsman of the Municipality of Žitište

its responsibilities this body protects the rights of members of all national minorities living on the territory of a local self-government, to undertake activities that promote and improve interculturality and contribute to national equality in the community. The establishment of a functional Council for Multinational Relations in coordination with the institution of the Local Ombudsman is a guarantee that effective and responsible work is done at the local level to preserve, improve and realize the rights of members of all national minorities and communities, as well as to contribute to a better and more tolerant society in the future.

Key words: *Local ombudsman, protection of basic human rights, rights of national minorities, Council for Interethnic Relations, tolerance and interculturality.*

І КАТЕДРА

УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

UDK 336.221.4:336.215(497.6)
doi 10.7251/PR6924077D
Originalni naučni članak

USPOSTAVLJANJE SISTEMA INDIREKTNOG OPOREZIVANJA U BOSNI I HERCEGOVINI

Prof. dr Zorica Drljača[1]

***Apstrakt**: Odgovor na pitanje ko ima subjektivno poresko pravo u jednoj državnoj zajednici, da uvodi poreze i druge dažbine nalazimo isključivo u ustavu, dok odgovore na pitanja: šta će se oporezivati, ko će se oporezivati i koliko će se oporezivati nalazimo u poreskim zakonima, koje donose oni kojima je ustavom određeno subjektivno poresko pravo.Dakle, radi se o jednom osjetljivom i kompleksnom pitanju, koje je još osjetljivije i komleksnije u složenim državnim zajednicama, kao što je Bosna i Hercegovina (u daljem tekstu:BiH), jer uređenje poreskog sistema pretpostavlja pravnu organizaciju države radi čijeg funkcionisanja se uređuju odnosi u kojima se prikupljaju i troše javni prihodi. Drugi osnovni princip u oblasti poreza, proklamovan još davne 1215. godine u Magna charta libertatium, je princip, da nema poreza bez predstavljanja u parlamentu, i od tih davnih dana pa do danas, uvođenje poreza i određivanje zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja za određen oblik poreza, prepušteno je isključivo zakonodavnoj vlasti onih javno-pravnih kolektiviteta kojima je i određeno subjektivno poresko pravo.*

Cilj ovog skromnog rada je istražiti određivanje fiskalnog suvereniteta u BiH, te uticaj međunarodne zajednice i Visokog predstavnika za BiH na uspostavljanje sistema indirektnog oporezivanja u BiH.

***Ključne riječi:** ustav, entiteti, BiH, Visoki predstavnik za BiH, EU, poreski sistem.*

[1] Redovni profesor na Panevropskom univerzitetu Apeiron Banja Luka, drljacaml@teol.net

UVOD

Opravdanje za uvođenje poreza i drugih fiskalnih prihoda koji sadrže elemenat prinudnosti, nalaze svoj bazični pravni osnov u ustavu, gdje se utvrđuje ko će i u kojem obimu u jednoj državnoj zajednici imati subjektivno poresko pravo, i gdje se postavlja fundamentalno načelo, da nema poreza bez zakona. Navedeni bazični principi, pružaju ustavnopravnu garanciju u poreskoj materiji protiv samovolje vlasti i obezbjeđuju principa univerzalnosti plaćanja ne samo poreza, već i svih drugih fiskalnih dažbina. U pravnpolitičkom smislu, država ili drugi javnopravni kolektiviteti, zavisno od ustavne organizacije i u okviru ustavom određenih ovlašćenja imaju vrhovnu finansijsku vlast. Jedna od komponenti te vlasti je i fiskalna vlast, koja predstavlja ustavno ovlašćenje javno-pravnog kolektiviteta da uvodi poreze i druge fiskalne dažbine, prepoznato pod nazivom fiskalni suverenitet, koji se utvrđuje samo ustavom, kao što se ustavom utvrđuje i njegova podijeljenost između centralnih i subcentralnih ili nižih organa vlasti ili njegova nedjeljivost. Po svojoj pravnoj prirodi subjektivno poresko pravo je fiskalna moć, ali je istovremeno i funkcija, nadležnost nosilaca vrhovne fiskalne vlasti da organizuju, usmjeravaju i kontrolišu ostvarivanje svrhe oporezivanja i usmjeravaju ta sredstva za zadovoljenje javnih potreba u okviru svoje poreske jurisdikcije.[2]

Tradicionalno, ustanovljavanje poreza i određivanje bitnih elemenata svakog oblika poreza je isključivo ovlašćenje zakonodavca. Načelo da nema poreza bez predstavljanja i prihvatanja u parlamentu, da nema poreza bez zakona, staro je već vijekovima i nastalo je kao rezultat političke borbe za uspostavljanje i učvršćivanje parlamentarizma. Proklamovanje ovog načela u poreskoj materiji nalazimo u *Magna charta libertatium* iz 1215 godine, koja je obavezala engleskog kralja da prilikom uvođenja poreza mora dobiti saglasnost plemstva. Od tih davnih dana pa do danas, uvođenje poreza prepušteno je isključivo onom nivou zakonodavne vlasti kojem je ustavom određeno subjektivno poresko pravo. Princip zakonitosti poreza se svrstava u vrhunska načela pravne države koji ne samo da osigurava zaštitu protiv samovolje vlasti, već u političkom i pravnom značenju, princip koji osigurava pravnu sigurnost građana, njihova prava i slobode, pa samim tim i zaštitu prava poreskih obveznika. Tako nalazimo da je princip zakonitosti poreza kao ustavno načelo određen čl. 62 st. 2 Ustava Republike Srpske formulacijom da

[2] Grapperhaus, Ferdinad H. M. (1998). *Tax Tales from the Second Millennium,* International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 31.

su sredstva budžeta porezi, takse i drugi zakonom određeni prihodi u skladu sa zakonom. Ustavne odredbe koje određuju princip zakonitosti poreza nalazimo i u čl. 91 st. 1 Ustava Republike Srbije, određivanjem da se sredstva iz kojih se finansiraju nadležnosti Republike Srbije, autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave obezbjeđuju iz poreza i drugih prihoda utvrđenih zakonom. U Ustavu Crne Gore princip zakonitosti poreza određen je u čl. 142 st. 3, formulacijom da se porezi i druge dažbine mogu uvoditi samo zakonom, dok je u Ustavu Republike Hrvatske princip zakonitosti poreza prepoznat u odredbi čl. 9 st. 2, određivanjem da se u zakonu čija primjena traži finansijska sredstva moraju predvidjeti i njihovi izvori.[3]

Polazeći od osnovnih karakteristika poreza, a prije svega, da je to prinudno i nepovratno davanje kojim se umanjuje ekonomska snaga poreskih obveznika bez neposredne protivnaknade radi prikupljanja javnih prihoda koji će služiti za zadovoljavanje javnih potreba,[4]načelo ustavnosti i načelo zakonitosti u oblasti poreza treba posmatrati i u kontesktu određivanja i zaštite osnovnih ljudskih prava u okviru ustavnih odredbi na nacionalnom planu, npr. pravo na žalbu, pravo na privatnost, pravo na povjerljivost i tajnost podataka, na sigurnost i pavnu zaštitu imovine, na zaštitu ljudskog dostojanstva, i neka druga ustavom zagarantovana osnovna prava. Primjera radi, svi ustavi u BiH određuju nepovredivost ljudskog dostojanstva. Na osnovu tog principa, oporezivanja je oslobođen egzistencijalni minimum, što dolazi do izražaja u postupku prinudne naplate gdje se postavlja ograničenje, da su kod naplate poreskog duga od pljenidbe izuzeti namještaj fizičkih lica i ostalo pokućstvo i odjeća koji nisu velike vrjednosti, a koji predstavljaju skromno domaćinstvo, ili zakonsko ograničavanje iznosa plate, naknade, penzije i drugi ličnih primanja, koji ne mogu biti predmet pljenidbe. Kada je u pitanju zaštita prava na imovinu, bitno je napomenuti i čl. 1. Protokola br. 1 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda koji određuje *da svako fizičko ili pravno lice ima pravo na nesmetano uživanje svoje imovine i da niko ne može biti lišen svoje imovine osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava, dok to ne utiče na pravo države da primjenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korišćenje imovine u skladu sa opštim interesom ili da bi osigurala naplatu poreza drugih dažbina ili kazni.*

[3] Vid., Drljača, Z. (2017). Zahtjevi principa zakonitosti u oblasti poreza. U *Godišnjaku fakulteta pravnih nauka univerziteta Apeiron*, br.7/7, str. 205-215.

[4] Vid., Raičević, B. (2005). Javne finansije. Ekonomski fakultet, Beograd, str.100.

Poreski sistemi savremenih država međusobno se razlikuju i u praksi nije zabilježen slučaj da dvije države imaju istu poresku politiku i istu strukturu poreskog sistema, iako se generalno kod definisanja poreskog sistema određuje da je to skup poreza, uvoznih i izvoznih dažbina, doprinosa, takse i u novije vrijeme naknada za korišćenje nekih opštih dobara. Razloge za različitost poreskih sistema svake države treba posmatrati, ne samo sa aspekta bazičnog demokratskog principa da poreska politika i ustanovljavanje poreskog sistema predstavljaju jedno od značajnih obilježja nacionalne suverenosti, već i od uticaja drugih faktora koji čine obilježje te države, kao što su: društveno-ekonomsko uređenje, razvijenost privrede, stepen otvorenosti ekonomije, struktura radne snage, obrazovni nivo stanovništva (misli se na osposobljenost poreskih obveznika kod uvođenja sistema samooporezivanja), pripadnost određenim regionalnim područjima i članstvo u određenoj međunarodnoj organizaciji. Upravo, članstvo u određenoj međunarodnoj organizaciji, a posmatrajući to sa aspekta vremena u kojem živimo, i strateškog opredjeljenja BiH i nekih drugih evropskih država da postanu članice Evropske unije (u daljem tekstu: EU), nametnulo je i postavljanje određenih zahtjeva za harmonizacijom nacionalnih poreskih zakona sa određenim direktivama direktivama EU, ali, samo u mjeri da se otklone administrativne barijere koje ograničavaju osnovne principe funkiconisanja unutrašnjeg tržišta EU. O uticaju evropskih integracija na poresku politiku i određene oblike poreza, a prije svega na uspostavljanje sistema indirektnih poreza u BiH, što se posljedično odrazilo na umanjenje obima fisklanog suvereniteta entiteta, više će biti riječi u nastavku rada.

USTAVNO ODREĐIVANJE FISKALNOG SUVERENITETA U BiH

Već je naglašeno u uvodu rada da je fiskalni suverenitet u složenim državnim zajednicama posebno osjetljivo pitanje, pa u tom kontekstu, fiskalni suverenitet kao osnov uređivanja poreskih sistema u BiH, treba posmatrati sa aspekta ustavne strukture BiH, kao složene državne zajednice, nastale Opštim okvirnim sporazumom za mir u Bosni i Hercegovini.[5] Da li se radi

[5] Opšti okvirni sporazum za mir u BiH usaglašan je 21. novembra 1995. godine u vazduhoplovnoj bazi Vrajt Paterson u gradiću Dejton (SAD), a potpisan 14. decembra 1995. godine u Parizu. Karakter međunarodnog sporazuma daje mu snažno učešće i medijacija međunarodnih pregovarača, predstavnika SAD, Velike Britanije, Francuske,

o djeljivom ili nedjeljivom fiskalnom suverenitetu u BiH, da li BiH kao država ima fiskalni suverenitet, kako je određen fiskalni suverenitet entiteta, da li fiskalni suverenitet pripada kantonima u Federaciji BiH i kako je uređen fiskalni suverenitet za Brčko Distrikt BiH, pitanja su za koje odgovor nalazimo u Ustavu BiH, Ustavu Republike Srpske, Ustavu Federacije BiH, ustavima kantona u Federaciji BiH i Statutu Brčko Distrikta.

Fisklani suverenitet BiH?

Ustav BiH, odnosno Aneks 4 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH u čl. III st.1, određuje nadležnosti institucija BiH u oblastima: (1) spoljna politika, (2) spoljnotrgovinska politika, (3) carinska politika, (4) monetarna politika, (5) finansiranje ustanova i međunarodnih obaveza BiH, (6) politika i regulativa za useljavanje, izbjeglice i azil, (7) sprovođenje međunarodnih i međuentitetskih krivičnopravnih propisa, uključujući i odnose sa Interpolom, (8) uspostavljanje i funkcionisanje zajedničkih i međunarodnih komunikacija, (9) regulisanje saobraćaja između entiteta, i (10) kontrola vazdušnog saobraćaja. U istom čl. u st. 3 Ustava određeno je „da sve vladine funkcije i ovlašćenja, koja nisu ovim ustavom izričito data institucijama BiH pripadaju entitetima.“ U čl. IIII st. 5 tač. a) pod nazivom dodatne nadležnosti, ostavljena je mogućnost da BiH može preuzeti nadležnosti i za druge poslove o kojima se entiteti dogovore i da se po potrebi, mogu formirati i druge institucije za obavljanje ovih nadležnosti. Finansiranje institucija BiH, određeno je članom VIII st. 1 Ustava BiH, na način da će Parlamentarna skupština BiH svake godine, na prijedlog Predsjedništva, usvojiti budžet za pokrivanje troškova potrebnih za izvršavanje nadležnosti institucija BiH i međunarodnih obaveza BiH, dok je u st. 3 određeno da će Federacija BiH obezbjeđivati dvije trećine, a Republika Srpska jednu trećinu prihoda potrebnih za budžet, *osim u slučajevima gdje Parlamentarna skupština odlučuje o načinu sticanja prihoda.* U članu IV st. 4 Ustava BiH,određena su ovlaštenja Parlamentarne skupštine, pa između ostalog, da je Parlamentarna skupština nadležna za odlučivanje o izvorima i iznosu

Njemačke, Rusije i EU, pored delegacija BiH, Jugoslavije i Hrvatske. Sporazum se sastoji od 11 dijelova, a Aneks 4 predstavlja Ustav BiH. Zanimljivo je istaći da ovaj sporazum još uvijek nije zvanično preveden u BiH sa engleskog jezika na službene jezike u BiH, niti objavljen u Službenom glasniku BiH, Službenom glasniku Republike Srpske i Službenim novinama Federacije BH.

sredstava za funkcionisanje institucija BiH i za međunarodne obaveze BiH, odobravanje budžeta za institucije BiH, odlučivanje o pristanku na ratifikaciju ugovora, itd.

Sa aspekta sadržine ovoga rada, zadržaćemo se na analizi odredbe čl. VIII st. 3 Ustava BiH koja određuje finansiranje institucija BiH, sa posebnim akcentom, na dio odredbe kojom se određuje ovlašćenje Parlamentarne skupštine BiH da odlučuje o načinu sticanja prihoda i odredbe čl. IV st. 4 Ustava BiH, kojom se daje ovlašćenje Parlamentarnoj skupštini BiH da odlučuje o izvorima i iznosu sredstava za funkcionisanje institucija BiH i za međunarodne obaveze BiH.

Dakle, nesporna je činjenica da je Ustavom BiH određeno finansiranje institucija BiH, obaveze entiteta da učestvuju u finansiranju institucija BiH i u kojem procentu, dok se Ustavno ovlašćenje Parlamentarne skupštine BiH da odlučuje o načinu sticanja prihoda, osim prihoda koje obezbjeđuju entiteti ne može smatrati subjektivnim poreskim pravom BiH kao države, već se to odnosi na ovlašćenje Parlamentarne skupštine BiH, da iz drugih izvora, ali ne iz dohotka, imovine i potrošnje građana koji su osnovni izvori oporezivanja, već po nekom drugom pravnom osnovu i na drugi način, stiče javne prihode kao npr. po osnovu kreditnog zaduženja BiH, emitovanjem hartija od vrijednosti gdje je emitent BiH, uvođenjem takse za radnje i usluge institucija BiH, donacija i dr. Prihodi za finansiranje institucija BiH koje Parlamentarna skupština stiče na drugi način su izvorni prihodi budžeta BiH i ti prihodi se ne uračunavaju u procenat prihoda koje obezbjeđuju entiteti za budžet BiH. Na kraju, u okviru nadležnosti institucija BiH se ne navode nadležnost ovih institucija da utvrđuju poresku politiku, što je isključivo ustavno pitanje, kao što se ne utvrđuje ni finansiranje entiteta od strane institucija BiH, već se samo reguliše finansiranje institucija BiH od strane entiteta. U suprotnom, da je drugačiji smisao ove odredbe, onda ne bi ni imali situaciju da se pod pritiskom međunarodnog faktora i Visokog predstavnika za BiH uspostavlja sistem indirektnih poreza i ne bi imali situaciju da entiteti prenose dio svog fisklanog suvereniteta na institucije BiH.

Iz navednih ustavnih odredbi koje određuju nadležnost institucija BiH, obavezu entiteta da učestvuju u finansiranju institucija BiH i u kojem procentu, bez obzira što Parlamentarna skupština BiH ima ovlašćenje da obezbjeđuje prihode za finansiranje institucija BiH po nekim drugim osnovama i na drugi način, ali ne i oporezivanjem, možemo zaključiti da BiH nema fiskalni suverenitet da uređuje poreski sistem BiH, a posmatrajući to u vezi sa čl. III

st. 5 tač. a) Ustava BiH nesporno je da uređenje poreskog sistema pripada entitetima, odnosno Republici Srpskoj i Federacije BiH. [6]

Fiskalni suverenitet Republike Srpske

Odgovor na pitanje da li Republika Srpska ima fiskalni suverenitet, potražićemo u Ustavu Republike Srpske.Tako nalazimo da je odredbom čl. 68 tač. 7 Ustava Republike Srpske u okviru prava i dužnosti Republike Srpske, određeno da Republika Srpska uređuje i obezbjeđuje, pored ostalog navedenog, i poreski sistem. U suštini, navedena ustavna odredba određuje da Republika Srpska ima originarni fiskalni suverenitet, izvorno ustavno ovlašćenje da ustanovljava svoj poreski sistem i određuje njegovu strukturu. Ustanovljavanje poreskog sistema, kao obilježje jedne od komponenti fiskalnog suvereniteta vrši se donošenjem posebnog zakona, što je u Republici Srpskoj učinjeno Zakonom o poreskom sistemu Republike Srpske,[7] koji određuje strukturu poreskog sistema, dok je finansijsko izravnanje, odnosno raspodjela javnih prihoda između budžeta Republike Srpske i budžeta jedinica lokalane samouprave određena Zakonom o budžetskom sistemu Republike Srpske.[8]

Pored određivanja ustavnog ovlašćenja za uređivanje poreskog sistema, nalazimo da je odredbom čl. 61 Ustava Republike Srpske, određeno načelo zakonitosti kod uvođenja poreza i drugih fiskalnih dažbina, što smo obrazložili u uvodu rada, dok je odredbom čl. 63 Ustava, određen princip opštosti i pravičnosti oporezivanja formulacijom: o*baveza plaćanja poreza i drugih dažbina je opšta i utvrđuje se prema ekonomskoj snazi obveznika*. Princip zakonitosti poreza u Republici Srpskoj određen je i odredbom čl. 5 st. 4 Zakona o budžetskom sistemu Republike Srpske, koja definiše da su javni prhodi utvrđeni u skladu sa zakonom, ostvareni po osnovu poreza, doprinosa, taksa, naknada i drugih prihoda kojima se finansiraju prava i dužnosti Republike, opština, gradova i fondova, s tim da su načelo zakonitosti, opštosti i pravič-

[6] Sastav BiH, kao složene državne zajednice koja se sastoji od dva entiteta - Republike Srpske i Federacije BiH, određen je odredbom čl. I tč. 3 Ustava BiH. O Ustavu BiH, Ustavu Republike Srpske, Ustavu Federacije BiH i ustavima kantona u Federaciji.Vid., Ustavi u BiH, Federalno ministarstvo pravde, Sarajevo, 1997.

[7] Zakon o poreskom sistemu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 62/17 i 110/20.

[8] Zakon o budžetskom sistemu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 121/12, 52/14 i 103/15.

nosti, kao ustavni principi, detaljnije razrađeni u čl. 8 Zakona o poreskom sistemu Republike Srpske.

Fiskalni suverenitet Federacije BiH

Polazeći od osnovnog principa da određivanje fiskalnog suvereniteta pretpostavlja pravnu organizaciju javnoprvanog kolektiviteta, uređivanje fiskalnog suvereniteta u Federacije BiH, drugom entitetu u BiH je određeno na drugačiji način u odnosu na Republiku Srpsku jer je ustavom Federacije BiH određeno da se ovaj entitet sastoji od 10 federalnih jedinica (kantona), čije se granice određuju federalnim propisima. S obzirom na ustavno uređenje ovog entiteta, u Ustavu Federacije je određena podjela ustavnih ovlašćenja, na način da jedan dio ustavnih ovlašćenja pripada samo Federaciji, da postoji podjela jednog dijela ustavnih ovlašćenja između Federacije i kantona, i da jedan dio ustavnih ovlašćenja pripada isključivo kantonima. Tako nalazimo da je u odredbi čl. 1 tačka j) Ustava Federacije u okviru isključivih ovlašćenja Federacije, određeno da Federacija uređuje finansiranje djelatnosti federalne vlasti i djelatnosti pod pokroviteljstvom federalne vlasti, oporezivanjem, kreditima i drugim sredstvima. Ali, isto tako, u čl. 4 tač. l Ustava Federacije, je određeno da su kantoni mjerodavni za finansiranje djelatnosti kantonalne vlasti ili njenih agencija oporezivanjem, kreditima ili drugim sredstvima. Tako je u svim kantonalnim ustavima određeno da kantoni u okviru svojih ovlašćenja odlučuju o finansiranju djelatnosti kantonalne vlasti ili njenih agencija oporezivanjem, zaduživanjem ili drugim sredstvima, (npr. čl.12 Ustava Unsko-sanskog kantona, čl. 11 Ustava Tuzlanskog kantona, čl. 15 Ustava Bosansko-podrinjskog kantona, itd.). Navedene ustavne odredbe ukazuju da je originarni fiskalni suverenitet u Federaciji podijeljen između Federacije i kantona, iz razloga što fiskalni suverenitet pripada i Federaciji i kantonima. Npr. na osnovu ustavnog ovlašćenja u svim kantonima, kantonalnim zakonima uveden je porez na imovinu, nasljeđe i poklone, dok je federalnim zakonom koji se primjenjuje na cijelom području Federacije, uveden porez na dohodak, porez na dobit, doprinosi i dr.[9]

[9] Opširnije: Drljača, Z, Džakula, M. (2019). Oporezivanje imovine sa osvrtom na zakonsku regulativu u Bosni i Hercegovini. U Zborniku radova Nauka i Praksa Poslovnih studija-oblast pravnih nauka. Univerzitet za poslovne studije, Banja Luka, str.107.

Ustav Federacije BiH, po samoj strukturi i uređenju ustavnih pitanja drukčije je koncipiran od Ustava Republike Srpske, tako da ne sadrži posebne odredbe koje se odnose na princip pravičnosti i opštosti poreza, ali se ti principi mogu prepoznati u okviru osnovnih prava i sloboda koje su određene Ustavom Federacije BiH i poreskim zakonima. Princip zakonitosti je određen u svim kantonalnim ustavima na sličan način, kao npr. u čl. 54 Ustava Bosansko-podrinjskog kantona-Goražde, koji određuje da se finansiranje funkcija kantona vrši iz poreza, taksi i doprinosa koje uvodi Skupština i da opštine ne mogu uvoditi poreze.

Fiskalni suverenitet Brčko Distrikta BiH

Pored toga što je sastav BiH određen Ustavom BiH, mora se uobziriti činjenica da Brčko Distrikt BiH (u daljem tekstu: Distrikt), predstavlja specifičnu jedinicu lokalne samouprave,koja je taj status dobila Odlukom Arbitražnog tribunala za oblast Brčko.Taj status podrazumijeva da ova jedinica lokane samouprave ima samostalnosti u zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj vlasti na području Distrikta, te fiskalni suverenitet, odnosno ovlašćenje da samostalno uređuje poreski sistem na što upućuje odredba čl. 9 Statuta Brčko Distrikta BiH.[10]

UTICAJ EVROPSKIH INTEGRACIJA NA OBLAST POREZA

Opšti pristup Evropske ekonomske zajednice (u daljem tekstu EEZ) na čijim principima se zasniva unutrašnje tržište EU, je da su porezi tradicionalno povezani s pitanjem nacionalnog suvereniteta jedne države, da EEZ nema pravo da uvodi poreze i druge javne dažbine, ali da je u cilju očuvanja i razvijanja vrijednosti unutrašnjeg tržišta, potrebno obezbijediti određenu harmonizaciju poreza, samo u mjeri koja je potrebna za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta što je naglašeno u osnivačkim ugovorima EEZ.[11] Pored osnivačkih ugovora, izvore harmonizacije poreza nalazimo u poreskoj konkurenciji između država članica koja vodi spontanoj harmonizaciji i principu zabrane diskriminacije na račun dobara, usluga, kapitala, kompanija i radnika iz drugih država članica.

[10] Statuta Brčko Distrikta BiH, *Službeni glasnik BiH*, br. 9/02.

[11] Vid., Lopandić, D. (2003). Osnivački ugovori Evropske unije. Kancelarija za pridruživanje Srbije i Crne Gore Evropskoj uniji, Beograd, str. 47.

(1) Osnivački ugovori EEZ sadrže nekoliko grupa odredaba koje postavljaju zahtjeve za usklađivanjem poreskih zakona. Prvu grupu čine odredbe koje proizilaze iz osnovnih principa carinske unije na kojoj je EEZ zasnovana. Druga grupa odredaba (nakon određenih izmjena osnivačkog ugovora o EEZ), određuje da je harmonizacija indirektnih poreza preduslov za nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta i daje ovlaštenje organima EU da donesu određene direktive kako bi se odredili osnovni principi u oblasti indirektnih poreza, bazirani na „četiri ključne slobode." Treća grupa odredaba uređuje harmonizaciju nacionalnog zakonodavstva, u mjeri koja je neophodna za ustanovljavanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta.[12] U tom kontekstu, sve države članice su uvele PDV sa osnovnim elementima ovog oblika poreza koji su usklađeni sa direktivama EU i izvršena je harmonizacija posebnog oblika na potrošnju pod nazivom „akcize".

(2) Poreska konkurencija između država članica dovodi do spontanog ujednačavanja nacionalnih poreskih zakona, na način da se proizvodni faktori, po pravilu, usmjeravaju ka privredama onih država članica u kojima je poreski sistem privlačniji. Na taj način su države članice podstaknute da svoje poreske propise prilagođavaju propisima koji su na snazi u onim državama članicama koje su zahvaljujući povoljnijim poreskim rješenjima privukle kapital i strana ulaganja. U tom smislu, značajne poreske razlike između zemalja članica se postepeno gube, a poreska konkurencija doprinosi uspostavljanju privlačnijeg poreskog sistema, jer svaka država članica može da koristi pozitivna iskustva drugih država članica.

(3) Uspostavljanje unutrašnjeg tržišta i sve intenzivnije približavanje ekonomskih politika država članica, podrazumijeva i tzv. negativnu diskriminaciju, koja se ogleda u zabrani ponašanja koje bi vodilo narušavanju četiri osnovne slobode na kojima počiva unutrašnje tržište, što podrazumijeva i zabranu diskriminacije po osnovu državljanstva, porijekla dobara, usluga i kapitala. S obzirom na okolnost da su u domenu direktnih poreza države članice praktično zadržale potpuni fiskalni suverenitet, u načelu je moguće da nacionalno poresko zakonodavstvo, razlikujući npr. rezidentne od nerezidentnih poreskih obveznika dovode do diskriminacije, o čemu odlučuje Evropski sud pravde.[13]

---

[12] Vid., Drljača, Z. (2017). Razlozi i izvori harmonizacije poreske politike i strukture poreskih sistema država članca Evropske unije. U Zborniku radova Nauka i praksa poslovnih studija-oblast pravnih nauka, Univerzitet za poslovne studije, Banja Luka, str.756-767.

[13] Vid., Weiner, J. (2003). European Officials Consider Imporantce of Coordination EU. Tax Notes International, 31(13), str. 989-1146.

Harmonizaciju poreza možemo posmatrati u tri segmenta: harmonizacija u oblasti indireknih poreza, u oblasti direktnih poreza i poreskoj saradnji.

Harmonizacija u oblasti indirektnih poreza

Zakonodavna aktivnost organa EU do sada je bila najintenzivnija u domenu indirektnih poreza, tj. opšteg poreza na promet PDV-a i akciza. Postupak harmonizacije indirektnih poreza obuhvata mjere koje su neophodne za otklanjanje svih administrativnih prepreka slobodnom kretanju dobara i usluga. Prva faza harmonizacije opšteg poreza na promet okončana je donošenjem i implementacijom VI Direktive i nekoliko kasnijih direktiva pratećeg karaktera.[14] Ova direktiva, smatra se „osnovnim dokumentom u oblasti harmonizacije PDV-a“ iz razloga što određuje definiciju svih bitnih elemenata PDV-a i određuje dva osnovna principa: da se roba oporezuje tamo gdje se troši i da je izvoz oslobođen plaćanja PDV-a. Pored navedene direktive za PDV-e, značajna je i *Direktiva o ukidanju poreskih barijera*[15] koja je radikalno promijenila režim PDV-a kod intra-komunitarnih transakcija, određujući da se isporuke dobara i pružanje usluga iz jedne države članice u drugu državu članicu ne smatraju više izvozom, odnosno uvozom (veže se za kontrolu na granicama između zemalja članica od 1. januara 1993.godine). Značajna je i *Direktiva o približavanju stopa PDV,*[16] koja daje preporuku da standardna stopa za sve zemlje-članice u prelaznom periodu ne bi trebala da bude niža od 15%, povišene stope su ukinute, a dopuštena je primjena jedne ili, najviše dvije snižene stope, koje ne bi trebale da budu niže od 5% i koje mogu da se primjenjuju samo na one isporuke dobara i pružanje usluga koji su eksplicitno navedeni u posebnom aneksu (prehrambeni proizvodi, voda, lijekovi i medicinska oprema, prevoz putnika, knjige i druge publikacije, usluge u kulturi i sportu, isporuka dobara i pružanje usluga u poljoprivredi, socijalnoj zaštiti i socijalnom osiguranju, pogrebne usluge i oprema).Vrlo značajna, a posmatrajući to i sa aspekta razvoja IT sektora u oblasti poreza je i *Direktiva o PDV-u u elektronskom poslovanju,*[17] usvojena sredinom 2002. godine, s ciljem da se

[14] Council Direktive 77/388/EEC of 17 Maj 1977, Official Journal L 145 of 13 June 1977.

[15] Council Directive 92/111/EEC of 14 December 1992, Official Journal L 384 of 30 December 1992.

[16] Council Directive 92/77/EEC of 19 October 1992 supplementing the common system of value added tax and amending Council Directive 77/388/EEC, approximation of VAT rates, Official Journal L 316 of 31 October 1992.

[17] Council Direktive 2002/38/EC of 7 May 2002, Official Journal L 128 of 15 May 2002.

eliminišu distorzije u tržišnoj konkurenciji i da poreski sistem pruži pravnu sigurnost, jednostavnost i neutralnost, što znači da oporezivanje transakcija isporuke dobara i pružanje usluga treba da bude isto, nezavisno od toga da li se isporuke vrše *on-line ili off-line*.

Harmonizacija akciza u okvirima EU bazira se na većem broju direktiva, koje se mogu svrstati u tri grupe. U prvoj grupi nalazi se samo Direktiva o opštim aranžmanima za proizvode koji se oporezuju akcizama, kao i o držanju, kretanju i kontroli takvih proizvoda, poznatija kao „horizontalna direktiva".[18] U drugoj grupi nalaze se „strukturne direktive" o harmonizaciji akciza na naftne derivate, alkoholna pića i duvanske proizvode. Strukturna direktiva o naftnim derivatima predviđa jedinstvenu definiciju 13 različitih vrsta naftnih derivata, sadrži i odredbe o poreskim olakšicama u vidu oslobađanja od plaćanja akcize, koje mogu da budu obavezne (npr. za gorivo koje se koristi za komercijalne avio-letove i brodske linije) i fakultativne (npr. za rivo koje ima povoljne ekološke efekte).[19] Strukturna direktiva o alkoholnim pićima pravi razliku između različitih vrsta pića, kao što su: pivo, vina, žestoka pića i ostala alkoholna pića. Poseban značaj imaju direktive o akcizi na duvanske proizvode određujući definiciju različitih grupa duvanskih proizvoda (cigareta, cigara i cigarilosa, fino rezanog duvana za uvijanje cigareta i duvana za lulu), uz poseban akcenat da efikasna naplata poreza na cigarete zavisi od dobre saradnje između države i proizvođača, odnosno uvoznika cigareta. U treću grupu se svrstavaju direktive o aproksimaciji (približavanju) stopa akciza koje pogađaju obavezne akcizne proizvode, u praksi poznatije kao direktive o stopama.

Harmonizacija u oblasti direktnih poreza

Iako predmet razmatranja u ovom radu nije sistem direktnih poreza, ukratko ćemo se osvrnuti na osnovne principe harmonizacije direktnih poreza sa aspekta evropskih integracija, gdje su aktivnosti bile mnogo slabije nego kod indirektnih poreza. U ovoj oblasti usvojeno je više direktiva i preporuka koje se odnose na porez na dohodak fizičkih lica, oporezivanje kompanija i izbjega-

[18] Council Directive 92/12/EEC of 25 February 1992, product, Official Journal L 076 of 23 March 1992. Ova direktiva predviđa da poreska obaveza, po pravilu, nastaje u momentu proizvodnje dobara, odnosno, u trenutku njegovog uvoza na teritoriju EU dok prepušta zemljama-članicama da same odrede pravila koja se tiču proizvodnje, prerade i držanja proizvoda koji podliježu akcizama.

[19] Council Decision 2001/224/EC of 12 March 2001, Official Journal L 084 of 23 March 2001.

vanje dvostrukog oporezivanja. U oblasti oporezivanja dobiti kompanija, EU ima dva glavna cilja: da se spriječi štetna poreska konkurencija između zemalja članica, i da podrži princip slobodnog kretanja kapitala. U tom pravcu usvojeno je više direktiva o poreskom tretmanu dividendi koje filijale isplaćuju matičnoj kompaniji o statusnim promjenama kompanije, oporezivanju prihoda od štednje, i dr. Posebno je značajna *Arbitražna konvencija,*[20] koja u osnovi treba da obezbijedi uslove za ostvarivanje koordinacije u cilju eliminisanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja u transakcijama između dva povezana preduzeća koja su rezidenti različitih zemalja članica i u transakcijama između centrale i ogranaka, kada je centrala u jednoj, a ogranak u drugoj zemlji članici.

Harmonizacija u domenu poreske saradnje

O harmonizaciji u domenu poreske saradnje u oblasti i direktnih i indirektnih poreza, usvojena je Direktiva o uzajamnoj administrativnoj pomoći između poreskih organa zemalja članica čiji je cilj da se zemlje članice obavežu da razmjenjuju sve one informacije koje mogu da im omoguće tačno i korektno utvrđivanje poreza na dohodak, poreza na imovinu, PDV-a i akciza.[21]Ona se isključivo odnosi na utvrđivanje poreza, a ne na prikupljanje i naplatu poreza, niti za razmjenu dokumenata, već samo na razmjenu informacija, uz obavezu da se sve dobijene informacije čuvaju kao službena tajna i iste mogu da budu saopštene jedino onima licima koja su neposredno uključena u postupak utvrđivanja poreza i sudske postupke preduzete radi provjere pravilnog i što tačnijeg utvrđivanja poreza.[22]

OSNOVE I NAČIN USPOSTAVLJANJA SISTEMA INDIREKTNOG OPOREZIVANJA U BiH

Pored ustavnog uređenja BiH i ustavnog uređenja entiteta, što predstavlja okvir uspostavljanja poreskih sistema u BiH,[23] mora se imati u vidu

[20] Convention 90/436 EEC, Official Journal L 225 of 20 August 1990.

[21] Council Directive 77/799 EEC of 19 December 1977, Official Journal L 336 of December 1977.

[22] Vid., Drljača, Z. (2017). op. cit. 764.

[23] U BiH postoji 14 poreskih sistema: sistem indireknog oporezivanja, poreski sitem Republike Srpske, poreski sistem Federacije BiH, 10 kantonalnih poreskih sistema i poreski sitem

činjenica da je BiH 1999. godine odredila da je njen strateški cilj članstvo u EU.[24] Članstvo u EU, zahtijeva ispunjavanje određenih uslova koji su za zemlje istočne i srednje Evrope određeni u Kopenhagenu 1993. godine, sa jasno definisanim kriterijumima, koji su podijeljeni u tri grupe: politički, pravni i ekonomski.[25] U ispunjavanja osnovnih kriterijuma BiH, EU je 2000. godine objavila Mapu puta (*Rood map*), dokument koji uspostavlja 18 ključnih uslova koje BiH treba da ispuni kako bi pristupila izradi Studije izvodljivosti, kao prvog uslova za otpočinjanje pregovora o potpisivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. U okviru smjernica Mape puta, Studije izvodljivosti i Izvještaja Evropske komisije o prihvatanju Studije izvodljivosti za BiH, poseban akcenat u poglavlju ekonomska i fiskalna pitanja, dat je porezima i carinama kao instrumentima poreske i carinske politike koji presudno utiču na ostvarenje principa na kojima se temelji unutrašnje tržište EU.[26]

Na osnovu postavljenih zahtjeva EU prema BiH, bilo je neophodno, pored mnogih drugih reformi koje su označene prema prioritetnim područjima iz Izvještaja o prihvatanju Studije izvodljivosti za BiH[27] provesti i reformu

Brčko Distrikta BiH. Vid., Drljača, Z. (2022). Dljača, Z. (2022). Finansije i finansijsko pravo, Panevropsi univerzitet Apeiron, str. 66-68.

[24] Odluka Savjeta ministara o pokretanju inicijative za pristupanje Evropskoj uniji, *Službeni glasnik BiH* br. 3/99, a Rezolucija Parlamentarne skupštine o evropskim integracijama i Paktu o stabilnosti za Jugoistočnu Evropu u *Službenom glasniku BiH* broj 12/98. Ovom rezolucijom BiH izražava punu podršku Paktu o stabilnosti za Jugoistočnu Evropu koji je stupio na snagu 30.06.1999. godine na samitu održanom u Sarajevu. Pakt predstavlja politički dokument sa jasnim strateškim ciljem - stabilizacija u Jugoistočnoj Evropi, približavanje zemalja regiona (BiH, Srbije i Crne Gore, Makedonije, Hrvatske, Bugarske, Rumunije, Moldavije i Albanije) EU i jačanje regionalne saradnje.

[25] Misita, N. (2002). Osnovi prava Evropske unije. Magistrat, Sarajevo, str. 65 - 85.

[26] Savjet ministara EU 2003. godine potvrdio je Studiju izvodljivosti za BiH, označavajući prioritetna područja sa pojedinačnim aktivnostima koje treba ispuniti kao uslov za potpisivanje Sporazuma o Stabilizaciji i pridruživanju. Jedno od tih područja bila je reforma carinskog i poreskog sistema. Vid., Prokopijević, M. (2005). Evropska unija. Beograd, Službeni glasnik, 385.

[27] Lista 16 prioritetnih područja sa pojedinačnim aktivnostima iz izvještaja Studije izvodljivosti, obuhvata: 1) ispunjavanje postojećih uslova i međunarodnih obaveza, 2) efikasnija uprava, 3) efikasnija javna uprava, 4) evropske integracije, 5) efikasne zakonske odredbe kojim se garantuje zaštita ljudskih prava, 6) efikasnije sudstvo, 7) rješavanje kriminala, 8) upravljanje pitanjima azila i migracija, 9) reforma poreskog i carinskog sistema, 10) zakon o budžetu, 11) budžetska praksa, 12) pouzdani statistički podaci, 13) konzistentna trgovinska politika, 14) integrisano energetsko tržište, 15) uvođenje BH jedinstvenog prostora, 16) javni RTV sistem.

poreskog i carinskog sistema. Suština reforme značila je uvođenje PDV-a na državnom nivou i spajanje carinskih službi entiteta u jedinstvenu carinsku službu BiH. Imajući u vidu nadležnosti institucija BiH određene Ustavom BiH, fiskalni suverenitet Republike Srpske određen Ustavom Republike Srpske i fiskalni suverenitet Federacije određen Ustavom Federacije, za ispunjavanje zahtjeva koji su postavljeni prema BiH, bilo je neophodno stvoriti pravni osnov za prenošenje nadležnosti iz oblasti indirektnih poreza sa entiteta na institucije BiH. Ove aktivnosti su se odvijale pod snažnim učešćem međunarodnog faktora, a naročito Visokog predstavnika za BiH. Zajedničkom izjavom ministri spoljnih poslova EU sa sastanka Savjeta EU za opšte poslove i spoljne odnose održanog 27. januara 2003. godine, uputili su apel organima vlasti u BiH sa akcentom da u okviru reformi potrebnih za napredak u procesu stabilizacije i pridruživanja BiH u EU, posebno mjesto zauzima reforma carinskog sistema i uvođenje PDV-a na državnom nivou. Apel sličnog sadržaja, upućen je vlastima BiH i 21. januara 2023. godine od strane komesara za spoljne odnose EU u kojem se navodi da će EU insistirati na reformi carinskog sistema i uvođenja PDV-a, jer je to uslov za BiH ako želi napredak u procesu stabilizacije i pridruživanja. Znači u roku od šest dana stigla su dva pisma sa istim zahtjevima, koji u suštini sadrže i upozoravajući ton. U cilju ispunjavanja traženih zahtjeva, posebnu ulogu ima Visoki predstavnik za BiH, koji je u uspostavljanju sistema indirektnih poreza preduzeo vrlo radikalne korake, narušavajući i princip ustavnosti i princip zakonitosti u oblasti poreza, a sve to, sa obrazloženjem uspješne implemenatcije "Mirovnog sporazuma" pozivajući se na njegova ovlašćenja iz čl. 8. Aneksa 10 Dejtonskog sporazuma. Cijeneći iz više razloga da njegova uloga zaslužuje posebnu pažnja u ovom procesu, o aktivnostima Visokog predstavnika, dajemo u nastavku rada.

Uloga Visokog predstavnika za BiH u uspostavljanju sistema indirektnog oporezivanja u BiH

Kao prvi korak za ostvarenje zahtjeva izraženih u zajedničkoj izjavi ministara spoljnih poslova i komesara za spoljne odnose EU koji su upućeni organima vlasti u BiH, Visoki predstavnik za BiH je već 12. februara 2003. godine donio Odluku o uspostavi Komisije za indirektnu poresku politiku.[28]

[28] Odluka Visokog predstavnika o uspostavljanju Komisije za indirektnu poresku politiku, *Službeni glasnik BiH*, br. 4/03.

Komisija uspostavljena navedenom Odlukom Visokog predstavnika dobila je zadatak da izradi zakone BiH koji će biti osnov za: (1) spajanje odvojenih carinskih uprava eniteta i Distrikta u jedinstvenu Carinsku upravu BiH, (2) uvođenje jedinstvenog PDV-a i (3) uspostavljanje Uprave za indirektno oporezivanje koja će djelovati na državnom nivou i biti odgovorna za prikupljanje i upravljanje prihodima od indirektnih poreza. U Odluci se daje obrazloženje da su Carinska uprava BiH i jedinstveni sistem PDV-a na državnom nivou, zasnovani na principima: (1) efikasnost i profesionalnost, (2) makroekonomska stabilnost, (3) transparentnost i mjere za izgradnju povjerenja. Za obrazloženje makroekonomske stabilnosti,Visoki predstavnik navodi da će se prihodi držati na jedinstvenom računu Uprave za indirektno oporezivanje i raspodijeliće se za namjene finansiranja rada institucija BiH, finansiranja međunarodnih obaveza BiH, finansiranja operativnih troškova Uprave za indirektno oporezivanje, dok se preostali prihodi dodjeljuju, prema potrebi Distriktu i entitetima, kako se entiteti dogovore. Samim određivanjem da će se preostali prihodi dodjeljivati entitetima kako se oni dogovore ne samo da je Visoki predstavnik narušio ustavne odredbe već je izvorne prihode koji pripadaju entitetima preusmjerio na jedinstveni račun Uprave za indirektno oporezivanje, a onda u određivanju redosljeda pripadnosti tih prihoda, entitete stavio čak iza Distrikta. Na ovakav način djelovanja Visokog predstavnika, entiteti su dovedeni u situaciju da svoje izvorne prihode ostvaruju tek kada se podmire svi prioriteti kako je to odredio Visoki predstavnika i to sve zbog tarnsparentnosti i mjera za izgradnju povjerenja, «kroz postizanje dogovora entiteta» o raspodjeli preostalih prihoda od indireknih poreza. Osim tih osnovnih principa, kako je to označeno u Aneksu A Odluke pod nazivom– Principi za reformu u oblasti carina i uvođenja PDV-a,Visoki predstavnik je odredio sastav Komisije, koja broji sedam članova, s tim da predsjedavajući Savjeta ministara BiH i predsjednici vlada entiteta imenuju po dva predstavnika, od kojih je jedan ministar finansija, a drugi član izabran na osnovu iskustva i stručnosti u oblasti ekonomije, a jednog člana koji je predsjedavajući Komisije imenuje Visoki predstavnik. Za održavanje sjednice Komisije, kako se navodi u Odluci, nije potreban kvorum, a rok za izvršenje svih zadataka Komisije je određen do 31. jula 2003. godine.

Navedenu Odluku Visoki predstavnik je donio pozivajući se na član 8. Aneksa 10 Dejtonskog sporazuma, iako se Visoki predstavnik u Dejtonskom sporazumu uopšte i ne pominje kao bilo kakva institucija cjelokupnog Dejtonskog sporauzuma, niti mu se daju bilo kakva ovlašćenja osim zadataka utvrđenih u članu II Aneksom 10. Dakle, njegov djelokrug poslova i zadataka

koje su mu dale zemlje potpisnice Aneksa 10 (BiH, Hrvatska, u to vrijeme Savezna Republika Jugoslavija, Federacija BiH i Republika Srpska), ne sadrži posebna ovlašćenja, niti ovlašćenje Visokom predstavniku da nameće bilo kakve odluke, već samo zadatke koji imaju za cilj "da Visoki predstavnik pomaže kod sprovođenja civilnog aspekta mirovnog sporazuma." Ako analiziramo zloupotrebu ovlašćenja Visokog predstavnika, mogli bi izvesti zaključak da je on, navedenom Odlukom, prekršio ne samo Ustav BiH i ustave entiteta, već u to vrijeme Zakon o ministarstvima Republike Srpske kojim je bio određen djelokrug poslova Carinske uprave Republike Srpske, Zakon o upravi Federacije BiH kojim je bio određen djelokrug poslova Federalne uprave carina, Zakona o budžetskom sistemu Republike Srpske, Zakona o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji BiH, i neke druge zakone. Osim toga, Visoki predstavnik je grubo narušio i princip zakonitosti, kao osnovni princip u oblasti poreza, pa i osnovni princip u ovoj oblasti, određen osnivačkim ugovorom EEZ, koji glasi: *"Savjet jednoglasnom odlukom na prijedlog Komisije i nakon što je konsultovao Evropski parlament i Ekonomski socijalni komitet usvaja mjere za usklađivanje pravnih propisa koje se odnose na porez na promet, akcize i druge oblike posebnih poreza, u mjeri u kojoj je takvo usklađivanje potrebno za uspostavljanje unutrašnjeg tržišta."*

Sa neovlašćenim djelovanjem Visokog predstavnika, nastavljeno je i nakon donošenja Odluke o imenovanju naprijed navedene Komisije, pa je tako već 30. juna 2003. godine, donesen Prelazni zakon o spajanju carinskih uprava i osnivanju Uprave za indirektno oporezivanje.[29] U čl. 1 Prelaznog Zakona se određuje osnivanje jedinstvene carinske uprave BiH čiji je naziv Uprava za indirektno oporezivanje koja se sastoji od svih carinskih uprava koje su prethodno funkcionisale na teritoriji BiH, uključujući i Carinsku službu Distrikta. Dalje u čl. 2 se navodi da je Uprava samostalna upravna organizacija BiH, da ima svojstvo pravnog lica, ovlašćenje da zapošljava osoblje, određuje se zadatak Komisiji za indirektnu politiku koju je osnovao Visoki predstavnik da odredi lokaciju za sjedište Uprave u roku od deset dana, zatim da Komisija bira kandidata za direktora Uprave za indirektno oporezivanje na osnovu prethodno provedenog javnog konkursa i predlaže Savjetu ministara da između najuspješnijih kandidata, imenuje direkora Uprave. Posebnu pažnju privlači član 11. Prelaznog zakona, kojim se određuje da Uprava koristi svu pokretnu i nepokretnu imovinu carinskih uprava entiteta i Carnske

[29] Prelazni zakon o spajanju carinskih uprava i osnivanju Uprave za indirektno oporezivanje, *Službeni glasnik BiH*, br. 18/2003.

službe Distrikta od dana kada zakon stupi na snagu, da zaposleni u ranijim entitetskim upravama podliježu zakonima o radnim odnosima entiteta i Brčko Distrikta, uključujući i zakone kojima se propisuju plate i beneficije, a da direktor Uprave na osnovu zakona koji važe za institucije BiH rukovodi carinskim službama do konačnog uspostavljanja Uprave, direktori entitetskih carinskih službi i zaposleni u entitetskim carinskim službama primaju isključivo instrukcije od direktora Uprave, čime su narušeni zakoni koji regulišu radno-pravni status zaposlenih u entitetskim carinskim službama, i drugi zakoni koji uređuju organizaciju i rad organa uprave.

Možemo primijetiti da se Prelaznim zakonom određuje spajanje carinskih službi, a ne i uvođenje PDV-a, jer to nije bilo ni moguće s obzirom na ustavno uređenje BiH i nadležnosti institucija BiH. Na karaju nije bilo ni ustavnog osnova da se Prelaznim zakonom odredi spajanje carinskih službi entiteta u jednistvenu carinsku službu BiH, jer je rad tih službi bio uređen zakonima entiteta koji su određivali rad carinksih službi kao organa uprave u entitetima, a carinska politika BiH, kao nadležnost institucija BiH, bila je određena Zakonom o spoljnotrgovinskoj politici i Zakonom o stranim ulaganjima, kao što je određena i danas. S toga i kasnije donesen Zakon o carinskoj politici BiH, nije zakon koji određuje carinsku politiku, već određuje sve ono što su određivali entitetski zakoni o radu carinske službe entiteta: nadležnost carinske službe, osnovne elemente carine kao posebne vrste dažbine, carinski postupak, naplatu carine, itd.

Sporazum Republike Srpske i Federacije BiH

Kao dalji korak, u pravcu uspostavljanja sistema indirektnog oporezivanja, da bi se stvorio pravni osnov da Parlamentarna skupština donosi zakone o indirektnim porezima, a to ovlaštenje po Ustavu BiH nema, kao što to ovlašćenje nema ni danas, bilo je neophodno da entiteti prenesu dio svog fiskalnog suvereniteta na institucije BiH. Radi ispunjavanja tih uslova Narodna skupština Republike Srpske na sjednici održanoj 30. oktobra 2003. godine usvojila je Zaključke,[30] kojim daje saglasnost da se nadležnost iz oblasti indirektnog oporezivanja u okviru sistema poreske politike Republike Srpske prenese na Parlamentarnu skupštinu BiH kako bi se omogućilo razmatranje i usvajanje Zakona o sistemu indirektnog oporezivanja u BiH i dala moguć-

[30] Zaključci Narodne skupšine Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 95/03.

nost Vladi Republike Srpske da potpiše sa Vladom Federacije odgovarajući sporazum radi realizacije odredbi navedenog Zakona, a sve u cilju doprinosa bržem prosecu stabilizacije i pridruživanja EU.

Parlament Federacije, na sjednici Predstavničkog doma održanoj 2. decembra 2003. godine i sjednici Doma naroda održanoj 03.decembra 2003. godine, usvojio je Odluku o davanju saglasnosti na Sporazum o nadležnostima u oblasti indirektnog oporezivanja između Federacije BiH i Republike Srpske, kojim se oblast indirektnog oporezivanja u okviru sistema poreske politike Federacije prenosi na državu BiH. Na istoj sjednici Parlament je ovlastio premijera Vlade Federacije da potpiše navedeni sporazum.[31] Dana 5. decembra 2003. godine, predsjednici entitetskih vlada u prisustvu predstavnika Kancelarije Visokog predstavnika potpisali su Sporazum o nadležnostima u oblasti indirektnog oporezivanja kojim, kako se navodi u Sporazumu, entiteti daju saglasnost da se odgovornost za indirektne poreze uključujući i pitanja koja se odnose na administraciju, prenose na institucije BiH. Slijedom naprijed navedenog, Parlamentarna skupština BiH je na sjednici Predstavničkog doma i Doma naroda, koje su održane 29. decembra 2003. godine (isti dan, vrlo rijetka sistuacija), usvojila je Zakon o sistemu indirektnog oporezivanja u Bosni i Hercegovini,[32] kojim se uređuju osnove poreskog sistema u oblasti indirektnih poreza na nivou BiH.

Usvajanjem ovog zakona, fiskalni suverenitet entiteta je sužen na dio fiskalnog suvereniteta koji obuhvata direktne poreze i ostale dažbine koje se uvode entitetskim zakonima. Ostaje otvoreno pitanje da li se ovaj sporazum može smatrati fiskalnim sporazumom, jer se kao treća strana pojavljuje predstavnik Kancelarije Visokog predstavnika, iako je treća strana potpisnica sporazuma trebao biti predstavnik Savjeta ministara BiH kao izvršnog organa BiH, naravno uz prethodnu saglasnost Parlamentarne skupštine BiH, ali osnovno pitanje je, da li je ovaj sporazum mogao da se uopšte potpiše prije određivanja fiskalnog suvereniteta BiH u ustavu BiH i izmjenama ustava entiteta.

---

[31] Odluka o davanju saglasnosti na Sporazum o nadležnostima u oblasti indirektnog oporezivanja, *Službene novine Federacije BiH*, br. 64/03.

[32] Zakon o sistemu indirektnog oporezivanja, *Službeni glasnik BiH*, br. 44/03. Do sada su dva puta odlukom Visokog predstavnika za BiH vršene izmjene navedenog Zakona. Izmjene i dopune objavljene u *Službenom glasniku BiH*, br. 52/04, 34/07, 32/07, 4/08, 49/09 , 32/13 i 51/17.

INSTRUMENTI OGRANIČENJA FISKLANOG SUVERENITETA BiH

I pored uspostavljanja sistema indirektnih poreza u BiH i usvajanja Zakona o sistemu indirektnog oporezivanja u BiH i drugih zakona iz ove oblasti, nalazimo da je bitno naglasiti da, BiH i dalje nema potpuni fiskalni suverenitet, već se radi se o izvedenom fiskalnom suverenitetu od entiteta na institucije BiH, ali sa određenim mehanizmima da entiteti i dalje imaju bitnu ulogu kod utvrđivanja politike indirektnog oporezivanja, što se manifestuje kod osnivanja Upravnog odbora Uprave za indirektno oporezivanje (u daljem tekstu: Odbor), kako u pogledu imenovanja članova Odbora, njegove nadležnosti i donošenju odluka, tako i kod utvrđivanja zajednice prihoda od indirektnih poreza.

Odbor broji šest članova, s tim da su entitetski ministri finansija i ministar finansija i trezora BiH članovi Odbora po službenoj dužnosti, odnosno oni su članovi Odbora dok traje njihov mandat ministra finansija, jednog člana iz reda stručnjaka, po provedenoj konkursnoj proceduri prema zakonima BiH, imenuje Savjet ministara BiH i po jednog člana, takođe po provedenoj konkursnoj proceduri i po zakonima entiteta, imenuju vlade entiteta, što ukazuje da institucije BiH nemaju potpuno ovlašćenje kod imenovnja članova Odbora, već, to ovlašćenje imaju i vlade entiteta.[33] Mehanizam ograničenja potpunog fiskalnog suvereniteta institucija BiH od strane entiteta, nalazimo i kod načina donošenja odluka Odbora, koje se donose konsenzusom, sa određenim izuzecima. Tako je određeno da je kod donošenja odluka o uvoznim i izvoznim dažbinama, potrebna prosta većina glasova članova Odbora uključujući i glas ministra finansija i trezora BiH; kod donošenja odluka o ostalim indirektnim porezima, potrebna je prosta većina glasova članova Odbora, ali uz učešće glasova ministra finansija Republike Srpske i ministra finansija Federacije BiH; kod donošenja odluka o raspodjeli prihoda od indirektnih poreza, potrebna je prosta većina glasova članova Odbora, koja uključuje glasove svih ministara finansija. Mehanizam ograničenja institucija BiH i ulogu entiteta nalazimo i u činjenici da Odbor kod utvrđivanja nacrta zakona o indirektnim porezima, prije dostavljanja nacrta tih zakona Savjetu ministara BiH, o istim može zatražiti komentare zakonodavnih organa entiteta.

Kad se radi o pripadnosti prihoda od indirektnih poreza, vrlo je bitno naglasiti da to nisu samo prihodi institucija BiH, već se radi o zajednici priho-

[33] Vid., Drljača, Z. (2022), op. ci. str.194-195.

da i institucija BiH, entiteta i Distrikta (iako je Distrikt samo jedinica lokalne samouprave), što prizilazi iz odredbe čl. 3 Zakona o uplatama na jedinstveni račun i raspodjeli prohoda,[34] kojom se određuje „*da Uprava za indirektno oporezivanje vodi jedinstveni račun uplate prihoda od indirektnih poreza u ime BiH, entiteta i Distrikta.*“

Z A K Lj U Č A K

Izvorni fiskalni suverenitet u BiH pripada entitetima, kantonima u Fedraciji i Brčko Distriktu BiH. Na osnovu prenosa jednog dijela nadležnosti fisklanog suvereniteta sa entiteta na institucije BiH u obimu koji se odnosi na indirektne poreze, BiH ima izvedeni fiskalni suverenitet koji je ograničen kako u ovlašćenju entiteta da utiču na utvrđivanje politike indirektnog oporezivanja u BiH, tako i u određivanju pripadnosti prihoda od indireknih poreza koji čine zajednicu prihoda budžeta BiH, budžeta entiteta i budžeta Distrikta. Iako se radi o sistemu koji funkcioniše nepunih 20 godina, ipak ostaje otvoreno pitanje da li je kod uspostavljanja ovog sistema, na način kako je to urađeno u BiH, narušen princip ustavnosti, jer je za određivanje i izvedenog fisklanog suvereniteta institucija BiH bila potrebna izmjena Ustava BiH, kao i izmjena entitetskih ustava, a ne potpisivanje Sporazuma od strane entitetskih predsjednika vlada bez obzira na ovlašćenje zakonodavnih organa entiteta i to uz prisustvo predstavnika Kancelarije Visokog predstavnika. Princip ustavnosti i zakonitosti je grubo narušen djelovanjem Visokog predstavnika za BiH, koji je bez ikakvih ovlašćenja u Aneksu 10 Mirovnog sporazuma donio Odluku o uspostavi Komisije za indirektnu poresku politiku na osnovu koje je donesen Prelazni zakon o spajanju carinskih uprava entiteta, te nastvaljene njegove dalje aktivnosti u spajanju carinskih službi entiteta u jedinstvenu carinsku službu BiH i uspostavljanju sistema indirektnih poreza u BiH.

[34] Zakon o uplatama na jedinstveni račun i raspodjeli prihoda, *Službeni glasnik BiH*, br. 55/04, 34/07, 42/09 i 91/17.

Literatura

- 1. Drljača, Z. (2022). Finansije i finansijsko pravo. Banja Luka. Panevropski univerzitet Apeiron.
- 2. Drljača, Z, Džakula , M. (2019). Oporezivanje imovine sa osvrtom na zakonsku regulativu u Bosni i Hercegovini. U Zborniku radova Nauka & Praksa Poslovnih studija-oblast pravnih nauka, Banja Luka.
- 3. Drljača, Z. (2017). Zahtjevi principa zakonitosti u oblasti poreza. U časopisu Godišnjak fakulteta pravnih nauka. Fakultet pravnih nauka Univerziteta Apeiron BANJA Luka, 7/7.
- 4. Drljača, Z. (2017). Razlozi i izvori harmonizacije poreske politike i strukture poreskih sistema država članica Evropske unije. U Zborniku radova Nauka i praksa poslovnih studija. Univerzitet za posloven studije, Banja Luka.
- 5.Grapperhaus, Ferdinand H.M. (1998), *Tah Tales from the Second Millennium,* International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam.
- 6..Giannini, A.D. (1956). *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Torino: Unione Tipografico.
- 7. Lopandić, D. (2003). Osnivački ugovori Evropske unije. Beograd: Kancelarija za pridruživanje Srbije i Crne Gore Evropskoj uniji, Evropski pokret u Srbiji.
- 8.B.Raičević, B. (2005). *Javne finansije*.Ekonomski fakultet, Beograd.
- 9. Weiner, J. (2003). European Officials Consider Imporantce of Coordination EU. Tax Notes International, 31(13).
- 10. Ustavi Bosne i Hercegovine. (1997). Sarajevo: Federalno Ministarsvo pravde BiH.
- 11. Zakon o poreskom sistemu Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 62/17.
- 12. Zakon o budžetskom sistemu Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br.121/12, 52/14 i 103/15.
- 13. Statut Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, broj 9/02.
- 14. Odluka Savjeta ministara o pokretanju inicijative za pristupanje Evropskoj uniji objavljena u Službenom glasniku BiH br. 3/99
- 15. Odluka Visokog predstavnika za BiH o uspostavljanju Komisije za indirektnu poresku politiku Službenom glasniku BiH br.4/03.

– 16. Prelazni zakon o spajanju carinskih uprava i osnivanju Uprave za indirektno oporezivanje, Službeni glasnik BiH, br.18/2003.
– 17. Zaključci Narodne skupšine Republike Srpske objavljeni u Službenom glasniku Republike Srpske, br. 95/03.
– 18. Odluka Parlamenta Federacije BiH o davanju saglasnosti na Sporazum o nadležnostima u oblasti indirektnog oporezivanja, Službene novine Federacije BiH, br. 64/03.
– 19. Zakon o sistemu indirektnog oporezivanja u BiH, Službeni glasnik BiH, br. 44/03.
– 20. Council Direktive 77/388/EEC of 17 Maj 1977, Official Journal L 145 of 13 June 1977.
– 21. Council Directive 92/111/EEC of 14 December 1992, Official Journal L 384 of 30 December 1992.
– 22.Council Direktive 2002/38/EC of 7 May 2002, Official Journal L 128 of 15 May 2002
– 23.Council Directive 92/12/EEC of 25 February 1992,product,Official Journal L 076 of 23 March 1992.
– 24.Convention 90/436 EEC, Official Journal L 225 of 20 August 1990.
– 25.Council Directive 77/799 EEC of 19 December 1977, Official Journal L 336 of December
– 1977.

Prof. Zorica Drljača, Ph.D.

ESTABLISHMENT OF INDIRECT TAXATION SYSTEM IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract: *The answer to the question of who has the subjective tax right in a state community, to introduce taxes and other duties, can be found exclusively in the constitution, while the answers to the questions: what will be taxed, who will be taxed and how much will be taxed, can be found in the tax laws laws, which are enacted by those who are constitutionally determined to have a subjective tax right. Therefore, it is a sensitive and complex issue, which is even more sensitive and complex in complex state communities, such as Bosnia and Herzegovina (hereinafter: BiH), because regulation of the tax system presupposes the legal organization of the state, for the purpose of which the relationships in which public revenues are collected and spent are regulated. Another basic principle in the field of taxes, proclaimed as long ago as 1215 in the Magna charta libertatium, is the principle that there is no tax without representation in parliament, and from those ancient days until today, the introduction of taxes and the determination of the legal description of the tax situation for a specific form of taxes, is left exclusively to the legislative authority of those public-law collectivities which are also determined by the subjective tax law. The goal of this modest work is to investigate the determination of fiscal sovereignty in BiH, and the influence of the international community and the High Representative for BiH in the establishment of a system of indirect taxation in BiH.*

Keywords*: constitution, entities, BiH, High Representative for BiH, EU, tax system.*

УДК 35.077.3:347.91/.95
doi 10.7251/PR6924101P
Оригинални научни чланак

ПРАВОТВОРАЧКИ ИЗВОРИ У УПРАВНОЈ МАТЕРИЈИ[1]

Проф. др Милош Прица[2]

Апстракт: *Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију правних аката и правних радњи у правном поретку и представљају материјалне изворе права на страни субјеката правног поретка. Карактер правотворачких извора у правном поретку имају: (1) разумска интерпретација правних норми и правних принципа, (2) политичка оцена целисходности, (3) слободна воља и (4) управна оцена целисходности. Као правотворачки извори у управној материји заступљене су разумска интерпретација правних норми и принципа и управна оцена целисходности. Слободна воља не може имати карактер правотворачког извора у управној материји, за разлику од грађанског права у коме је слободна воља преовлађујући правотворачки извор. Као резултат дејства правотворачких извора, законитост у материјалном смислу је искључена или ограничена у правним предметима који се решавају на основу оцене целисходности, следствено чему је и судска контрола битно ограничена у управним стварима које се решавају на основу управне оцене целисходности.*

Кључне речи*: правотворачки извори, разумска интерпретација правних норми и принципа, политичка оцена целисходности, слободна воља, управна оцена целисходности.*

---

[1] Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/ 200120 од 05.02.2024. године.”

[2] ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, pricamilos@prafak.ni.ac.rs

1. Управна материја као област правног поретка

Управном материјом оправдано је означити подручје језгра (најужег подручја) општег добра у којем влада превасходство општих правних интереса као динамичких израза општег добра.[3] Државна управа као институционални поредак јавне власти оличава опште добро, а делатност органа државне управе превасходно служи остваривању и заштити општег добра, правног поретка и јавног поретка. У управној материји претежу општи интереси у језгру општег добра, с тим да општи интерес не би требало поистовећивати са јавним интересом. Јер, општи интереси имају супстанцијални карактер и представљају динамичке изразе општег добра, док јавни интерес има релациони карактер и представља статички израз општег добра. Јавни интерес као релациона категорија служи уређивању односа између правних интереса као супстанционалних категорија.[4]

Императивне законске норме представљају израз јавног интереса као регулативне (релационе) детерминанте у правном поретку, што значи да се императивним нормама поставља статичка равнотежа између правних добара и правних интереса у правном поретку, с тим да домашај примене императивних правних норми није исти у свим областима правног поретка (у свим материјама правног уређивања). Императивним законским нормама у управној материји утврђен је статички однос између различитих правних добара и правних интереса у најужем подручју општег добра, а на органу државне управе је да једнострано уреди правни предмет разумском интерпретацијом норми о којима говоримо. Међутим, превасходство општих интереса приликом одређивања односа између општег добра наспрам других правних добара и приватних интереса у управној материји – опредељује да у најужем подручју општег добра није могуће императивним законским нормама у целости обухватити све видове испољавања општих интереса јер сфера ирационалног и непредвидљивог у правној стварности означава латентно присуство општих интереса и чини нужним постојање посебних овлашћења органа државне управе, следствено чему управно-правни режим у правном

[3] М. Прица, *Управна ствар и управно-судска ствар*, зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, Ниш, 2019, 597-639.

[4] М. Прица, „Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, број 184/2022, 521-537.

поретку оличавају посебна овлашћења органа државне управе поводом заштите општег добра, јавног поретка и правног поретка. Статички посматрано, управној материји припадају области правног поретка у најужем подручју општег добра, и то: унутрашњи послови, одбрана, спољни послови и финансије. Поврх тога, у динамичком смислу, сталну могућност испољавања општих интереса у језгру општег добра изражавају генералне клаузуле општег добра (јавни поредак, јавни ред и мир, јавна безбедност и др.), што значи да позивање на поменуте клаузуле у ствари значи испољавање општег интереса као динамичког израза општег добра, пред којим имају устукнути друга правна добра и правни интереси (нпр. признавање субјективног права или потреба његовог ограничавања). Зато у подручју језгра општег добра, које називамо управном материјом, нужно мора постојати управно-правни режим као посебан правни режим.

Постоји више облика управне делатности у правном поретку. Најпре, управна делатност може подразумевати решавање правних предмета о признавању права или одређивању обавеза субјеката правног поретка. У питању је **регулативна управна делатност**, оличена у доношењу општих и индивидуалних правних аката на основу императивних законских норми. Делатност у питању може се испољити као режим правне везаности у целости, али није мали број предмета који се решавају на основу управне оцене целисходности, са применом горе поменутих клаузула општег добра. Решавање правних предмета од стране органа државне управе на основу оцене целисходности представља посебан правни режим у правном поретку, чија је важна одлика ограничавање материјалноправне судске контроле индивидуалних правних аката.

Поврх тога, управна делатност може се испољити у облику радњи и мера које се предузимају с циљем заштите јавног поретка, јавног реда и мира и јавне безбедности. Реч је о **старатељској (физичкој) управној делатности** која се врши непосредно на основу закона, са претпоставком легалности и оценом целисходности, а путем управних радњи које се непосредно извршавају. Правни режим о којем говоримо подлеже законским нормама које органе државне управе и ограничавају и не ограничавају.

Осим тога, органи државне управе у правном поретку обављају и контролну делатност усредочену на заштиту императивних норми и правног поретка (на пример, контрола поступања возача у јавном саобраћају). У питању је **управна контролна делатност** која такође почива

на управним радњама, с тим да је степен правне везаности израженији у односу на старатељску (физичку) управну делатност.

Поводом регулативне, старатељске и контролне управне делатности, на снази је законски режим управних послова, овлашћења и радњи, чија је примена условљена природом постојећих облика управне делатности. Да би се разумео смисао постојања и примене правних режима управне делатности, неопходно је претходно изложити разлику између телеолошких, системских и регулативних правних ставова у правном поретку.

2. Смисао правотворачких извора као материјалних извора права

Правно уређивање у правном поретку не може садржински у целости бити обухваћено законским нормама, из два разлога. Прво, законска норма са општим правним дејством (из ње произлази неограничени број предмета и важи за неодређени број лица) већма није прецизирано и довршено правно биће у погледу субјективних права и правних дужности. Правна норма придев "општи" получује услед природе правног објекта који уређује, не и због садржине правног става којим се објект правно уређује. Правни карактер опште правне норме долази као последица околности да је општим правним нормама као регулативним правним ставовима исказана типичност лица, догађаја, радњи и односа као објеката правног уређивања те код општих правних норми долази до апстраховања правног објекта, док је њихова садржина конкретизована, при чему општа правна норма по правилу није прецизирано и довршено правно биће у погледу субјективних права и обавеза. То значи да субјективна права и правне дужности некада непосредно произлазе из општих правних норми (уставних и законских), али правно уређивање субјективних права и правних дужности углавном се врши путем појединачних правних аката, с тим да делатност у правном поретку, како смо раније предочили, у материјалном смислу стоји и ван закона и изнад закона.

Са наведених разлога, општа правна норма делом утврђује јавни интерес, а у целости то чини само када је у погледу субјективних права и правних дужности прецизирано и довршено правно биће, тако да субјективна права и правне дужности из општих правних норми непо-

средно произлазе. Када општа правна норма није прецизирано и довршено правно биће, јавни интерес биће утврђен доношењем појединачног правног акта или предузимањем радњи на подручју аутономије и слободе које уживају субјекти територијалне заједнице. Утврђивање јавног интереса путем појединачног правног акта није исто у свим областима правног поретка. У погледу правног уређивања типичних грађанских ствари не важи принцип законитости у материјалном смислу, јер се грађанске ствари уређују на основу слободне воље (правотворачки извор) са забраном повреде императивних норми, добрих обичаја и јавног поретка, следствено чему уређивање грађанских ствари није прецизирање општих правних норми. Насупрот грађанским стварима, у погледу решавања управних ствари важи принцип законитости у материјалном смислу, имајући у виду да уређивање управних ствари подразумева прецизирање општих правних норми као недовршених и непрецизираних правних бића. Управне ствари стога по правилу нису самосталне, али јесу редовне (примарне) правне ствари јер природа ствари захтева да се опште правне норме као недовршена правна бића прецизирају доношењем управног акта. То значи да сва правна добра и правни интереси имају различиту заступљеност у различитим областима правног поретка, из чега произлази да садржина јавног интереса као регулативне детерминанте није иста у свим областима правног поретка. [5]

Писано право представља најважнији израз јавног интереса као релационе детерминанте у поретку правне државе. Смисао писаног права уистину и јесте у одређивању јавног интереса као регулативне (релационе) детерминанте. У различитим областима правног поретка заступљени су бројни правни режими уређивања правних предмета, а у правним предметима садржана су правна добра и правни интереси који сачињавају материју правног уређивања. Правни режими састављени су од правних принципа и правних норми, у чијој основи лежи разлика између телеолошких правних ставова, системских правних ставова и регулативних правних ставова, што је наше оригинално гледиште.[6] Правне норме и правни принципи по својој унутарњој (правнологичкој) структури јесу

[5] М. Прица, *Управна ствар и управно-судска ствар*, зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, Ниш, 2019, 597-639.

[6] 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.

правни ставови,[7] али правни ставови различитог својства. Телеолошки правни ставови (правни принципи) изражавају основне правне идеје и утеловљују правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. Системски правни ставови (организационе, усмеравајуће и процесне норме) уређују међусобни однос елемената правног поретка те правно уређују ток, обим и домашај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док регулативни правни ставови (материјалноправне норме и правни стандарди) непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка. У свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови, чиме се спречава самовоља субјеката правног поретка, што је услов и циљ постојања правне државе. Као што за устав кажемо да је основни закон правнога поретка, имајући у виду да устав садржи превасходно телеолошке и системске правне ставове важеће у односу на правни поредак у целости, тако и системски закони јесу основни закони важећи за поједине области правнога поретка.[8]

У нашој правној књижевности уобичајио се израз «норме о понашању»[9], при чему регулативни правни ставови немају у виду само понашање грађана, већ и делатност органа јавне власти и других субјеката правног поретка. С друге стране, карактер системских правних ставова имају процесне норме, али и уставне и законске норме које утврђују правни основ или обим и домашај правног уређивања. Одавде произлази да сагледавање системских и регулативних правних ставова није исправно поистовећивати са разликовањем материјалноправних

[7] Петровић вели: „Правни став (немачки: Rechtssatz) и правни акт представљају последње, коначне носиоце испољавања права. Све што се права тиче, у једном је или у другом, или је са њима повезано; с тим, што је правни став интенционалан израз правне статике (у њему право заправо правна мисао, „стоји“), док је правни акт елемент правне динамике, правног живота и кретања.“ М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Савремена администрација, Београд 1981, 75. Становиште о правној норми као правном ставу заступао је и Тома Живановић: Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд 1951, 60. и 65.

[8] М. Прица, „Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка“, *Зборник радова Праввног факултета у Нишу*, бр. 78/2018, 103-126.

[9] Р. Лукић, *Теорија државе и права*, *II. Теорија права*, Београд 1954, 84–85.

и процесноправних норми, особито што правни поредак премаша оквир правног уређивања путем материјалноправних и процесних норми.[10] Пођимо од тога да уставне норме као системски правни ставови за предмет имају правно уређивање као такво, дочим уставне норме као регулативни правни ставови за предмет имају права и дужности грађана и других субјеката правног поретка. Важећи Устав Републике

[10] Системски правни ставови обезбеђују постојање правног поретка, а под окриљем правног поретка развијају се области (правне материје) са различитом садржином јавног интереса. Елементи правног поретка подразумевају успостављање и смењивање односа примарног и секундарног, што се путем системских правних ставова постиже. При томе, правни поредак подразумева однос примарних и секунарних правних облика, што премаша однос између примарних и секундарних норми. Расправа о односу примарног и секундарног у правном поретку исправна је само ако се тај однос разматра функционалистички, без вредновања о томе шта је за правни поредак важније. Функционална анализа односа примарног и секундарног може бити конзистентна само ако за предмет узима све градивне елементе правног поретка а не само правне норме. У том смислу и примера ради, генералне правне ситуације о апсолутним правним дужностима су примарне, кривична ствар као предмет кривичног поступка је секундарна, али су норме законика о кривичном поступку од примарног значаја за постојање правног поретка. Исто тако, посебне правне ситуације приватног права су примарне, парнична ствар је секундарна, али су диспозитивне норме облигационог законодавства од примарне важности за постојање правног поретка итд. Одавде произлази да се тас односа примарног и секундарног наспрам градивних ентитета правног поретка помера и на једну и на другу страну, у зависности од области правног поретка и природе конкретизованог правног уређивања. Јер, за правни поредак су подједнако важне генералне правне ситуације (кривичног законика) о апсолутним правним дужностима (правна заштита основних правних добара) и генералне правне ситуације (непосредна примена уставних норми) као основни правни статуси и зајемчена суштина субјективних права, а једнаке су важности норме о санкцији за повреду апсолутних правних дужности и норме о санкцији за повреду зајемчених субјективних права. Зато је уместо примарних и секундарних норми, исправно говорити о разлици између правних норми као системским правним ставовима и правним нормама као регулативним правним ставовима, при чему према току мисли који у овој расправи следимо, Хартове норме признања, норме промене и норме о пресуђивању, као и Бобијеве норме о индентфикацији норми из система – несумњиво одговарају појму правних норми као системских правних ставова. Поврх свега тога, као доказ немогућности разматрања односа примарног и секундарног у правном поретку само у светлу правних норми – служе правни принципи, имајући у виду да су правни принципи као телеолошки правни ставови примарни у односу на правне норме као регулативне правне ставове. 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.

Србије предвиђа да се зајемчена људска и мањинска права непосредно примењују,[11] с тим што се код уставом зајемчених људских права уочавају одредбе које имају карактер уставних норми као регулативних правних ставова и уставних норми као системских правних ставова. Примера ради, у погледу права на држављанство, Устав предвиђа да држављанин не може бити протеран, ни лишен држављанства или права да га промени (регулативни правни став), док ће се услови за стицање и престанак држављанства уредити законом (системски правни став).[12] Исто тако, Устав јемчи право да свако буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности и право на судску заштиту због њихове злоупотребе (регулативни правни став), али ће се режим прикупљања, држања, обраде и коришћења података уредити законом (системски правни став).[13] Наспрам положаја државне управе, уставне норме[14] готово у целости имају својство упућујућих норми (системских правних ставова) за законско правно уређивање, следствено чему су регулативни правни ставови о уређењу државне управе садржани у законским нормама.

Поврх тога, и законске норме имају својство регулативних и системских правних ставова. Рецимо, у тексту Закона о облигационим односима[15] — основноме материјалноправном закону за уговоре — садржани су регулативни и системски правни ставови, из чега произлази да материјалноправне одредбе имају својство и регулативних и системских правних ставова. Несумњиво најважнији системски правни став садржан је у члану двадесетом овога закона којим се предвиђа да „стране могу свој облигациони однос уредити друкчије него што је овом законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази што друго“, што значи да регулативни законски правни ставови имају диспозитивну (секундарну) примену, а примарни карактер имају регулативни правни ставови утврђени од сауговорника на основу сагласности њихових слободних воља. Сваки системски (основни) закон нужно садржи правне принципе као телеолошке правне ставове и

[11] Члан 18 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, број 98/2006 и 115/2021).
[12] Члан 38 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, број 98/2006 и 115/2021).
[13] Члан 42 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, број 98/2006 и 115/2021).
[14] Члан 136 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, број 98/2006 и 115/2021).
[15] Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29 од 26. маја 1978, 39 од 28. јула 1985, 45 од 28. јула 1989 – УСЈ, 57 од 29. септембра 1989, *Службени лист СРЈ*, број 31 од 18. јуна 1993, *Службени гласник РС*, број 18 од 3. марта 2020).

правне норме као системске правне ставове — чиме се обезбеђује важење јединственог правног поретка као уставног принципа.[16]

Правни режими заступљени у правном поретку разликују се према својој садржини, а заправо разлика — у односу правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као системских и регулативних правних ставова под окриљем правног режима — изражава разлику у односу између правних добара и интереса владајућих у областима правног поретка. Одавде произлази да је правни режим друго име за садржину јавног интереса као релационе (регулативне) детерминанте, а то што у поретку правне државе постоји мноштво правних режима у ствари подразумева да се садржина јавног интереса утврђује према односу између правних добара и интереса као супстанцијалних категорија, следствено чему и постоје различите области правног поретка.

У природи ствари је да у поретку правне државе буду заступљени различити **правотворачки извори** (политичка оцена целисходности, управна оцена целисходности, слободна воља и разумска интерпретација правних правила и правних принципа). Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију правних аката и правних радњи у правном поретку и уистину представљају материјалне изворе права на страни субјеката правног поретка. Правотворачки извори очитују субјекта правног поретка у процесу стварања и примене права, опредељујући каузу његовога делања. Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију свеколике духовне и физичке делатности у правном поретку, како у погледу формалних извора права, тако и у погледу свих правних и материјалних аката, послова и радњи у правном поретку.

[16] У правном поретку Републике Србије заступљени су системски и посебни закони. Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Повезаност закона у правном поретку може подразумевати "систематско-телеолошко испитивање двају системских закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, док друга ситуација подразумева испитивање односа између системског (основног) закона који је уредио област правног поретка на целовит начин и закона који према системском стоји у односу посебног према општем. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између супсидијарне и сходне примене општег закона. М. Прица, „Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78/2018, 103-126; М. Прица, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“*, Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 91/2021, 97-116.

Услед постојања различитих материјалних извора на страни субјеката правног поретка, функционисање правног поретка не може се зајазити пирамидалним током стварања и примене законских и других општих правних норми као «формалних извора права», имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу није преовлађујући у свим областима правног поретка. Материјално право ствара се и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова — на подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу (нпр. закључивање уговора у грађанским правним стварима).[17] С друге стране, институционални поредак јавне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора).

Подвргавање конкретизованог правног уређивања законским нормама као системским правним ставовима изражава суштину принципа законитости у формалном смислу, дочим принцип законитости у материјалном смислу подразумева подвргавање конкретизованог правног уређивања законским нормама као регулативним правним ставовима. Само када се језгро конкретизованог правног уређивања налази у законској норми као регулативном правном ставу и под условом да у погледу тог уређивања важи потпуна правна везаност, исправно је говорити о постојању законитости у материјалном смислу, при чему се у различитим областима правног поретка развијају различити системи законскога права, што је потврда различитости садржине јавног интереса у областима правног поретка.[18]

---

[17] Уговорне ствари очитују аутономију субјеката грађанског друштва од непосредног законског уређивања јер је у природи ствари да постоје правни предмети који ће се правно уредити уговором као индивидуалним законом, при чему се не доводи у питање да општа правна норма у другим областима поретка правне државе, упркос општем, може имати и непосредно прецизирано правно дејство. Код грађанских уговорних ствари правни значај није у томе што се правни предмет уређује уговором као појединачним правним актом, колико је значај у томе што правно биће уговорног уређивања успоставља слободном вољом уговорних страна, без придржаја императивних законских норми као регулативних правних ставова. Смисао аутономије грађанског друштва и јесте у томе да уговорно правно уређивање подлеже принципу законитости у формалном смислу, не и законитости у материјалном смислу.

[18] Гледиште о постојању законитости у материјалном и формалном смислу, које заступамо у овоме раду, разликује се од других у литератури заступљених схватања о

Домашај примене законских императивних норми није исти у свим областима правног поретка. Узмимо као пример област наслеђивања, у којој су и те како заступљене императивне законске норме, с циљем заштите породице засноване на крвном сродству — правног добра на којем почива наслеђивање у нашем правном поретку. Присуство законских императивних норми у области наслеђивања битно ограничава слободну вољу као правотворачки извор али императивне норме слободну вољу никако не могу искључити. Зашто? Зато што у овој грађанскоправној (аутономној) материји императивне правне норме представљају регулативну детерминанту приватних интереса и њихова равнотежа наспрам поменутог правног добра оличава јавни интерес као регулативну детерминту.

Насупрот томе, императивним правним нормама у управној материји такође је утврђен статички однос између различитих правних добара и правних интереса у најужем подручју општег добра, а на органу државне управе је да управним актом или управним уговором уреди правни предмет разумском интерпретацијом норми о којима говоримо. Међутим, у управној материји постоји превасходство општих интереса приликом одређивања односа између општег добра наспрам других правних добара и приватних интереса. Уз то, у најужем подручју општег добра није могуће императивним законским нормама у статичком (правновезаном) смислу регулисати испољавање општих интереса јер сфера ирационалног и непредвидљивог у животу територијалне заједнице означава латентно присуство општих интереса и чини нужним постојање посебних овлашћења органа државне управе, следствено чему управно-правни режим у правном поретку оличавају посебна овлашћења органа државне управе поводом заштите општег добра, јавног поретка и правног поретка. Зато у подручју језгра општег добра, које називамо управном материјом, нужно мора постојати управно-правни режим, а делатност органа државне управе усмерена је на заштиту општег добра, јавног поретка и правног поретка. Карактер општих интереса задобијају интереси који представљају незаменљив услов опстанка и нормалног функционисања државе и територијалне заједнице, следствено чему и кажемо да општи интереси представљају динамичке изразе општег добра.

законитости у материјалном и формалном смислу. Упореди: Д. Васиљевић, *Управне радње полиције и начело законитости*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2003, 123-150.

У управној материји су и те како заступљена индивидуална правна добра и приватни интереси као њихови динамички изрази, при чему је у управној материји важно разликовати слободну вољу као правну чињеницу од слободне воље као правотворачки извор. Примерице, признавање субјективног права у управној материји по правилу се остварује доношењем управног акта по захтеву странке, из чега произлази да у дотичним предметима постоји конститутивност индивидуалних правних добара и приватних интереса као њихових динамичких израза. Међутим, признавање субјективног права постиже се једностраним правним уређивањем, доношењем управног акта од стране надлежног органа државне управе, а слободна воља (захтев странке за признавање субјективног права) представља правну чињеницу, не и правотворачки извор. Доношење решења без захтева странке довело би до ништавости управног акта у питању, чиме се оделотворује конститутивност приватних интереса као динамичких израза индивидуалних правних добара. То што пак слободна воља нема карактер правотворачког извора приликом решавања о признавању субјективног права, последица је принципа законитости у материјалном смислу и управноправног режима као основног правног режима у управној материји.[19]

Одавде произлази да се јавни интерес у управној материји превасходно уређује једнострано од стране надлежног органа државне управе, при чему уколико орган у питању повреди јавни интерес властитим незаконитим поступањем, грађанин на располагању има правна средства која служе заштити приватног интереса, а самим тим и заштити јавног интереса као регулативне детерминанте. Другим речима, у овој материји правног поретка наглашено је присуство општих интереса као динамичких израза општег добра, при чему јавни интерес и у овој материји може бити на страни општих и приватних интереса.

3. Правотворачки извори у управној материји

Правно уређивање у поретку правне државе нужно је засновано на законском основу, барем у значењу горе наведене законитости у формалном смислу, док се садржина правног режима обликује према пре-

[19] М. Прица, *Управна ствар и управно-судска ствар*, зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, Ниш, 2019, 597-639.

овлађујућем правотворачком извору. Правни режими одговарају облику управне делатности, следствено чему се домашај примене системских и регулативних правних ставова разликује у зависности од облика управне делатности.

Сваки правни акт има материјалне изворе на страни његовога доносиоца. Пођимо од тога да је доношење закона више израз оцене целисходности (оцене јавног интереса) него што је резултат разумске интерпретације уставних одредби (правне везаности уставом). Сваки општи правни акт нужно подразумева оцену целисходности и разумску интерпретацију као правотворачке изворе, само се однос између ових правотворачких извора разликује у зависности од општег правног акта у питању. У том смислу код међународних уговора претеже оцена целисходности, док је, с друге стране, код подзаконских правних аката простор правне везаности (разумске интепратације законских норми) шири у односу на оцену целисходности.

У структури општих правних аката које доносе органи државне управе преовлађује разумска интерпретација законских норми, као последица важења законитости у материјалном смислу. Као примери општих правних аката у чијој структури почива разумска интерпретација законских норми — исправно је навести правилнике и упутства, при чему би требало имати у виду да постоје и правилници чија се садржина обликује под преовлађујућим утицајем управне оцене целисходности. С тим у вези, правилник о техничким обележјима и начину употребе средстава принуде настаје као резултат разумске интепретације законских норми, али правилник којим се прописују ближи услови за избор сарадника факултета представља резултат оцене целисходности надлежног доносиоца и разумске интерпретације законских норми којима је доносилац везан. С друге стране, наредба је општи правни акт органа државне управе која стоји под управном оценом целисходности надлежног доносиоца, што долази као резултат потребе заштите јавног интереса спрам ирационалних и непредвидљивих околности у животу територијалне заједнице.

Управни акти несумњиво представљају најважнији облик управне делатности, имајући у виду да се управнним актима решава о субјективним правима и правним дужностима у појединачним правним предметима. Правни предмети који се решавају у управној материји — издавањем управних аката у управноправном режиму — јесу управне ствари. Овде говоримо о регулативној делатности органа државне управе, имајући у виду да уређивање правних предмета ствара непосредно

правно дејство (правне ситуације) у свету субјективних права и правних дужности. Наше мишљење је да се управном ствари могу назвати само правни предмети који се правно уређују регулативном делатношћу, дочим старатељско-физичка управна делатност, као и управно-контролна делатност, не могу имати карактер управних ствари. Старатељско-физичка и контролна делатност припадају управној материји и управноправном режиму али нису управне ствари, јер се њима примарно не уређују правни предмети. У следству старатељско-физичке и контролне делатности могу настати прекршајне ствари (изрицање санкције од стране органа државне управе), кривичне ствари (пријава јавном тужиоцу), грађанске ствари (нпр. захтев за накнаду штете проузроковане незаконитом управном радњом) и управне ствари (поводом вршења или пропуштања управне радње и вршења јавних услуга). С тога је важно закључити да је управна ствар предмет управно-регулативне делатности, а старатељско-управна делатност и управно-контролна делатност припадају управној материји и управно-правном режиму, али за свој предмет немају уређивање управне ствари.

Основна карактеристика правног уређивања управних ствари је чињеница да правно уређивање о којем говоримо представља конкретизацију општих правних норми[20]као недовршених и непрецизираних правних бића у управно-правном режиму. Гледано према формалним обележјима, правно уређивање управних ствари подразумева да се уређивање проводи једнострано, разумском интерпретацијом законских норми и управном оценом целисходности као правотворачким изворима. Колико су правотворачки извори важни, говори чињеница да поравнање закључено у управном поступку нема карактер управне ствари, већ посебне уговорне ствари, што значи да уређивање правне ствари путем слободне воље нема карактер управне ствари. Орган државне управе нема слободну вољу нити аутономију, чак и када се јавља као уговорна страна јер орган државне управе и приликом закључивања уговора поступа са разумском интерпретацијом законских норми и управном оценом целисходности. Разуме се, орган државне управе не може имати "јачу вољу" у односу на странку у управном поступку јер је његова дужност да управну ствар реши разумском интерпретацијом законских норми и оценом целисходности општег и јавног интереса.

[20] Д. Милков, „Управна ствар", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/1986, 490-504.

За решавање управне ствари карактеристичан је придражај законских норми у правном бићу управне ствари. Придржај законских норми потпун је код тзв. правновезаних управних аката, док због управне оцене целисходности, придржај законских норми обликује само један део правног бића дискреционих управних аката. Код декларативних управних аката није реч о придржају законских норми у правном бићу акта у питању, имајући у виду да се декларативним управним актом само индивидуализује генерална правна ситуација, што значи да је у питању законска ствар и само формално управна ствар.

Регулативна управна делатност може подразумевати режим пуне везаности законским нормама или режим делимичне везаности законским нормама, што је одлика одлучивања на основу управне оцене целисходности. У режиму пуне везаности, орган државне управе поступа искључиво на основу разумске интерпретације меродавних законских норми (нпр. у поступку издавања возачке дозволе), без разлике у односу на друге правне предмете који се у правном поретку уређују у режиму пуне везаности. С друге стране, особитост регулативне управне делатности јесте у постојању правних предмета који се решавају на основу управне оцене целисходности, као посебног управноправног режима који подлеже ограниченој судској контроли. Управна оцена целисходности заступљена је у правним предметима без елемента иностраности (нпр. издавање одобрења за набављање оружја), а наглашени значај имају правни предмети са елементом иностраности (то су стицање држављанства пријемом, азил, избеглице, правни статуси странаца и др.), чије је правно уређивање нужно засновано на јачем облику управне оцене целисходности. Управна оцена целисходности овде служи заштити општег добра, а основ оцене целисходности је потреба реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу територијалне заједнице, следствено чему судска контрола донесених управних аката у материјалноправном смислу бива битно ограничена. Међутим, регулативна управна делатност — било да је реч о пуној или делимичној везаности — припада законитости у материјалном смислу, због придржаја законских норми приликом решавања правних предмета, за разлику од старатељско-физичке делатности која подлеже законитости у формалном смислу.

Имајући ово у виду, управна ствар представља слагање правног предмета из управне материје (најужег подручја општег добра) и управно-правног режима уређивања предмета у питању издавањем управнога

акта.[21] Осим управне оцене целисходности као правотворачких извора код дискреционих управних аката, управно-правни режим се код потпуно правновезаних управних аката изражава у посебним овлашћењима органа државне управе — да употребе посебна правна средства у управном поступку. У питању су поништавање и укидање решења на основу службеног надзора и ванредно укидање решења јер се поменута правна средства могу применити само код решавања управних ствари у режиму непосредне примене Закона о општем управном поступку, дочим је употреба ових правних средстава по природи ствари искључена поводом решавања правних ствари у режиму сходне примене Закона о општем управном поступку.

Код управних уговора преовлађује разумска интерпретација законских норми као правотворачки извор, за разлику од грађанскоправних уговора чија се садржина обликује слободном вољом као правотворачким извором. У погледу сауговорника, код државног органа као уговорне стране јављају се разумска интепретација законских норми и оцена целисходности, док се код друге уговорне стране јавља слободна воља, следствено чему управни уговор јесте резултат сагласности уговорних страна, али не би било основано рећи да је управни уговор резултат сагласности воља.[22] Овим на видело излази значај правотворачких извора.

Старатељско-физичка управна делатност подразумева трајну и непрекидну бригу о заштити јавног поретка, јавне безбедности и јавног реда и мира. Ова се делатност може испољити и као заштита правног поретка, путем извршавања онерозних (теретних) појединачних правних аката, али њезин главни облик подразумева старање о јавном поретку, јавном реду и миру и јавној безбедности. Брига о јавном поретку по својој природи је редовна и примарна делатност у посебном правном режиму. Законске норме као системски правни ставови одређују ток и

[21] Важно је нагласити да су управна материја и управно-правни режим, као критеријуми за одређивање управне делатности и управне ствари, заступљени и код појединих општих правних аката које доносе органи државне управе (нпр. наредба). Будући да наредба представља генералну правну ситуацију из које непосредно произлазе правне дужности, несумњиво се правном предмету у питању може признати карактер управне ствари. Јер, у питању је генерална правна ситуација као прецизирано и довршено правно биће, без обзира што акт у питању производи опште правно дејство.

[22] М. Прица, „Уговор и управни уговор као правни институти“, *Међународна научна конференција „Право и мултидисциплинарност“, зборник радова, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу*, 2020, 189-231.

границе физичке делатности полиције, али се ток делатности у питању законским нормама не може зауставити јер је посреди физичка делатност оснажена претпоставком легалности и оценом целисходности, са могућношћу непосредног извршења. То значи да старатељско-физичка делатност полиције као редовна и примарна делатност у правном поретку — садржински не може бити у целости уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, већ су правно уређени услови и границе распростирања дотичне делатности, као и последице предузимања делатности, што све треба да обезбеди очување правног поретка.

Старатељско-физичку делатност изражавају овлашћења у посебном управно-правном режиму, а та овлашћења су израз потребе да полиција стално буде субјект заштите јавног поретка и општег добра.[23] С једне стране, управно-правни режим је израз сталне органске и функционалне повезаности органа државне управе – оличење идеје државног јединства („статичне идеје државе“). Та веза се не успоставља правом и право не може у целости да одреди њен ток. Овде се може говорити о институционалном поретку државне власти и држави као органском систему. У функционалном смислу, у питању је старатељска делатност државне управе, и ток делатности у питању не може се правом у целости зауздати. Оцена целисходности лежи у бићу те власти, као одраз потребе реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу територијалне заједнице.[24] Премда се делатност у питању испољава у погледу свих циљева правнога поретка, нарочити нагласак ставља се на заштиту територијалне целовитости, јавног реда и мира и јавне безбедности, што је прворедни државни циљ и разлог постојања управно-правног режима (бића државне власти). Мото централистичке детерминације је јединство власти, у органској равни, и ius inspectionis, у функционалној. Овде је нужно испољавање државне власти, са посебним овлашћењима полиције у погледу физичке делатности – када важи претпоставка легално-

[23] „Када управа, најчешће као полиција, решава о повреди права, њу води идеја превенције и повраћаја у пређашње стање (restitutio in integrum), идеја „заштитне правде“ (iustitia tutatrix). Када полиција примени физичку принуду против нарушиоца јавног реда и мира, онда то није казна, већ заштита слична крајњој нужди и нужној одбрани, то јест таква принуда која није противправна." М. Петровић у сарадњи са М. Прицом, *Увод у велике правне и управне системе данашњице*, Ниш, 2015, 372.

[24] М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Београд, 1981, 49-99.

сти, оцена целисходности и непосредна извршивост предузетих управних радњи.[25]

Белодани доказ законитости у формалном смислу јесу усмена решења, која су у правном поретку установљена превасходно због старатељско-физичке делатности полиције. У члану 143 Закона о општем управном поступку ("Сл. гласник РС" бр. 18/2016), нормирано је: (1) Усмено решење доноси се кад се предузимају хитне мере у јавном интересу, да би се обезбедио јавни ред и мир и јавна безбедност или отклонила непосредна опасност по живот или здравље људи или имовину. (2) На захтев странке, ако је поднет у року од 60 дана од доношења усменог решења, орган мора да изради и достави странци писмено решење у року од осам дана од постављања захтева. Усмена решења у ствари представљају средство за остваривање циљева старатељско-управне делатности у правном поретку. Придржај законских императивних норми не постоји поводом доношења усмених решења, из чега произлази важење законитости у формалном смислу.

Када говоримо о важењу принципа законитости у формалном смислу, знаковито је навести да је полиција у погледу јавних окупљања овлашћена да спречи или прекине окупљање уколико уочи одржавања окупљања или у току његовог трајања наступе околности због којих окупљање није дозвољено. Овлашћење полиције засновано је на законској норми као системском правном ставу. Придржај законских норми овде не постоји јер полиција има оцену целисходности наспрам околности који ограничавају слободу јавног окупљања. Уз то, на страни полиције је претпоставка законитости, а поводом физичке делатности полиције изостаје враћање у пређашње стање, имајући у виду да је посреди физичка делатност. Саобразно доктрини о правној држави, полицијски службеници у зависности од правних последица накнадно могу бити позвани на правну одговорност, чиме се не доводи у питање да физичка делатност превасходно подлеже важењу системских правних ставова и законитости у формалном смислу.

Физичка управна делатност проводи се путем управних радњи, а правне радње су за правни поредак важне једнако као и правни акти. Али, за разлику од правних аката, правне радње у правном поретку — било да су у питању органи државне управе или грађани-појединци —

[25] К. Шмит, *Легалност и легитимност*, Карл Шмит и његови критичари, Београд, 2001, 307; 322.

искључују могућност важења законитости у материјалном смислу, само што се код органа државне управе правотворачки извор испољава у виду оцене целисходности, док се код правних радњи грађана-појединаца као правотворачки извор јавља слободна воља. Законске норме којима се уређују полицијске радње и мере требало би да полицију ограничавају и не ограничавају, како би полиција била у могућности да оценом целисходности у конкретном случају јавни поредак заштити од утицаја ирационалног и непредвидљивог у правној стварности. Одавде произлази немогућност постојања потпуне правне везаности у правним режимима делатности полиције као бића државне управе.

Управна делатност у правном поретку очитује се и као **контрола поступања субјеката правног поретка**, поводом извршавања правних дужности одређених императивним законским нормама (контрола поступања учесника у јавном саобраћају, контрола од стране комуналне милиције и др.). За разлику од старатељско-физичке делатности, која првенствено служи заштити јавног поретка, контролна управна делатност усредоточена је на заштиту правног поретка. Без контролне делатности органа државне управе — не би било могуће очувати правни поредак. Контролна управна делатност представља један облик управно-контролне делатности у правном поретку, а управно-контролна делатност састоји се у контроли органа државне управе над одређеним субјектима у погледу извршавања правних дужности одређених императивним законским нормама, с циљем очувања и заштите правног поретка. Зашто је управно-контролна делатност нужна? Нужна је због императивних законских норми које непосредно нормирају правне дужности субјеката правног поретка. Када законске императивне норме нису довршене и прецизиране у односу на правне дужности субјеката правног поретка, неопходно је донети индивидуални правни акт којим се правна дужност прецизира и ставља у правно дејство (пример тога јесу пореска решења). Доношење индивидуалних правних аката у овом примеру јавља се као вид регулативне управне делатности. С друге стране, ако су правне дужности прецизиране и непосредно стављене у правно дејство законским императивним нормама, контролна делатност органа државне управе треба да обезбеди збиљску примену императивних норми. Без управно-контролне делатности дошло би од обесмишљавања императивних норми јер би императив њиховога важења био потчињен вољи имаоника правне дужности.

Инспекцијски надзор је најважнији облик управно-контролне делатности, имајући у виду да предмет инспекцијског поступка јесу за-

конске императивне норме као довршена и прецизирана правна бића, из којих непосредно произлазе правне дужности, па се у инспекцијском поступку испитује поштовање правних дужности са овлашћењем непосредног изрицања санкције или овлашћењем покретања казненог поступка. С тога се инспекцијски поступак проводи као физичка делатност органа државне управе или другог органа, а тек пошто се установи повреда законом установљених правних дужности настаје одговарајућа правна ствар (прекршајна, кривична и др.).

4. Ограничење судске контроле законитости управне делатности као последица постојања правотворачких извора

Као резултат дејства правотворачких извора, законитост у материјалном смислу је искључена или ограничена у правним предметима који се решавају на основу оцене целисходности, следствено чему је и судска контрола битно ограничена у управним стварима које се решавају на основу управне оцене целисходности.

Судска контрола законитости у управном спору не може обухватити управну материју у целости, нити може у свим управним стварима у целости обухватити управно-правни режим уређивања управне ствари.

Прво, у управној материји су заступљене правне ствари које не могу бити предмет судске контроле законитости у управном спору. У питању су правне ствари у чијем је правном уређивању заступљена слободна воља као правотворачки извор (поравнање у управном поступку и пред органом управе уопште)[26], при чему постоје и различити имовинскоправни предмети који се уређују од стране органа управе појединачним правним акти-

[26] "Поравнање које Закон о општем управном поступку предвиђа као могуће под одређеним условима у управном поступку не представља решавање о правима и обавезама странака, већ уређивање спорног односа споразумом између странака, стога се оно може побијати одговарајућим правним средством само код надлежног суда." Врховни суд Србије, Увп - 129/82 од 12. 10. 1982. З. Томић, В. Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом и регистром појмова (пречишћени текст)*, Београд, 1986, стр. 183. "Поравнање закључено код органа управе не може се оспоравати редовним и ванредним правним средствима ЗУП-а, већ у парници код опште надлежности." Пресуда Врховног суда Србије У. 5720/05 од 31. 05. 2006. године.

ма у погледу којих је предвиђена судска заштита у парничном поступку.[27] Друго, предмет управног спора нису материјални акти органа управе,[28] а материјални акти у управној материји имају значај колико и правни акти. Напослетку, у управним стварима које се решавају на основу управне оцене целисходности, судска контрола законитости је по природи ствари ограничена немогућношћу контроле целисходности која обликује правно биће управних аката донесених на основу управне оцене целисходности (дискреционих управних аката).

Уз то, спор пуне јурисдикције је искључен када се као предмет управног спора јави управни акт донесен на основу управне оцене целисходности (чл. 43 ст. 2 Закона о управним споровима), што јасно потврђује немогућност да судско испитивање у управном спору захвати управно-правни режим у целости. Овде никако није реч о остваривању поделе власти као прокламованог циља у правном поретку, већ је реч о томе да поделу власти оваплоћује немогућност да се судским испитивањем обухвати управно-правни режим у целости, посебно када је у питању претпоставка легалности, управна оцена целисходности и непосредно извршење. Одавде белодано произлази моћ управне оцене целисходности као правотворачког извора, при чему је за доктрину о правној држави веома важна судска јуриспруденција о циљу закона као елементу материјалне законитости наспрам управне оцене целисходности као правотворачког извора.

---

[27] На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 26. маја 2003. године, усвојено је правно схватање према којем суд опште надлежности суди у споровима за исплату неизмерених новчаних потраживања по тужбама корисника чија су права утврђена одлуком органа управе. В. Тамаш, "Грађанскоправна заштита новчаних потраживања утврђених одлукама управних органа", Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 3/2003, 117. С друге стране наводимо један пример имовинскоправног предмета који подлеже судској контроли у управном спору: "Захтев за ванредно усклађивање војне пензије представља имовински захтев па су законски наследници корисника пензије овлашћени на подношење захтева и жалбе у управном поступку и тужбе у управном спору." *(Правни став утврђен на седници свих судија 20.04.2015. године).* Билтен судске праксе Управног суда бр. 5/2015, стр. 95-96.

[28] Управни спор се једино може водити поводом негативног решавања по захтеву за издавање уверења**:** "Ако управни орган одбије да изда уверење зато што сматра да није дужан да изда уверење јер се не ради о ствари о којој он води службену евиденцију нити о ствари за коју је прописано издавање уверења у смислу члана 171. ЗУП-а такво решење представља управни акт у смислу члана 6. ЗУС-а. Друга је ситуација, када орган одбије захтев за издавање уверења зато што су чињенице другачије него што их представља странка, јер такво решење има карактер негативног уверења. Врховни суд Југославије, Уж. 10165/61 од 12. 01. 1962. године.

Поврх тога, требало би имати у виду да се оцена целисходности као правотворачки извор јавља и у другим материјама које долазе под окриље управног спора. Прво, постоје појединачни правни акти које највиши државни органи доносе путем политичке оцене целисходности ("акти владе"), следствено чему је судска контрола законитости у управном спору битно ограничена или је сведена на формалноправни минимум (нпр. избор, именовање и постављање јавних функционера и сл.). У питању су политичке ствари настале саображавањем правних предмета из политичке материје у материјалном смислу са високополитичком оценом целисходности као правотворачким извором. Иако је у овим политичким стварима судска контрола законитости битно ограничена, њено постојање оправдано је због чињенице да правно биће аката у питању једним делом може бити регулисано императивним законским нормама. Политичке ствари су самосталне када правно биће појединачног правног акта обликује искључиво политичка оцена целисходности (нпр. именовање амбасадора), дочим правно уређивање политичких ствари може подразумевати и придржај императивних законских норми у правном бићу појединачног правног акта (политичка оцена целисходности и разумска интерпретација императивних законских норми).

Друго, постоје појединачни правни акти који се доносе на основу оцене целисходности у сфери рационалног и предвидљивог, за разлику од дискреционих управних аката који се доносе у сфери ирационалног и непредвидљивог у правном поретку. У ред таквих појединачних правних аката спадају: решење Владе Републике Србије о утврђивању јавног интереса за експропријацију, појединачни правни акт о избору наставника факултета, одређене врсте урбанистичких планова и др. Примера ради, приликом утврђивања јавног интереса за експропријацију, Влада као надлежни одлучилац власна је да оцени предложени начин остваривања сврхе експропријације (општи интерес) наспрам правних добара у правном поретку (нпр. животне средине, културних добара и др.), имајући у виду својство јавног интереса као регулативне детерминанте правног поретка. Оцена законитости у управном спору у овоме случају подразумевала би испитивање односа између правног основа експропријације као правног института, циља меродавног закона о експропријацији и оцене целисходности у сфери рационалног и предвидљивог у правном поретку, што је одлика правних поредака са развијеном судском јуриспруденцијом.

Правотворачки извори имају противтежу у правном поретку. Противтежа слободне воље јесу императивне норме, добри обичаји и јавни поредак; политичкој оцени целисходности противставља се јавност, док противтежа управној оцени целисходности јесте развијена управносудска јуриспруденција. Највећи изазов управносудске јуриспруденције јесте утврђивање границе која управну оцену целисходности брани од незаконитости у циљу, следствено чему јасно одређивање значења незаконитости у циљу као правног појма представља гарантију да се управна оцена целисходности не развије у самовољу — којом нестаје правна држава.

Да закључимо: откривање правотворачких извора омогућава утврђивање природе ствари. Суштина је у томе да постоје правна питања која могу да буду предмет уређивања у једном или у другом правном поступку, путем једног или другог правног акта, али би та могућност требало да буде опредељена „природом ствари“ па се пред „природом ствари“ зауставља и моћ законодавца. „Природа ствари“ очитује идентитет између правног предмета и правне ствари као облика уређивања правног предмета. Утврђивање „природе ствари“ стога би требало да представља приоритетни задатак правне мисли, како судске тако и академско-научне јуриспруденције. Полазећи од материје правног уређивања и правотворачких извора — у правном поретку нужно су заступљене уговорне ствари и политичке ствари, а у законским, судским и управним стварима, осим правне везаности, заступљене су оцена целисходности и слободна воља као правотворачки извори. Као правотворачки извори у управној материји заступљене су разумска интерпретација правних норми и принципа и управна оцена целисходности. Слободна воља не може имати карактер правотворачког извора у управној материји, за разлику од грађанског права у коме је слободна воља преовлађујући правотворачки извор. Као резултат дејства правотворачких извора, законитост у материјалном смислу је искључена или ограничена у правним предметима који се решавају на основу оцене целисходности, следствено чему је и судска контрола битно ограничена у управним стварима које се решавају на основу управне оцене целисходности.

Литература

– Живановић, Тома, *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд 1951.

– Laband, Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tubingen 1911;

– Лукић, Радомир, *Теорија државе и права*, *II. Теорија права*, Београд 1954;

– Милков, Драган, *Управна ствар*, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1986, 490-504;

– Петровић, Милан, *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд, 1981;

– Петровић Милан у сарадњи са Прица Милошем, *Увом у велике правне и управне системе са европским управним правом*, Ниш, 2015;

– Петровић, Милан, Прица, Милош, *Посебно управно право с међународним управним правом*, Ниш 2020;

– Прица, Милош, *Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка — Уједно излагање о унутрашњем правном систему*, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 78/2018, 103-126;

– Прица, Милош, *Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и унутрашњег правног система*, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 80/2018, 135-180;

– Прица, Милош, *Управна ствар и управно-судска ствар*, *Право у функцији развоја друштва*, Косовска Митровица 2019, 597-639;

– Прица, Милош, *Уговор и управни уговор као правни институти*, Међународна научна конференција „Право и мултидисциплинарност“, зборник радова, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020, 189-231;

– Прица, Милош, *Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 91/2021, 97-116;

– Прица, Милош, *Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови,* Зборник Матице српске за друштвене науке, број 184/2022, 521-537;

– Прица, Милош, *Карактер полицијске делатности*, „Право између стварања и тумачења“ – зборник радова, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2023, 395-416;
– Радбрух, Густав, *Природа ствари као облик правног мишљења*, *Зборник за теорију права*, св. 1, Београд, 1991, 217-237;
– Шмит, Карл, *Легалност и легитимност*, Карл Шмит и његови критичари, Београд, 2001.

Prof. Miloš Prica LL.D[29]

THE LAW-MAKING SOURCES IN ADMINISTRATIVE MATTERS

Abstract: *Law-making sources reflect the subject-matter of a legal order in the process of the creating and applying the law, determining the causa (rationale) of its action. The functioning of a legal order cannot be precluded by a pyramidal course of creation and application of general legal norms as "formal legal sources", bearing in mind that the principle of legality in material sense is not a dominant principle in all areas of a legal order. Substantive law may also be created outside the institutional order of public authorities, as an activity that does not represent a concretisation of legal norms as regulating legal attitudes, in the area of free will and private interest in absolute sense. On the other hand, the institutional order of public authorities is necessarily broader in relation to substantive (statutory) law, bearing in mind the political activities of state authorities that can also be above the law. Law-making sources in the legal order are: rational interpretation of legal norms and legal principles, political assessment of expediency, and free will and administrative assessment of expediency. Law-making sources in administrative matters are rational interpretation of legal norms and legal principles and administrative assessment of expediency.*

Keywords: *law-making sources, rational interpretation of legal norms and legal principles, political assessment of expediency, and free will and administrative assessment of expediency*

[29] Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

УДК 347.961:35.077.3(497.11)
doi 10.7251/PR6924127T
Прегледни научни чланак

УЛОГА ОРГАНА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У СТАТУСНИМ ПИТАЊИМА ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Доц. др Милица Торбица[1]

Сажетак: *Статус јавног бележника у Републици Србији је опредељен законом прописаним условима за његово именовање, начином и поступком његовог именовања, престанка обављања делатности, контролом његовог рада и друштвеном улогом која се састоји од етичких и моралних вредности оличених у достојности лица да се бави овом професијом. Тумачењем законских одредби у овим областима долазимо до закључка да је статус јавног бележника опредељен овлашћењима која у односу на њега као носиоца правосудне професије има Министарство правде, као орган државне управе, суд као носилац судске власти и Јавнобележничка комора као професионално удружење јавних бележника. Одлуку о именовању, престанку вршења дужности, разрешењу јавног бележника као и питањима од значаја за организацију и функционисање јавнобележничке делатности уопште, доноси министар по правилима општег управног поступка. Дакле, јавни бележник делатношћу органа државне управе стиче легитимитет носиоца јавних овлашћења и лица од јавног поверења, чиме се директно утиче на остваривање права и интереса читавог друштва и државе, а анализа те улоге органа државне управе је тема овог рада.*

Кључне речи: *орган државне управе, управни поступак, правосудна професија, јавни бележник, јавно бележништво.*

1 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

Јавно бележништво је као професија којој је основни циљ растерећење правосуђа, бржа реализација права и успостављање правне сигурности у наш правни систем реафирмисана након готово седамдесет година. Нормативно уређење ове делатности у Републици Србији је први пут извршено 1930. године доношењем Закона о јавним бележницима Краљевине Југославије,[2] када се законодавац определио за латински тип нотаријата[3] који је прихваћен у највећем броју правних система Европе и света. Иако недуговечан, Закон о јавним бележницима из 1930. године[4] је представљао подлогу за нормирање установе нотаријата на свим просторима бивше Југославије, уз бројне специфичности које су плод различитих утицаја, чиме се са пуним правом може рећи да је надживео сам себе.[5]

Опредељење правне природе нотаријата и статуса јавног бележника његовим јединственим нормирањем пре скоро једног века на овим просторима до данас није изгубило значај. Јавно бележништво је тада, као и сада, уређено тако да јавни бележник представља особу од јавног поверења, лице које обавља слободну професију, самостално и независно, као непристрасни повереник странака. Јавни бележник је носилац јавне службе, не представља државни орган, већ носиоца слободне професије која и у Европи и на овим просторима има функцију превентивног правосуђа.[6]

---

[2] Г. Дракић, Нормативно уређење установе јавног бележништва у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији), *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, бр. 4, вол. 48, 2014, стр. 201-215, стр. 208

[3] Више о настанку нотаријата и објашњењу значаја Византије у постављању његових основа и даљем развоју до облика данашњег модела који има готово најширу примену у Европи и свету у: С. Аврамовић, Правноисторијски аспекти нотаријата“, чланак у публикацији *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, стр. 55, Више историјском развоју латинског типа јавнобележничке делатности у: В. Вулетић, Латински нотаријат: темељи и изградња, Правни живот, *Удружење правника Србије*, Београд, 12/2012, 61–78. Као и у: V. Korać, Notarial Form Ad Solemnitatem in Montenegrin Law, Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade *Law Review* 3/2016, стр. 223

[4] Закон о јавним бележницима, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 220-LXXVII/30

[5] С. Аврамовић, Из историје јавног бележништва, *Зборник радова у спомен проф. Др Миодрага Трајковића*, Правни факултет Универзитета у Београду, Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд, 2006, 10-52, стр. 39

6 И. Мојовић, Нотарска јавна извршна исправа, Правни живот, *Удружење правника Србије*, Београд, 12/2011, 5-30, стр. 86

Улога органа државне управе у поступку именовања, разрешења, престанка обављања делатности, као и уопште у свим питањима која се тичу статуса јавног бележника, је од самог увођења јавног бележништва у наш правни систем била веома значајна, као што је то случај и данас. Наиме, незаобилазна карактеристика јавног бележника и оно што представља основу његовог положаја је уживање јавног поверења и располагање јавним овлашћењима. Тај статус јавни бележник, традиционално, стиче и губи актом органа државне управе. Када се узме у обзир несумњив значај који постојање ове професије има за читав правни систем, то и анализа улоге органа државне управе у статусним питањима јавног бележника добија на важности.

ПРАВНА ПРИРОДА ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИШТВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И ЊЕН ЗНАЧАЈ

У Републици Србији јавни бележник је стручњак из области права, самосталан и независан у обављању своје делатности, односно у вршењу службе јавног бележништва. Своју делатност врши као искључиво и стално занимање, до момента њеног престанка. Делатност јавног бележника је прецизно нормирана и подразумева овлашћење састављања, оверавања и издавања јавних исправа о правним пословима, изјавама и чињеницама на којима се заснивају права и оверавање приватних исправа, преузимање и чување исправа, новца, хартија од вредности и других предмета, обављање послова који су му поверени од стране суда као и других радњи предвиђених законом.[7]

Јавно бележништво у Републици Србији је слободна професија која припада кругу првосудних професија. Основни циљ њеног постојања је превенција и спречавање будућих судских спрова[8] и успостављање правне сигурности, брже остварење права правних и физичких лица, а у коначном и растерећење судова како делегирањем надлежности на јавне бележнике тако и преношењем у потпуности оних надлежности

[7] Закон о јавном бележништву, *Службени гласник Републике Србије*, број: 31/2011, 852012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121//2014, 6/2015 и 106/2015, чл. 2 и 4

[8] М. Трговчевић-Прокић, Закон о јавном бележништву Србије и потреба за усклађивањем са другим законима, Правни живот, *Удружење правника Србије*, Београд, 12/2012, 79-92, стр. 80

и послова које су до увођења ове професије били у надлежности суда. Овако постављен циљ се постиже нормирањем јавног бележништва као службе од јавног поверења и додељивањем јавних овлашћења јавном бележнику да од странака прихвата изјаве воље и даје им потребну писмену форму, да о томе издаје исправе које имају карактер јавних исправа, да чува оригинале тих исправа и друге поверене документе, издаје преписе исправа, јавно потврђује чињенице, даје странкама савете о питањима која су предмет његове делатности и предузима све друге радње одређене законом.

Традиција јавног бележништва у Републици Србији је, од самог увођења до данас, ослоњена на тековине латинског нотаријата, што подразумева његову наглашену приватнојавну природу. Конкурентски типови нотаријата на европском тлу су, поред латинског који је најраширенији, англосанксонски и скандинавски (државни) нотаријат.[9] Сва три типа нотаријата имају своје сличности, али и значајне разлике. Оно што у упоредној правној пракси и доктрини ствара дилему јесте управо опредељење правне природе јавног бележништва, односно његове двоструке правне природе, и јавноправне и приватноправне, при чему се законске регулативе у овој области значајно разликују како у Европи тако и у свету.[10] Чини се да је расправа о правној природи јавног бележништва и професији јавних бележника добила на значају посебно због тенденције за либерализацијом и променом регулације приватних правних услуга усмерених ка циљу подстицања конкуренције у услугама тог типа и самим тим подстицањем економског раста у Европској унији. Та идеја је свакако последица дугогодишњег процеса исходовања начина узајамног признавања професионалних квалификација становника Европске уније од стране држава чланица,[11] чиме се остварује већи проток стручних кадрова, пружање услуга и тржишна конкуренција. У односу на јавне бележнике, полемика у праву Европске уније и усклађивање упутстава о квалификацијама је након тридесет година, најзад, 2006. године прекинута, те је јасно и недвосмислено

[9] M. Lightowler, E-commerce for Notaries in England & Wales, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, 4, 2007, 41–44, str. 41

[10] Д. Кнежић-Поповић, Правна природа јавног бележништва, Правни записи, *Правни факултет универзитета Унион*, Београд, 2/2010, 339-363, стр. 341

[11] Д. Кнежић-Поповић, Нови режим признавања професионалних квалификација у праву Европске уније, Правна ријеч, *Удружење правника Републике Српске*, Бања Лука, 14/2008, 343-355

заузет став да се услуге јавног бележника које је именовала јавна власт не интегришу у унутрашње тржиште. [12]

На дилеме око правне природе јавног бележништва није остала имуна ни домаћа научна јавност, те постоје примери различитих гледишта: од оних које јавне бележнике сврстава у носиоце јавне службе,[13] преко оних који јавне бележнике посматрају као специфичне јавне службенике чији је режим јавноправног пословања јединствен,[14] до размишљања о томе да се јавно бележничка професија само условно може посматрати као слободна професија.[15] По једном схватању, јавно бележништво је у основи слободна професија, која се од других слободних професија (адвокатуре на пример) разликује по томе што су јавним бележницима поверена овлашћења која изворно припадају држави. По другом схватању, јавно бележништво је првенствено јавна, али не и државна служба, која има бројна и веома битна обележја слободне професије.[16] Међутим, истина је да се правна природа јавног бележништва састоји од обележја и јавне службе и слободне професије, односно јавног бележника не обавезују само правила струке, иако је дужан да делује савесно и професионално, него и јавно поверење које му је указано. У односу између ова две карактеристике није могуће одредити претежну будући да су обе значајне за вршење јавнобележничке делатности, што даље опредељује и специфичност статуса јавног бележника.

[12] Д. Кнежић-Поповић, Европски јавни бележници на ветрометини, Правни записи, *Правни факултет универзитета Унион*, Београд, 2/2016, 230-370, стр. 231-234

[13] А. Јакшић, Нотаријат као јавна служба, чланак у публикацији *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, стр. 91

[14] З. Томић, Општа јавноправна обележја нотаријата (јавног бележништва), чланак у публикацији *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, стр. 190

[15] Д. Хибер, Појам бележника (нотара) и бележничког (норатијалног) права, чланак у публикацији *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, стр. 10

[16] М. Караникић-Мирић, Одговорност јавних бележника у српском грађанском праву, Правни живот-часопис за првну теорију и праксу, Београд, 1/2014, 559-583, стр. 564

СТАТУС ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИКА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Статус једне професије[17] је опредељен нивоом легитимности њене функције у систему, важности функционалне улоге носиоца те професије те потражњом за експертизом коју та професија даје.[18] Статус јавног бележника је одређен законом,[19] односно законом прописаним условима за његово именовање, начином и поступком његовог именовања, начином и поступком престанка обављања делатности, контролом његовог рада као и друштвеном улогом која се састоји од етичких и моралних вредности оличених у достојности лица да се бави овом професијом. Тумачењем законских одредби у овим областима долазимо до закључка да је статус јавног бележника опредељен овлашћењима која у односу на њега као носиоца правосудне професије има Министарство правде, као орган државне управе, те суд као орган судске власти.[20]

Тако, уочавају се одређене специфичности у статусу јавног бележника које нису карактеристичне за остале правничке професије.[21] Наиме, јавни бележник представља правосудну професију,[22] сходно чему, у подели власти, припада судској власти. То је и логично, будући да се његова изворна делатност односи на преузимање одређених послова који су били у надлежности судова, сачињавање исправа о правним пословима који уз примену прописане форме и овером од стране јавног бележника стичу правну снагу јавне исправе и под одређеним околностима могу да се користе и у иностранству, те вршења поверених послова од стране судова.

---

[17] Професија представља дуготрајно високо образовање, постојање стандардизације у обављању праксе, постојање друштвене контроле и друштвених санкциј, постојање кодекса професионалне етике, трајно обављање занимањем, услужна оријентација. К. Овесни, Андрагошки кадрови – професија и професионализација, *Институт за педагогију и андрагогију филозофског факултета*, Београд, 2009, стр. 21-22

[18] Ж. Шпорер, Социологија професија, *Социолошко друштво Хрватске*, Згреб, 1990, 116-124

[19] Закон о јавном бележништву, чл. 3

[20] Више о односу судства и управе у: Д. Милков, Однос управе и судова, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, 2009, вол. 18, бр. 2, 89-100, стр. 94

[21] Више о правничким професијама у приватном и државном сектору у: М. Ђ. Ђорђевић, Између судства и адвокатуре - професионалне преференције студената права у Србији, *Социолошки преглед*, 2022, вол. 56, бр. 2, 680-708, стр. 682-684

[22] Првосудне професије су још и: јавнобележнички помоћници, јавни извршитељи и њихови заменици, судски вештаци, судски тумачи и преводиоци, као и посредници-медијатори.

Искључиви носиоци судске власти су судови, док судијску функцију обављају судије чији се статус донекле разликује од статуса јавног бележника, као дела правосудног апарата и носиоца правосудне професије. Оно што их повезује јесте примена начела независности како судија тако и јавних бележника у обављању свог занимања која се обезбеђује и сталношћу како јавнобележничког занимања тако и судијске функције те њиховом неспојивошћу са политичким деловањем и политичким утицајем. И јавни бележник и судија свој посао морају да обављају професионално, објективно, без наклоности, предубеђења, предрасуда, а за јавног бележника је још и посебно наглашено да нема улогу заступника странке већ лица које је овлашћено да обавља послове одређене законом. На јавног бележника се донекле односи и начело непреместивости предвиђено за судије,[23] будући да се јавни бележник именује за тачно одређену јединицу локалне самоуправе[24] и није предвиђена могућност промене службеног подручја[25] без именовања за неко друго подручје по већ прописаном поступку спровођења јавног конкурса.

Оно у чему се разликују чиниоци статуса судије и јавног бележника је ослобађање судије од одговорности кроз институт имунитета подигнутог на степен уставног начела,[26] којим јавни бележник не располаже, као и поступак избора будући да у поступку избора на судијску функцију учествују искључиво органи судске власти.[27]

---

[23] Међутим, судије против своје воље могу бити трајно премештени или привремено упућени у други суд у складу са законом, Закон о судијама, *Службени гласник Републике Србије*, број: 10/2023, чл. 19 и 20

[24] При чему приликом полагања заклетве мора имати и пребивалиште у тој јединици локалне самоуправе, Закон о јавном бележништву, чл. 16 ст. 5

[25] У складу са садашњим законским решењем јавни бележник би, уколико би желео да промени службено подручје, првенствено требао да поднесе писмени отказ на основу кога би Министар правде донео одлуку о престанку делатности, чиме би се, након њене коначности, стекли услови за учешће на новом конкурсу за именовање по већ прописаној процедури.

[26] Судија не може бити позван на одговорност за мишљење дато у вези са вршењем судијске функције и за гласање приликом доношења судске одлуке, изузев ако учини кривично дело кршење закона од стране судије или јавног тужиоца и не може без одобрења Високог савета судства бити лишен слободе у поступку покренутом због кривичног дела у вршењу судијске функције“. Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, број: 98/06, 115/21, чл. 148, ст. 1 и 2

[27] Високи савет судства, као независан орган судске власти, у потпуности спроводи поступак за избор судије на судијску функцију. Закон о судијама, чл. 53-59

Дакле, јавнобележничка делатност је многоструко повезана са судом: суд врши надзор над њеним спровођењем, службено подручје јавног бележника одређује према службеном подручју основног суда суда, суд поверава јавном бележнику одређене послове својом одлуком, надлежан је да одлучује по приговорима на решења јавних бележника којима одбијају вршење службене радње по захтеву странака.[28]

УЛОГА ОРГАНА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У СТАТУСНИМ ПИТАЊИМА ЈАВНИХ БЕЛЕЖНИКА

Улога органа државне управе, Министарства правде,[29] у статусним питањима јавних бележника је веома важна. Одлуком министра правде[30] јавни бележник стиче свој статус, а на исти начин му он и престаје. Такође, одлуком министра се одређује број јавнобележничких места, министар утврђује јавнобележничку тарифу у складу са којом јавни бележник остварује право на награду за свој рад и накнаду трошкова насталих у вези са обављањем посла и врши надзор над њиховом наплатом, води евиденцију о јавним бележницима који су уписани у именик јавних бележника, а услов за започињање са радом јавног бележника јесте полагање заклетве пред министром као и провера испуњености услова јавнобележничке канцеларије у погледу просторије и опреме неопходне за рад од стране министарства.

Законом је прописано да су услови за именовање једног лица за јавног бележника: држављанство Републике Србије, пословна и општа здравствена способност, завршен правни факултет, положен правосудни испит и испит за јавног бележника, најмање пет година радног искуства у правној струци након положеног правосудног испита, да говори, пише и чита српски језик као и језик националне мањине када је он у службеној употреби, да је достојан јавног поверења за обављање послова јавног бележништва, као и да има или да докаже да може обезбедити одговарајуће просторије и опрему за обављање делатности јавног бележника.[31]

[28] Закон о јавном бележништву, чл. 4, 17, 53а и 53б
[29] У даљем тексту, министарство.
[30] У даљем тексту, министар.
[31] Исто, чл. 25

Јавног бележника именује решењем министар, по прибављеном мишљењу Јавнобележничке коморе,[32] а на основу јавног конкурса. Јавни конкурс за именовање јавног бележника на основу одлуке министра, расписује и спроводи Јавнобележничка комора. Министар именује јавног бележника на основу документације коју је кандидат поднео и мишљења Јавнобележничке коморе. Како би лице које је именовано за јавног бележника могло да врши јавнобележничку делатност, неопходно је да положи заклетву пред Министром правде и добије позитивно мишљење од министарства у погледу просторија и опреме неопходне за рад.[33] Делатност јавног бележника престаје: смрћу, навршењем 67. година живота, писменим отказом и разрешењем, а одлуку о томе доноси министар.[34]

У поступцима именовања и разрешења јавног бележника примењују се одредбе Закона о општем управном поступку.[35] Све одлуке министра пре расписивања јавног конкурса за именовање јавних бележника, одлуке о именовању, удаљењу и разрешењу јавног бележника се доносе у форми решења које је коначно и против кога се може покретнути управни спор. Решење министра има обележја управног акта и њиме се на ауторитативан начин одлучује у појединачној правној ситуацији.[36] По спроведеном поступку именовања, јавни бележник полаже заклетву пред министром,[37] након чега је овлашћен да предузима јавнобележнич-

[32] Јавнобележничка комора је професионално и непрофитно удружење које има својство правног лица и у које се удружују јавни бележници уписани у њен именик. Послови јавнобележничке коморе су бројни и тичу се чувања угледа, части и интегритета јавног бележништва као професије, вршења надзора над радом јавних бележника, организовања стручних и научних скупова и саветовања, доношења кодекса етике и пословника. Статут јавнобележничке коморе, *Службени гласник Републике Србије*, број: 28/2023, чл. 1 и 2

[33] Исто, чл. 22 и 30

[34] Исто, чл. 24

[35] Закон о јавном бележништву, чл. 29. ст. 6

[36] „Управни акт је конкретан, ауторитативан правни акт управе (донет у управној ствари).“ Д. Милков, Управно право II, *Правни факултет, Универзитет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност*, Нови Сад, 2017, стр. 28

[37] Полагање заклетве представља својеврсну церемонију свечаног типа којим именовани јавни бележник гласним изговарањем законом прописаног текста и формално и јавно прихвата етичке, моралне и професионалне принципе јавног бележништва и обавезује се на поштовање правног поретка Републике Србије, те законито, савесно, поштено и непристрасно обављање делатности јавног бележника. Закон о јавном бележништву, чл. 30

ке радње. Будући да је полагање заклетве неопходан, законом прописан, услов за ступање на дужност и израз конкретизације повереног јавног овлашћења јавном бележнику као појединцу, то је неоправдано неодазивање полагању заклетве и подвргавање овој свечаној форми санкционисано потирањем правних последица решења о именовању. Из наведеног произилази да ће решење министра, иако коначно, производити правно дејство тек уколико физичко лице које је именовано за јавног бележника положи заклетву пред министром. Законом није предвиђено доношење новог акта којим се констатује наступање овог раскидног услова, већ је предвиђено да министар може за јавног бележника именовати другог кандидата који испуњава законске услове.[38]

Законом о јавном бележништву су прописани и таксативно наведени услови за разрешење јавног бележника и то: ако се накнадно утврди да су престали да постоје услови за обављање јавнобележничке делатности или да нису ни постојали приликом његовог именовања, ако заснује радни однос, почне да користи права из пензијског осигурања или ако почне да обавља другу делатност, ако му судском одлуком буде одузета или ограничена пословна способност, ако постане трајно неспособан да обавља делатност због болести, ако се није осигурао од одговорности или не плаћа накнаду за осигурање Јавнобележничкој комори, ако обавља послове који нису спојиви са угледом и достојанством јавног бележника, ако му је изречена дисциплинска казна одузимања права обављања делатности јавног бележника, као и ако без оправданог разлога не започне са радом у року од 15 дана од дна који је Јавнобележничка комора одредила за почетак његовог рада. Сходно одредбама Закона о општем управном поступку, сматрамо да се поступак за разрешење јавног бележника може бити покренут по службеној дужности као и захтевом сваког заинтересованог лица, посебно ако се поступак за разрешење покреће из разлога што јавни бележник обавља послове који нису спојиви са угледом и достојанством јавног бележника, а свакако захтевом Јавнобележничке коморе и суда на чијем подручју јавни бележник врши своју делатност.[39] Пре доношења одлуке о разрешењу, јавном бележнику мора бити омогућено да се изјасни о разлозима за раз-

[38] Исто, чл. 30

[39] О томе ко може бити странка у управном поступку види: Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, број: 18/16, 95/18-аутентично тумачење и 2/23 – одлука УС, чл. 44

решење, што подразумева да ће надлежни орган бити у обавези да спроведе испитни поступак увек, чак иако је поступак покренут због губитка пословне способности јавног бележника. Овакво законско решење, пружање могућности јавном бележнику да се у сваком случају изјасни ради заштите својих права и интереса у поступку разрешења, само потврђује значај који законодавац даје улози јавног бележника за функционисање правног система, друштва и државе у целини.

Решење о привременом удаљењу јавног бележника министар правде доноси ако је против јавног бележника отворена истрага због кривичног дела које се гони по службеној дужности, а које га чини недостојним јавнобележничке дужноссти, ако је јавном бележнику у кривичном поступку изречена мера безбедности забране бављења одређеним послом или занимањем, а одлука о томе није постала правноснажна, ако је јавном бележнику одређен притвор и ако је покренут поступак за одузимање или ограничење пословне способности.[40] Решење о привременом удаљењу надлежни орган је дужан опозвати чим престану разлози због којих је изречено.

Против свих решења којима се одлучује о статусу јавног бележника жалба није дозвољена, већ је могуће правну заштиту остварити тужбом Управном суду. Односно, решење министра има својство коначности и против њега је могуће покренути управни спор.

ЗАКЉУЧАК

Улога органа државне управе у питањима битним за организацију и функционисање јавног бележништва као и за сам статус јавних бележника је довела до дилема око правне природе јавног бележништва, како у упоредном праву тако и у домаћој научној јавности. Третирање јавног бележника као јавног службеника, међутим, није прихватљиво. Јавни бележник, иако се именује актом органа државне власти, није у службеничком односу ни према коме, а посебно не према држави. Недвосмислено је да је правна природа јавног бележника двојака, и јавноправна и приватноправна, будући да јавног бележника не обавезују само правила струке, него и јавно поверење које му је указано.

У упоредном праву, првенствено праву Европске уније, чињеница да јавне бележнике у државама чланицама именује јавна власт је утица-

[40] Закон о јавном бележништву, чл. 31а

ла на одустајање од интеграције ове професије у унутрашње тржиште. Практично, у системима у којима јавног бележника именује јавна власт не може доћи до конкуренције са другим лицима која се баве истим типом занимања у другим државама чланицама, посебно што је у таквим системима неопходан услов за именовање и веза коју лице има са матичном државом као што је држављанство. Тиме је свакако сачувана позиција домаћих јавних бележника као особа којима држава признаје јавна овлашћења и чију делатност сматра толико значајном да има квалитет делатности од јавног поверења.

Јавни бележник јавна овлашћења, као неизоставни део његове делатности, стиче и губи делатношћу органа државне управе, по поступку који се спроводи уз поштовање правила предвиђених за општи управни поступак. Будући да су одлуке са којима се одлучује о статусу јавног бележника коначне у управном поступку, предвиђена је њихова судска контрола у управном спору. Одлуком министра правде, поред именовања, разрешења, престанка рада, се одлучује и о другим битним питањима значајним за рад јавног бележника и функционисање јавнобележничке делатности уопште. Поред тога, чин полагања заклетве пред министром, као услов за започињање са радом, управо представља израз конкретизације повереног јавног овлашћења и поверења јавном бележнику као појединцу, након чега стиче право да предузима јавнобележничке радње.

Министарство, стога, као орган државне управе, својим на закону заснованим овлашћењима која има у односу на јавне бележнике, директно учествује у остварењу циља постојања јавнобележничке делатности у правном систему Републике Србије, а то је остварење права и интереса правних и физичких лица као и јавног, односно општег интереса друштва и државе.

РЕЗИМЕ

Специфичност јавног бележништва Републике Србије се огледа у томе што представља део правосудног система, дакле у систему поделе власти припада судској власти, са одређеним, значајним овлашћењима органа управе, као представника извршне власти. Улога органа државне управе у питањима битним за организацију и функционисање јавног бележништва као и за сам статус јавних бележника је довела до дилема око правне природе јавног бележништва, како у упоредном праву тако и у

домаћој научној јавности. Третирање јавног бележника као јавног службеника, међутим, није прихватљиво. Јавни бележник, иако се именује актом органа државне власти, није у службеничком односу ни према коме, а посебно не према држави. Недвосмислено је да је правна природа јавног бележника двојака, и јавноправна и приватноправна, будући да јавног бележника не обавезују само правила струке, него и јавно поверење које му је указано.

У упоредном праву, првенствено праву Европске уније, чињеница да јавне бележнике у државама чланицама именује јавна власт је утицала на одустајање од интеграције ове професије у унутрашње тржиште. Практично, у системима у којима јавног бележника именује јавна власт не може доћи до конкуренције са другим лицима која се баве истим типом занимања у другим државама чланицама, посебно што је у таквим системима неопходан услов за именовање и веза коју лице има са матичном државом као што је држављанство. Тиме је свакако сачувана позиција домаћих јавних бележника као особа којима држава признаје јавна овлашћења и чију делатност сматра толико значајном да има квалитет делатности од јавног поверења.

Јавни бележник јавна овлашћења, као неизоставни део његове делатности, стиче и губи делатношћу органа државне управе, по поступку који се спроводи уз поштовање правила предвиђених за општи управни поступак. Будући да су одлуке са којима се одлучује о статусу јавног бележника коначне у управном поступку, предвиђена је правна заштита пред Управним судом. Одлуком министра правде, поред именовања, разрешења, престанка рада, се одлучује и о другим битним питањима значајним за рад јавног бележника и функционисање јавнобележничке делатности уопште. Тако, одлуком министра се одређује број јавнобележничких места, министар утврђује јавнобележничку тарифу у складу са којом јавни бележник остварује право на награду за свој рад и накнаду трошкова насталих у вези са обављањем посла и врши надзор над њиховом наплатом, води евиденцију о јавним бележницима који су уписани у именик јавних бележника, а услов за започињање са радом јавног бележника јесте полагање заклетве пред министром као и провера испуњености услова јавнобележничке канцеларије у погледу просторије и опреме неопходне за рад од стране министарства. Полагање заклетве пред министром управо представља израз конкретизације повереног јавног овлашћења и поверења јавном бележнику као појединцу, након ког чина стиче право да предузима јавнобележничке радње.

Министарство, као орган државне управе, својим на закону заснованим овлашћењима која има у односу на јавне бележнике, директно учествује у остварењу циља постојања јавнобележничке делатности у правном систему Републике Србије, а то је остварење права и интереса правних и физичких лица као и јавног, односно општег интереса друштва и државе.

ИЗВОД ИЗ ЛИТЕРАТУРЕ

– Аврамовић Сима, Правноисторијски аспекти нотаријата“, чланак у публикацији *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд, Правни факултет, Центар за публикације, 2005.
– Аврамовић Сима, Из историје јавног бележништва, *Зборник радова у спомен проф. Др Миодрага Трајковића*, Правни факултет Универзитета у Београду, Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд, 2006, 10-52.
– Вулетић Владимир, Латински нотаријат: темељи и изградња, Правни живот, *Удружење правника Србије*, Београд, 12/2012.
– Дракић Гордана, Нормативно уређење установе јавног бележништва у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији), Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, бр. 4, вол. 48, 2014, стр. 201-215, стр. 208
– Ђорђевић Мила Ђ., Између судства и адвокатуре - професионалне преференције студената права у Србији, *Социолошки преглед*, 2022, вол. 56, бр. 2, 680-708.
– Јакшић Александар, Нотаријат као јавна служба, чланак у публикацији *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд, Правни факултет, Центар за публикације, 2005.
– Караникић-Мирић Марија, Одговорност јавних бележника у српском грађанском праву, Правни живот-часопис за првну теорију и праксу, Београд, 1/2014, 559-583.
– Кнежић-Поповић Драгана, Правна природа јавног бележништва, Правни записи, *Правни факултет универзитета Унион*, Београд, 2/2010, 339-363.
– Кнежић-Поповић Драгана, Европски јавни бележници на ветрометини, Правни записи, *Правни факултет универзитета Унион*, Београд, 2/2016, 230-370, стр. 231-232

– Кнежић-Поповић Драгана, Нови режим признавања професионалних квалификација у праву Европске уније, Правна ријеч, *Удружење правника Републике Српске*, Бања Лука, 14/2008, 343-355.
– Korać Velibor, Notarial Form Ad Solemnitatem in Montenegrin Law, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* – Belgrade Law Review, 3/2016.
– Lightowler Michael, E-commerce for Notaries in England & Wales, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 4, 2007, 41–44.
– Милков Драган, Управно право II, *Правни факултет, Универзитет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност*, Нови Сад, 2017.
– Милков Драган, Однос управе и судова, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, 2009, вол. 18, бр. 2, 89-100.
– Мојовић Ирена, Нотарска јавна извршна исправа, Правни живот, *Удружење правника Србије*, Београд, 12/2011, 5-30.
– Овесни Кристинка, Андрагошки кадрови – професија и професионализација, *Институт за педагогију и андрагогију филозофског факултета*, Београд, 2009.
– Томић Зоран, Општа јавноправна обележја нотаријата (јавног бележништва), чланак у публикацији *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд, Правни факултет, Центар за публикације, 2005.
– Трговчевић-Прокић Милена, Закон о јавном бележништву Србије и потреба за усклађивањем са другим законима, Правни живот, *Удружење правника Србије*, Београд, 12/2012.
– Хибер Драгор, Појам бележника (нотара) и бележничког (норатијалног) права, чланак у публикацији *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд, Правни факултет, Центар за публикације, 2005.
– Шпорер Жељка, Социологија професија, *Социолошко друштво Хрватске*, Згреб, 1990.
– Статут јавнобележничке коморе, *Службени гласник Републике Србије*, број: 28/2023.
– Закон о јавном бележништву, *Службени гласник Републике Србије*, број: 31/2011, 852012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121//2014, 6/2015 и 106/2015.
– Закон о јавним бележницима, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 220-LXXVII/30
– Закон о судијама, *Службени гласник Републике Србије*, број: 10/2023.
– Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, број: 18/16, 95/18-аутентично тумачење и 2/23 – одлука УС
– Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, број: 98/06, 115/21.

Assoc. prof. Milica Torbica, Ph.D.[41]

THE ROLE OF STATE ADMINISTRATION AUTHORITIES IN STATUS ISSUES OF THE PUBLIC NOTARY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: *The status of a public notary in the Republic of Serbia is determined by the conditions prescribed by law for his appointment, the manner and procedure of his appointment, termination of activity, control of his work and social role, which consists of ethical and moral values embodied in the worthiness of a person to engage in this profession. By interpreting the legal provisions in these areas, we conclude that the status of a notary public is determined by the powers that the Ministry of Justice has about him as a holder of the judicial profession, as an organ of state administration, the court as the holder of judicial authority and the Chamber of Notaries as a professional association of notaries public. The decision on the appointment, termination of duties, dismissal of a notary public, as well as issues of importance for the organization and functioning of the notary public activity in general, is made by the minister according to the rules of general administrative procedure. Therefore, the public notary through the activity of the state administration body acquires the legitimacy of the holder of public authority and a person of public trust, which directly affects the realization of the rights and interests of the entire society and the state. The analysis of that role of the state administration body is the topic of this paper.*

Keywords: *state administration body, administrative procedure, judicial profession, notary public.*

[41] University of Economics, Faculty of Law for Economy and Justice, Novi Sad, Republic of Serbia, Bački Jarak, Marko Orešković 60 milica.office1@gmail.com, +381 64 308 4565

УДК 35.077.3:321.01
doi 10.7251/PR6924143M
Оригинални научни чланак

УЗУРПАЦИЈА КАО ДРУШТВЕНО - ПРАВНИ ИНСТИТУТ УПРАВНОПРАВНИ АСПЕКТИ

Жељка Милинковић[1]

Резиме: *Сходно одредбама чл. 33. Закона о републичкој управи („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 115/18, 111/21, 15/22, 56/22, 132/22 и 90/23), Републичкој управи за геодетске и имовинскоправне послове Републике Српске припало је овлашћење расправљања питања признавања права својине на узурпираном земљишту у друштвеној својини. Рјешавање питања узурпације регулисано је одредбама Закона о узурпацијама и добровољачким компетенцијама („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 8/20). Циљ рада је детаљније упознавање са институтом узурпације али и указивање на значај самог рјешавања овог комплексног питања. У току излагања рада извршићемо упознавање са управноправним аспектима рјешавања питања узурпације с освртом на ток и управноправни поступак. Такође, представићемо и значајније сентенце из одлука Врховног суда Републике Српске којима је одлучивано о питању узурпације.*

Кључне ријечи*: узурпација, поступак, својина, катастар непокретности.*

[1] Начелник одјељења за допунски премјер у оснивању и одржавању катастра непокретности у Републичкој управи за геодетске и имовинско-правне послове Бања Лука, дипл. правник, мастер студент Управног права, email: zeljka.milinkovic@rgurs.org

УВОДНИ ДИО

Питање рјешавања признавања права својине на узурпираном земљишту у друштвеној својини на нашој територији представља дуги низ година сложен и компликован процес како са правног тако и са друштвеног аспекта. Узурпација као друштвено правни институт вуче свој коријен из периода турске владавине, односно турске управе у Босни и Херцеговини. У том периоду а и у периоду аустроугарске управе у Босни и Херцеговини па касније и у Југославији, узурпације су настајале као посљедица тешких економских прилика људи на селу. Како би одржали голи опстанак на селу и обезбиједили неопходан принос за живот своје породице, људи на селу су вршили узурпирање државног некултивисаног земљишта и претварали у обрадива. Тако је важило правило да протеком периода од три године, на таквим обрадивим земљиштима људи су стицали извјесно право детенције (лат. ријеч detentio, држање, задржавање, фактичко уживање). Право детенције су поштовали и носиоци феудума (спахије), који су од сељака, људи обрађивача некултивисаног узурпираног земљишта добијали одређени приход (хак) сваке године. У даљем периоду, аустроугарска владавина покушала је да несрећено земљишно-књижно стање уреди на територији цијеле Босне и Херцеговине у сврху есплоатације природних богатстава у корист страних земаља – колониста, (поред разних руда, шуме и шумска богатства) но међутим, наишли су на јак отпор људи, који су све више и више заузимали и узурпирали државно земљиште. Провођење тадашње аграрне реформе од стране бивше Југославије, није испунила очекивања људи земљорадника, јер није допринјела да се у довољној мјери обезбиједи земља онима којима је била потребна. Тешка економска криза из 1929. године која је услиједила послије Другог свјетског рата допринијела је проширивању узурпације на државном земљишту, посебно на шумском земљишту. Први закон који је сагледао комплексно питање узурпације услиједио је тек послије ослобођења наше земље 1945. године. Био је то Савезни Закон о аграрној реформи и колонизацији, којим чл. 36. тог закона је било прописано да се све вршене узурпације до 6. априла 1941. године, признају у својину, са налогом да ову материју регулишу републике својим прописима. Затим је услиједио и Закон о аграрној реформи и колонизацији из 1946. године са истим овлаштењима, а касније 1955. године донешен је Закон о уређењу имовинских односа насталих узурпацијом земљишта у општенародној

имовини („Сл. лист НР Босне и Херцеговине“ бр. 18/55), који је регулисао да се признаје право својине на узурпираном земљишту до 6. априла 1941. године, осим на узурпираним земљиштима у виду шумских комплекса, енклавама и полуенклавама. [2]

У данашње вријеме посебан проблем чине неријешене узурпације из ранијег периода али и нова узурпирања земљишта чија тенденција је у порасту, а огледа се у виду самовласног заузимања земљишта у државној својини од стране пољопривредног и градског становништва, гдје су на удару често непокретности у општој употреби (путеви, пруге, земљишта погодна за изградњу викендица, обале потока и ријека, шуме, пољопривредна земљишта, па чак и грађевинска земљишта у приградским насељима). Да се закључити да су раније узурпације вршене због тешке економске ситуације, но међутим у данашње вријеме узурпације се врше из других побуда а најчешће због прибављања екомомске користи.

Питање рјешавања узурпације је једно од кључних питања од општег интереса чије рјешавање треба да буде приоритетно, јер сама по себи представља проблем због нерјешеног имовинско правног односа. У таквим ситуацијама држава је спријечена да располаже и управља својом имовином која је узурпирана, те ометају у планирању експлоатације, експропријације, концесија, пошумљавања и кориштење шумског богатства, и других бенефита које држава оставрује. Велики проблем постојања узурпација јавља се у реформи увођења јединствене евиденције о непокретностима, односно у поступку оснивања новог катастра непокретности који представља тачну, потпуну, сигурну евиденцију о непокретностима.

1. ПОЈАМ УЗУРПАЦИЈЕ

Узурпација у смислу важећег закона, сматра се свако самовласно заузимање, односно бесправно држање пољопривредног или шумског земљишта у својини носилаца јавног права.

Једна од претпоставки за расправљање узурпације јесте постојање друштвено својинског статуса узурпираног земљишта. У пренесеном смислу, да би се говорило о постојању узурпације, неопходно је да се ради

[2] Х. Арнаутовић, Б. Весковић, Коментар закона о узурпацијама са судском и управном праксом и практичним образцима, Новинско – издавачка организација, Службени лист СРБиХ, Сарајево, 1980, стр. 5-12.

о узурпацији државне својине, односно самовласно заузимање бившег државног ерара. Такође, раније је истицано па и данас да се неће сматрати узурпацијом самовласно заузимање земљишта у својини носиоца својине јавног права ако су ти носиоци јавног права то право стекли по аграрним прописима послије Другог свјетског рата.

2. ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ УЗУРПАЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Законом о узурпацијама и добровољачким компетенцијама („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 8/20) прописани су услови и поступак за рјешавање имовинско правних односа насталих узурпацијом земљишта које је до 6. априла 1941. године било државна својина (ерар) у својини носилаца својине јавног права и на добровољачким компетенцијама.[3] Сходно Закону, узурпација је самовласно заузимање, бесправно држање пољопривредног или шумског земљишта у својини носилаца својине јавног права. Узурпацијом се сматра и свако самовласно заузимање, односно бесправно држање пољопривредног или шумског земљишта у својини носилаца својине јавног права на коме су расправљени спорни имовинскоправни односи по ранијим прописима, а тадашњи органи управе односно носиоци права на државној својини нису извршила депосједирање узурпаната у складу са донесеним правоснажним рјешењима, већ су узурпанте оставили у посједу узурпираног земљишта. Узурпацијом у смислу овог закона неће се сматрати заузимање шумског и пољопривредног земљишта прије 31. децембра 1955. године, које је означено као „јавно добро“, као ни заузимање земљишта у својини носилаца својине јавног права, ако су ти носиоци то право стекли по аграрним прописима послије Другог свјетског рата изузев од физичких и приватно-правних лица, осим одређених права стечених у складу са чл. 7. Закона о аграрној реформи и колонизацији. Надаље, истим законом је дефинисано да самовласно заузимање земљишта означеног као „грађевинско земљиште“ се неће сматрати узурпацијом. Носиоци својине јавног права су република, јединица локалне самоуправе, јавно предузеће, јавна установа и друге службе[4] које

[3] Закон о узурпацијама и добровољачким компетенцијама (*Сл. гласник Републике Српске* бр. 8/2020)

[4] Закон о стварним правима (*Сл. гласник Републике Српске* бр. 124/08, 58/09, 95/11, 60/15, 107/19).

имају јавна овлаштења у вршењу државне власти, чл. 22. Закона о стварним правима („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 124/08, 58/09, 95/11, 60/15, 107/19).

Расправљање питања признавања права својине на узурпираном земљишту спада у посебан управни поступак у којем доминира посебна примјена прописа, а то је Закон о узурпацијама и добровољачким компетенцијама, гдје важи правило „lex specialis derogat legi generali“,[5] тј. принцип супсидијарности, односно и у овом поступку Закон о узурпацијама и добровољачким компетенцијама има предност у односу на Закон о општем управном поступку („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 13/02, 87/07, 50/10, 66/18). Поступак признавања права својине на узурпираном земљишту предпоставља испуњење одређених услова. Први услов који мора бити испуњен за признавање права својине на узурпираном земљишту јесте да је земљиште узурпирано прије 31. децембра 1955. године од стране подносиоца захтјева, односно од узурпанта или његовог правног сљедника, да је предметно узурпирано зељмиште на дан 6. април 1941. године било државна својина у статусу државни ерар, што се доказује изводима из земљишне књиге за одређену парцелу одређене катастарске општине. На узурпираном земљишту право својине може се признати само ако је узурпант физичко лице. Право својине на узурпираном земљишту може се признати и другом физичком лицу уколико је узурпирано земљиште прешло у посјед по ваљаном правном основу (рјешење суда или управног органа, уговор, насљеђивање и сл.).

Такође, Закон о узурпацијама и добровољачким евиденцијама прописао је да се неће признати право својине на узурпираном земљишту прије 31. децембра 1941. године у случају да је то земљиште на дан 6. априла 1941. године по култури било шума, у случају да земљиште представља енклаву пољопривредног земљишта на којој нису саграђени стамбени објекти и ако је површином мања од два хектара, у случају да енклава и полуенклава која смета правилном газдовању шумама и шумском комплексу, ако је на сметњи правилном уређењу бујичних и ерозивних подручја, ако је на сметњи комуникацијама, у случају да земљиште није евидентирано у премјеру извршеном по Гаус-Кригеровој пројекцији од 31. децембра 1955. године до ступања на снагу садашњег закона, осим за земљиште за које није урађен нови премјер. Неће се признати право

[5] П. Кунић, Управно право, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2010, стр. 89

својине ни у случају да то земљиште у моменту расправљања узурпације није у посједу узурпанта, као и у случају да је то земљиште узурпант напустио, односно да његово боравиште није у Републици Српској.

Поступак расправљања имовинскоправних односа насталих узурпацијом земљишта покреће се на захтјев странке, узурпанта, затим носиоца својине јавног права Правобранилаштва Републике Српске или по службеној дужности (ex officio). Захтјев за признавање права својине мора да садржи личне податке о узурпанту, податке о узурпираном земљишту, податке када је земљиште узурпирано, од кога и по ком основу узурпант држи.

Надлежни орган у рјешавању питања признавања права својине на узурпираном земљишту проводи посебан испитни поступак, саслушањем странака поступка, прибављањем и извођењем неопходних доказа, те након утврђеног чињеничног стања, на бази свих одлучних чињеница доноси рјешење којим се признаје или не признаје право својине на узурпираном земљишту. Рјешење надлежног органа у поступку расправљања питања узурпације има конститутивно дејство јер се истим утврђује право својине. Рјешење којим је признато право својине узурпанту проводи се у јавним евиденцијама.

У случају да се узурпанту не признаје право својине на узурпираном земљишту, надлежни орган одређује титулара на том земљишту и уписује носиоца својине јавног права, налаже упис у јавне евиденције те истим рјешењем налаже узурпанту напуштање узурпираног земљишта у року од 6 мјесеци од правоснажности рјешења. Рјешење о напуштању посједа узурпираног земљишта, након правоснажности, може се извршити административним и принудним путем.

Рјешења донесена у поступку расправљања питања узурпације могу се побијати у жалбеном поступку у року од 15 дана од пријема истог. Одлуку по жалби доноси другостепени орган Републичке управе за геодетске и имовинскоправне послове Бања Лука у року од 60 дана, којим рјешењем може одбацити, одбити или усвојити жалбу и предмет вратити на поновни поступак и одлучивање. Такође, незадовољна странка своју правну заштиту може потражити и покретањем управног спора пред надлежним судом као и подношењем ванредних правних љекова.

На постојање питања узурпације орган се често сусреће и у поступку оснивања јединствене евиденције о непокретностима, тј. у поступку оснивања и одржавања катастра непокретности. Сходно томе, Правилник о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике

Српске („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 11/14, 25/14, 31/15)[6], чл. 49. прописао је поступање органа у поступку излагања података на јавни увид у случају да се за неку непокретност утврди да представља узурпацију друштвене, државне својине. У том случају надлежна Комисија, утврђује вјероватног власника, те мање вјероватног власника упућује на расправљање питања узурпације пред одјељењем за имовинскоправне послове, те о томе сачињава и уписује забиљежбу о покренутом поступку расправљања спорних имовинскоправних односа на узурпираном земљишту у катастру непокретности.

3. ПРИМЈЕНА НАЧЕЛА УПРАВНОГ ПОСТУПКА

Дефиниција начела у нарави представља полазне, најопштије и најважније норме сваког правног поступка. Начела управног поступка су општеобавезна и имају за циљ заштиту појединачних и општих интереса. Субјекти који имају надлежности за примјену ЗОУП-а, дужни су поштовати и придржавати се основних начела приликом рјешавања у управним ставрима. [7]

Закон о општем управном поступку Републике Српске својим одредбама прописао је основна начела која су дужни примјењивати сви субјекти, без обзира да ли поступају само по његовим одредбама или по одредбама које важе за посебне управноправне процедуре. Начела управног поступка представљају супстарт цјелокупног управног поступка, орјентацију и гаранцију за правилну примјену материјалноправних прописа, као и гаранцију странкама да ће њихова легитимна права и интересии бити адекватно заштићени. Такође, у поступку рјешавања питања узурпације, орган је дужан примјењивати основна начела Закона о општем управном поступку.

Према Закону о општем управном поступку („Службени гласник Републике Српске“ бр. 13/02, 87/07, 50/10 и 66/10) основна начела су: начело законитости, начело заштите права странака и заштите јавног интереса, начело ефикасности, начело истине, начело саслушања странке,

[6] Правилник о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике Српске (*Сл. гласник Републике Српске* бр. 11/14, 25/14, 31/15).

[7] М. О. Рађеновић, Право општег управног поступка и управног спора, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2016, 36-56.

начело слободне оцјене доказа, начело самосталности у рјешавању, начело двостепености у рјешавању (право на жалбу), начело коначности и правоснажности рјешења, начело економичности поступка, начело пружања помоћи неукој странци и начело о употреби језика и писма.

Начело законитости. Уставност и законитост су врховни општи принципи постојања и функционисања сваког друштвено политичког и правног система. Начело законитости је почетно, темељно начело, које у управном поступку заузима највише мјесто. Закон о општем управном поступку је предвиђено да органи управе и други органи и организације којима су повјерена управна овлашћења, управне акте доносе и управне ставри рјешавају на основу закона и других прописа заснованих на закону. Начело законитости предпоставља како формалноправну законитост тако и материјално правну законитост, односно поштовање и строга примјена ЗОУП-а и других материјалних прописа којима се уређују поједине гране права. Управно одлучивање предпоставља одређену слободу у одлучивању али не и самовољу водитеља поступка (службено лице), већ представља поступање по слову закона, односно брижљиво, добронамјерно поступање, у складу са појединачним и јавним интересом. Другим ријечима, рјешење донесено у управном поступку мора бити донесено у границама овлашћења и у складу са циљем у којем је овлашћење дато. Повреда начела законитости представља битну повреду поступка, и може довести до поништавања, укидања или мјењања побијаног управног акта, кориштењем редовних или ванредних правних љекова.

Начело заштите права странака и заштите јавног интереса. Орган који води поступак има двоструку улогу а то је заштита права странака и заштите јавног интереса. Иако Законом о општем управном поступку се прокалмује једнака заштита приватног и јавног интереса, ипак већи се акценат ставља на заштиту јавног интереса. Начело заштите права странака и заштите јавног интереса огледа се у томе да су органи који воде управни поступак и рјешавају у управним стварима дужни да странкама омогуће да што лакше заштите своја права и остваре своје интересе, која права и интереси не смију бити на штету трећих лица нити протуријечити јавном интресу. Даље, начело прокламује да је обавеза и дужност службеног лица да обзиром на чињенично стање, упозна старнку или упозори да има основа за остваривање неког права или правног интереса. И најзад начело заштите права странака и заштите јавног интереса налаже органу примјену најповољнијих мјера према странкама,

уколико се са таквим мјерама може остварити циљ. Смисао примјене начела заштите права странака и заштите јавног интереса да поред уважавања домаћег управног законодавстава има поштовати и међународне правне акте као што је Европска конвенција о заштити људских права и темљних слобода и њених протокола.

Начело ефикасности. Начело ефикасности представља дјелотворни и носиви елеменат модерне савремене управе. Суштинско значење начела ефикасности огледа се у дјелотворном учинку органа који се постиже извршењем управних појединих радњи којима се провјерава да ли је реализован постављени циљ управног поступања. У конкретном смислу начело ефикасности представља квалитет, дјелотворност, брзину, експедитивност у обављању управног рада. Непоштовање начела ефикасности не повлачи никакве санкције према службеним лицима – водитеља управног поступка, али исто се може побијати у склопу оспоравања законитости управног акта. Ово начело је декларативног карактера и у својој улози треба да утиче на свијест и савјесност службеног лица.

Начело истине. Смисао начела истине огледа се у томе да се у поступку утврди право стање управне ствари. Према одредбама Закона о општем управном поступку, начело истине је у узајамном односу са начелом официјелности и инквизационим начелом, према којима се службеном лицу приликом утврђивања чињеничног стања и оцјењивања доказа даје приоритетна улога. Поред тога, странка и други учесници, у мјери која им припада, сносе терет доказивања, који произилази из обавезе њиховог учествовања у утврђивању стања ставри које у датом случају објективно постоји. Начело истине изузетно садржи одступања у случају закључивања поравнања између странака, затим кад се у поступку користе јавне исправе, као доказно средство обориве законске претпоставке истинитости њихове садржине, и код примјене познатог процесноправног института „zabrane reformatio im peius“, односно забрана мјењања првостепеног рјешења на штету странке од стране другостепеног органа приликом рјешавања по жалби. Повреда начела истине има за посљедицу укидање, мјењање и поништавање управног акта.

Начело саслушања странке. Начело саслушања странке представља основни вид остваривања правне комуникације између органа и свих других учесника у поступку. Суштински начело саслушања странке значи да се у управном поступку прије доношења рјешења странци мора дати могућност да се изјасни о свим чињеницама и околностима које су важне

за доношење рјешења. Орган не може донијети рјешење без саслушања странке у поступку изузев скраћеног поступка, те се стога може рећи да странка у току цијелог поступка има активну улогу да диспонира одговарајућим процесним правима. Начело саслушања странке начелно се огледа у томе да странка има право да учествује у испитном поступку, да се изјашњава о чињеницама и предложеним доказима, да даје потребне податке, износи доказну грађу, да поставља питања другим странкама, да брани своја права и интересе и слично. Начело саслушања странке се разликује од изјаве странке. Изјава странке у управном поступку третира се као доказно средство којим се утврђују неке важне околности чињеничног стања. Повреда начела саслушања странке даје странци могућност управне и судске заштите, путем редовних и ванредих средстава.

Начело слободне оцјене доказа. Начело слободне оцјене доказа се дефинише као слободно оцјењивање доказа од стране службеног лица при рјешавању у управним стварима. Које ће чињенице узети као доказане, службено лице одлучује по своме увјерењу, користећи своје знање и искуство. Спровођење начела слободне оцјене доказа огледа се кроз савјесно и брижљиво оцјењивање сваког доказа посебно, затим свих доказа заједно, а потом и резултата цјелокупног поступка. Начело слободне оцјене не подразумијева неограниченост и не значи арбитрарност, већ се мора примјењивати према правилима објективног и логичког закључивања. Од начела слободне осјене доказа постоји једно одступање. Оно се односи на доказна средства која се третирају као вјеродостојна, будући да за њих важи оборива претпоставка тачности (јавне исправе). Што се тиче других доказних средстава (приватних исправа, свједочења, вјештачења, изјаве странака), њихова се садржина, обзиром да је субјективног карактера, a priori не може прихватити као потпуно доказана. Погрешна оцјена доказа у управном поступку има за посљедицу поништавање рјешења од стране другостепеног органа или надлежног суда у управном спору.

Начело самосталности у рјешавању. Начело самосталности у рјешавању огледа се у томе да органима управе у погледу њиховог рада, нико извана не може издавати никакве налоге и заповијести, из чега произилази да своје акте доносе самостално, стручно и одговорно. Суштински посматрано, начело самосталности значи да нико не може вршити утицај на рад службеног лица, не само из вањског окружења него и унутрашњег, шефови, руководиоци, директори. И код примјене овог начела постоје одступања. Прво одступање јесте онда када је орган управе дужан придржавати се општих смјерница владе. Други случај јесте када је Закон о општем

управном поступку дерогиран Законом о управним споровима, извршавањем судских пресуда, када је управни орган дужан донијету управни акт сходно правним схватањем суда и примједбама у погледу поступка.

Начело двостепености у рјешавању. Право на жалбу је Уставом загарантовано право. Суштински, начело двостепености у рјешавању изражава се у праву странке да рјешење донесено у првом степену може побијати жалбом, изузимајући случајеве кад је жалба законом недопуштена. Двостепеност поступка значи да је он коначан у тој фази поступка, односно немогућност побијања рјешења у управном поступку путем жалбе. Коначност поступка наступа и у ситуацијама када странка пропусти да изјави жалбу, када жалба није допуштена, и када је странка неблаговремено поднесе. Жалба је дозвољена и у ситуацијама када управни орган није донио одлуку у року у којем је био обавезан, тзв. жалба због „ћутања управе“. Коначна рјешења подобна су за извршење. Само против коначних рјешења може се покренути управни спор.

Начело правоснажности. Правоснажност је процесно-правно својство управног акта, који у суштини значи да се у редовном управном поступку и управно судском поступку, не може више расправљати о управној ствари која је тим актом ријешена, „ne bis in idem“, односно када се рјешење не може побијати жалбом у управном поступку нити тужбом у управном спору. Из поменутог произилази да рјешење постаје коначно а истовремено и правоснажно. Правоснажност као процесноправно својство акта нема апсолутан карактер, што имплицира да се у одређеним условима и на одговарајући начин акт може нападати (поништавати, укидати или мијењати) ванредним правним средствима. И у коначности, правна непромјењивост акта тиче се само диспозитива док други обавезни дијелови састављеног рјешења не могу постати правоснажни. Изузетак од наступања својства правоснажности имају привремена рјешења због своје провизорне природе.

Начело економичности поступка. Економичност поступка носилаца управноправних овлаштења у рјешавању у управним стварима базира се на брзини поступка и штедњи трошкова за странку и друге учеснике. Ово начело не смије бити замјена за нарушавање других процесних начела.

Начело пружања помоћи неукој странци. Основна суштина овог начела огледа се у дужности органа који води поступак да се стара о процесним правима странке, тако да незнање и неукост не буду на штету права која им по закону припадају.

Начело о употреби језика и писма. Ово начело у суштини значи да се управни поступак води на једном од језика конститутивних народа у складу са Уставом и Законом. Странке и други учесници који нису држављани Републике Српске и не знају језик, имају право да ток поступка прате преко овлаштеног тумача.

4. УПРАВНИ СПОР

Управни спор може се дефинисати као одлучивање судова о законитости аката којима органи, организације јавне управе, рјешавају о правима и обавезама физичких лица и правних лица или других странака у појединачним управним стварима, из чега произилази да се као предмет управног спора може појавити једино законитост управног акта, не и неког другог акта, и то само оног који је стекао својство коначности. [8]

До управног спора може се доћи и у ситуацији када орган, по захтјеву странке, односно по жалби странке не донесе одговарајући управни кат, па се стога као предмет управног спора може јавити и ћутање управе (ћутање администрације). На крају, управни спор представља судску контролу управе, коју врше судови, која је у правилу на друге контроле непристраснија, досљеднија, поузданија, квалификованија.

Надлежност за рјешавање управних спорова припада окружним судовима, према сједишту првостепеног органа. Законом о управним споровима дефинисан је управни акт као акт којим надлежни орган рјешава о извјесном праву или обавези, односно непосредном личном интересу физичких и правних лица. [9] Управни акт се може побијати ако акт садржи такве недостатке који спрјечавају оцјену његове законитости или недостатке који га чине ништавим, ако у акту није никако или није правилно примијењен закон, пропис заснован на закону или општи акт, ако је донесен од стране ненадлежног органа, ако у управном поступку који је претходио доношењу управног акта није поступљено по правилима поступка, а нарочито ако чињенично стање није потпуно и правилно утврђено или је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања, и ако је орган рјешавајући по службеној дужности прекорачио границе овлашћења

[8] М. О. Рађеновић, Право управног спора, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет Бања Лука, 2010, 54-55.

[9] Закон о управним споровима, *Службени гласник Републике Српске* бр. 109/05, 63/11.

која су му дата законом. Као тужена страна у управном спору јавља се доносилац управног акта.

Тужба у управном спору подноси се у року од 30 дана од дана достављања управног акта странци, путем надлежног суда или поштом. У тужби се мора навести име, презиме и мјесто становања, назив и сједиште тужиоца, тужене стране и заинтересована лица, број и датум управног акта против кога је тужба поднесена, разлоге за побијање управног акта, у коме облику се предлаже његово поништење и потпис подносиоца. Такође, у тужби се могу изнијети нове чињенице и нови докази, осим ако несумњиво указују да је чињенично стање очигледно другачије од оног утврђеног у управном поступку и под условом да тужилац докаже да их без своје кривице раније није могао изнијети, односно предложити до завршетка управног поступка.

Управни спор рјешава се пресудом којом се тужба уважава или одбија као неоснована. У претходном испитивању тужбе, тј. у поступку испитивања процесних услова за поступање по тужби, суд може тужбу одбацити као неосновану. Уколико суд не одбаци тужбу, суд тужбу са свим списима предмета доставља туженом органу и заинтересованим странкама на одговор остављајући рок од 30 дана од дана достављања.[10] Такође, суд може одлучити у спору пуне јурисдикције, односно суд може сам рјешити управну ствар. Против пресуде донесене у управном спору не може се изјавити жалба али законом је прописано да незадовољна странка може против такве одлуке покренути ванредне правне љекове као што су Захтјев за ванредно преиспитивање судске одлуке и Приједлог за понављање поступка.

У поступку расправљања питања узурпације незадовољана странка има право да правну заштиту затражи у управном спору, подношењем тужбе против коначног управног акта али и подношењем тужбе због ћутања управе, односно недоношења управног акта у законом прописаном року.

5. СУДСКА ПРАКСА

Пресудом Врховног суда Републике Српске бр. 11 0 У 017316 16 Увп од 13.06.2018. године, у рјешавању питања стицања права својине на узурпираном земљишту, Врховни суд је заузео став да је одлука о одбијању

[10] М.О.Рађеновић, Право управног спора, Универзитет у Бања Луци, Правни факултет, Бања Лука, 2010, 87-92.

признавања права својине на узурпираном зељмишту првостепеног органа а коју је и Окружни суд потврдио, незаконита како са становишта погрешне примјене процесног права тако и са становишта погрешне примјене материјалног права. У предметној управној ствари управни орган а касније и Окружни суд су истакли да су свједочења свједока о времену настале узурпације „врло неодређени“, те да први упис узурпанта (тужитеља) у катастарски операт 1979. године на основу авио снимка, представља доказ да узурпант није у посједу од 8. јула 1955. године. Врховни суд заузео је став и истако да: „Сама чињеница да је отац тужитељице у катастарски операт уписан тек 1979. године на основу авио снимка, није доказ да се у његовом посједу то зељмиште налази од тог момента, јер је посјед фактичко стање које може бити праћено правним основом, а не мора и најчешће није. Уколико би подаци уписа у катастарском операту били довољни и релевантни за рјешавање узурпација, онда би орган једноставно путем вјештака геометра или самостално извршио увид у катастарски операт и донио рјешење не проводећи други поступак, који подразумијева саслушање узурпанта и свједока на околности времена извршене узурпације, утврђивање граничне линије, увиђаја, и сл.“. У коначности пресуде Врховни суд Републике Српске је навео да „чињенично стање није потпуно и правилно утврђено и да није поступљено по одредби чл. 8. ЗОУП-а, којом је прописано да се у поступку мора утврдити право стање ствари и у том циљу морају се потпуно и правилно утврдити све чињенице и околности које су од важности за доношење законитог и правилног рјешења, јер од правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања зависи правилна примјена материјалног права. Поред тога су неки закључци изнесени у првостепеном рјешењу и оспореном акту у противриједчности са доказима који се налазе у спису, јер није извршена оцјена доказа у смислу чл. 10. ЗОУП-а, чиме су учињене повреде правила поступка“.

Пресудом Врховног суда Републике Српске бр. 15 0 У 002482 16 Увп од 05.10.2018. године, у рјешавању питања стицања права својине на узурпираном земљишту, Врховни суд Републике Српске заузео је став по питању да ли узурпант мора стално да борави на узурпираном земљишту (које питање оспорава тужилац државне својине Правобранилаштво Републике Српске) образлагајући да: „Како је предметно земљиште уписано као државна својина-ерар, а узурпирано прије 8. јула 1955. године, те да постоји континуитет посједа тог земљишта од стране заинтересованог лица односно његовог правног предника од којег је он наслиједио то земљиште према рјешењу о насљеђивању из 1972. године, када је и

уписан као посједник тог земљишта које је користио све до 1992. године када је избио оружани сукоб на простору бивше СР БиХ, те му по том то земљиште, заједно са осталим непокретностима на којима се налазе његови стамбени и привредни објекти, враћено у посјед рјешењем Министарства за избјегла и расељена лица Републике Српске, одсјек Гацко из 1999. године, за које земљиште уредно и плаћа порез и редовно са њега сваког љета убире плодове, неспорно је да су били испуњени услови да се заинтересованом лицу призна право својине на том зељмишту, у смислу наведених одредаба Закона о узурпацији. На другачије закључивање не може утицати то што он борави у Мостару а љети убире плодове са тог земљишта, јер посјед непокретности представља фактичку власт на непокретности, у смислу одредбе чл. 303. став 1. и 2. Закона о стварним правима којима је прописано да је државина фактичка власт на ствари (став 1), а лице које своју фактичку власт врши лично или путем пуномоћника у држању је непосредни држалац. С тим у вези треба истаћи да правно призната фактичка власт постоји када неко има објективну могућност да располаже са одређеном ствари, односно када је та ствар у сфери његове контроле, па уједно представља и облик економског искоришћавања ствари, што значи да је држалац економски власник ствари, а воља да се та ствар држи као своја је садржана у свом појму фактичке власти, који услови у конкретном случају у погледу постојања фактичке власти на предметном земљишту су неспорно испуњени. Стога није неопходно да лице које врши фактичку власт на ствари стално борави на одређеној непокретности, већ је довољно да повремено непокретност користи као своју и исказује вољу да ту непокретност и даље користи, што је правилно и образложено у побијаној пресуди“.

6. ЗАКЉУЧАК

Рјешавање питања узурпације на земљишту друштвене својине је један од начина рјешавања имовинскоправних нерјешених односа који датирају још од давнина, доба турске владавине.

Расправљање узурпације на земљишту има за циљ одређивање стварног титулара на узурпираном земљишту и упис права својине као јединог облика власништва на непокретности. Непокретности у својини погодне су за лакше прометовање, насљеђивање, даровање, грађење, легализацију и друге радње. Ријешени имовинскоправни односи на узурпираној непокретности доприносе бржем и једноставнијем закључу-

чивању правних послова као и потенцијалном инвестиционом улагању домаћих и страних инвеститора и улагача, што позитивно утиче на бољи економски развој друштва у цијелини али и на бољи стандард грађана. Рјешавање проблема узурпације доводи и до тачних података о непокретностима што уједно представља претходно питање код оснивања јединствене евиденције катастра непокретности.

У коначности рјешавање питања узурпације има за циљ слободно држање, кориштење и располагање имовином од стране његовог титулара, како физичког лица тако и слободно и несметано располагање од стране државе, ако се у поступку као титулар на земљишту утврди Република Српска.

7. ЛИТЕРАТУРА

- Х. Арнаутовић, Б. Весковић, Коментар закона о узурпацијама са судском и управном праксом и практичним образцима, Новинско – издавачка организација, Службени лист СРБиХ, Сарајево, 1980.
- П. Кунић, Управно право, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2010.
- М. О. Рађеновић, Право општег управног поступка и управног спора, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2016.
- М. О. Рађеновић, Право управног спора, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука, 2010.
- Закон о општем управном поступку („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 13/02, 87/07, 50/10 и 66/10).
- Закон о управним споровима, („Службени гласник Републике Српске“ бр.109/05, 63/11.
- Закон о узурпацијама и добровољачким компетенцијама („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 8/2020).
- Закон о стварним правима („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 124/08, 58/09, 95/11, 60/15, 107/19).
- Правилник о начину оснивања и одржавања катастра непокретности Републике Српске („Сл. гласник Републике Српске“ бр. 11/14, 25/14, 31/15).
- Пресуда Врховног суда Републике Српске бр. 11 0 У 017316 16 Увп од 13.06.2018. године.
- Пресуда Врховног суда Републике Српске бр. 15 0 У 002482 16 Увп од 05.10.2018. године.

Željka Milinković[11]

USURPATION AS A SOCIAL - LEGAL INSTITUTE ADMINISTRATIVE LEGAL ASPECTS

Summary: *Pursuant to the provisions of Art. 33 of the Law on Republic Administration (Official Gazette of the Republic of Srpska No. 115/2018, 111/21, 15/22, 56/22, 132/22 and 90/23), the Republic Administration for Geodetic and Property Legal Affairs of the Republic of Srpska is the authority to discuss the issue of recognition of property rights on usurped land in social ownership. Solving the issue of usurpation is regulated by the provisions of the Law on usurpation and voluntary competences (Official Gazette of the Republic of Srpska No. 8/2020). The aim of the work is to get to know the institute of usurpation in more detail, but also to point out the importance of solving this complex issue itself. During the presentation of the work, we will familiarize ourselves with the administrative and legal aspects of solving the issue of usurpation with reference to the flow and administrative and legal procedure. We will also present more significant sentences from the decisions of the Supreme Court of the Republic of Srpska, which decided on the issue of usurpation.*

Key words: *usurpation, procedure, property, real estate cadastre.*

[11] Bachelor of Laws, master student of Administrative Law

UDK 341.231.14:35.077(497.6)
doi 10.7251/PR6924161V
Originalni naučni članak

ANALIZA PRIMJENE PREPORUKA INSTITUCIJE OMBUDSMENA ZA LJUDSKA PRAVA U JAVNOJ UPRAVI U BOSNI I HERCEGOVINI

Prof. dr Nevenko Vranješ[1]

Rezime: *Preporuke koje izdaju nacionalne institucije za ljudska prava predstavljaju najsnažniji mehanizam njihovog djelovanja. Organi vlasti u demokratskim državama najčešće nemaju dilemu u njihovom provođenju. Štaviše, rukovodioci institucija koji se nađu i izvještajima ombudsmena za ljudska prava u negativnom kontekstu preuzimaju pravnu ali i političku odgovornost i u najvećem broju slučajeva sami odstupaju ili bivaju smijenjeni. U zemljama koje nemaju snažnu tradiciju depolitizovane javne uprave i razvijen održiv koncept dobre uprave, nacionalne institucije za ljudska prava suočavaju se sa problemima ne samo realizacije njihovih preporuka nego i problemom pravilnog funkcionisanja uopšte. Predmet rada je Implementacija preporuka Institucije Ombudsmena za ljudska prava u javnoj upravi u Bosni i Hercegovini. Konkretnije, rad analizira ostvarivanje prava građana Bosne i Hercegovine u oblasti javne uprave, a povodom slabog funkcionisanja i odsustva dobre javne uprave. Zatim se daje osvrt na broj, vrstu i prirodu preporuka koje Institucija Ombudsmena za ljudska prava BiH izdaje organima javne uprave u svojim predmetima. Najzad, u radu se vrši kvantitativna i kvalitativna analiza izdatih preporuka i daju zaključci. U radu se koriste metode analize sadržaja, pravne i komparativne metode kao i metoda indukcije i dedukcije.*

Ključne riječi*: preporuke, Institucija Ombudsmena za ljudska prava BiH, javna uprava, ljudska prava i dobra uprava.*

---

[1] Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci.

1. Pojam ljudskih prava i javne uprave

Najopštije rečeno, ljudska prava su ona prava koja pripadaju svakom ljudskom biću (pojedincu) samom činjenicom da je on ljudsko biće, čovjek, živa jedinka koja ima svoju svijest, mišljenje, razmišljanje, koja je rođena slobodna i posjeduje i druge humane dimenzije. Ovakvo postavljena forma ljudskih prava čini njihovu prirodnu dimenziju budući da bi trebalo da svi ljudi „obdareni su istim korpusom ljudskih prava, bez obzira na to u kojoj državi žive“, a sama ljudska prava ne bi trebalo da zavise od volje države ili druge vlasti. Druga dimenzija ljudskih prava je ona formalna (ustavna, zakonska, konvencijska i dr.) gdje se pravnim aktima (nacionalnog, regionalnog i međunarodnog nivoa) kao što su ustav, zakoni, konvencije, rezolucije, deklaracije, povelje i dr., utvrđuje pravna priroda, grupisanje i način ostvarivanja konkretnih ljudskih prava. Ukoliko razmatramo prirodnu dimenziju ljudskih prava ona uopšte ne bi trebala da zanima pojedinca s aspekta njihovog postojanja, uživanja i zaštite jer ljudska prava postoje i ostvaruju se, kao što smo naglasili nezavisno od države.[2] Međutim, u današnjem svijetu ostvarivanje ljudskih prava i njihova zaštita bez nacionalnog i međunarodnog subjektiviteta i naročito postojanja jake i suverene države predstavljalo bi utopijsku zamisao. Ljudska prava su uslov slobode, mira i pravde u svijetu. Nema demokratije niti vladavine prava bez ostvarivanja i zaštite ljudskih prava.

Određenja ljudskih prava ima onoliko koliko i autora koji se upuste u definisanje. Prema Ratku Markoviću, „ljudskim i građanskim pravima utvrđuje se pravni položaj pojedinca prema organima vlasti“. Ljudska prava i slobode su granica koju državna vlast ne smije prijeći ukoliko se temelji na demokratskim principima.[3] Rodoljub Etinski, određuje ljudska prava kao „izražavanje spremnosti neke zajednice, nacionalne ili međunarodne, putem prava, da zadovolji određene ljudske potrebe i nastojanja, kao i da stvori socijalne, ekonomske, političke i pravne uslove u kojima će svi pojedinci moći jednako da zadovolje svoje potrebe i nastojanja“.[4] Nickel ljudska prava određuje kao: 1) legalno ozakonjenje prava; 2) sastavni dio moralnih normi; 3) obrazložena (opravdana) moralnost i 4) minimalni standardi dobrog života o kojima brinu vlasti i poje-

[2] Uporediti: Saša Gajin, *Ljudska prava, pravno-sistemski okvir, drugo izdanje*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012, str.

[3] Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije, dvanaesto osavremenjeno izdanje*, Pravni fakultet i Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 454.

[4] Rodoljub Etinski; *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2010, str. 217.

dinci sami.[5] Tragom navedenih definicija potvrđuje se formalna i materijalna dimenzija ljudskih prava kao i njihova stvarna i pravna zasnovanost.

Danas postoje čitavi katalozi ili liste ljudskih prava i sloboda. Pri tome ovi popisi ulaze u nacionalne dokumente najjače pravne snage. Nažalost, uvođenje novih prava i proširivanje liste postojećih nije srazmjerno stepenu jačine njihove zaštite.

Problem koji prati određivanje ljudskih prava jeste i njihova klasifikacija (podjela). Drugim riječima, ne postoji jedinstvena (univerzalna klasifikacija) ljudskih prava i osnovnih sloboda. Prema, nekim autorima najčešća kategorizacija ljudskih prava je na građanska, ekonomska, socijalna, kulturna i politička prava.[6] Ova klasifikacija u obzir uzima predmet prava. Pri tome, građanska i politička prava su ona prava koja se zasnivaju na slobodi datoj od države, dok su ekonomska, socijalna i kulturna prava ona prava koja se zahtijevaju od države. Neki autori kada govore o ljudskim pravima svrstavaju ih u tri generacije, pri čemu prvu generaciju ljudskih prava čine lična prava (pravo na život; pravo na slobodu i ljudsko dostojanstvo; pravo na svojinu; pravo na sigurnost i dr.). Drugu generaciju ljudskih prava čine socijalna, ekonomska i kulturna prava (pravo na rad; obrazovanje; socijalnu i zdravstvenu zaštitu; stanovanje i dr.). Najzad, treću generaciju ljudskih prava čine ona prava koja proizilaze iz savremenih životnih okolnosti (pravo na mir; pravo na zdravu životnu sredinu; pravo na razvoj; pravo na zaštitu ličnih podataka i dr.).[7]

U pogledu javne uprave, bez obzira na snažne teorijske divergencije,[8] pridržavaćemo se njenog pozitivnopravnog određenja u Bosni i Hercegovini.[9]

---

[5] James W. Nickel, *Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, Oaklana, California, 1987, p. 54-55, prema Ružica Kijevčanin, Klasifikacija (vrste) ljudskih prava i sloboda, *Zbornik radova „Usklađenost pravnog sistema Srbije sa standardima EU"*, Pravni fakultet, Kragujevac, 2023, str. 300.

[6] Milan Paunović, Boris Krivokapić i Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet, Beograd, 2014, str. 26.

[7] Autor ove podjele je francuski pravnik češkog porijeka Karel Vašak (Karel Vašák). Klasifikacija se temelji na vremenu nastanka prava. Šire vidjeti: Spasimir Domaradzki, Margaryta Khvostova i David Pupovac, „Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse", *Human Rights Review*, 2019, p. 425.

[8] Opširnije vidjeti: Nevenko Vranješ, „Teorijski pojam uprave u novijoj srpskoj pravnoj misli", *Pravna riječ*, *časopis za pravnu teoriju i praksu*, (ur. Kuzmanović R.), br. 27/2011, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2011, str. 408. Takođe: Dejan Milenković, *Savremene teorije i moderna uprava*, Čigoja, Beograd, 2019, str. 15-25.

[9] Pod pozitivnopravnim pojmom uprave podrazumijeva se kako je uprava, bilo u smislu funkcije, bilo u smislu organizacije, određena ustavnim i zakonskim aktima jedne zemlje.

Konkretno, organima javne uprave smatraju se državni i nedržavni subjekti kao i organi jedinica lokalne samouprave. U državne subjekte koji čine organe javne uprave ubrajaju se ministarstva, republičke uprave i republičke upravne organizacije (kada govorimo o Republici Srpskoj), federalna ministarstva, federalne uprave i ustanove (kada govorimo o Federaciji BiH) i kantonalna ministarstva, kantonalne uprave i ustanove (kada govorimo o kantonima u Federaciji BiH). U ovu kategoriju na nivou zajedničkih institucija takođe spadaju ministarstva, agencije, zavodi, direkcije, korporacije i sl. U pogledu nedržavnih subjekata, nosioci upravne djelatnosti i BiH su subjekti s javnim ovlašćenjima čiji je osnivač (država, entiteti, kantoni i jedinice lokalne samouprave) i tada govorimo o javnim preduzećima, javnim ustanovama i ustanovama od opšte koristi. Najzad, u organe javne uprave spadaju i administrativni aparati jedinica lokalne samouprave opština i gradova kao i Brčko Distrikta BiH.[10]

2. Institucija Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine

Institucija Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine (u nastavku teksta: Institucija) je nezavisna institucija, uspostavljena sa zadatkom da promoviše dobru upravu i vladavinu prava, odnosno da štiti ljudska prava i osnovne slobode. Pravni osnov funkcionisanja Institucija temelji na Aneksima IV i VI Opšteg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini i Zakonu o ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine. U današnjem obliku (kao jedinstvena Institucija) s radom je započela 2010. godine. U ranijim oblicima (međunarodni i entitetski ombudsmeni) Institucija postoji još od 1996. godine. Valja naglasiti da u svim mirovnim planovima i sporazumima, prije Dejtonskog mirovnog sporazuma (Kutiljerov plan, Vens-Ovenov plan, Oven-Stolternbegov plan, Plan kontakt grupe, Ženevski i Njujorški sporazum)[11] postoje odrednice o ljudskim pravima i slobodama te se pominje ombudsmen kao zaštitnik prava građana. Takođe, planovi EEZ, Kontakt grupe i

Vidjeti: Nikola Stjepanović, Lilić Stevan, *Upravno pravo, opšti deo,* Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1991. str. 336.

[10] Šire vidjeti: Petar Kunić, *Upravno pravo – drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet i Uprava za policijsko obrazovanje, Banja Luka, 2010, str. 9; Nevenko Vranješ, *Službenički sistem i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016.

[11] Uporediti: Nevenko Vranješ. *Politički sistem Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, univerzitetski udžebenik*, Fakultet političkih nauka, Banja Luka, 2024, str. 99-115.

drugih zagovaraju uspostavljanje snažnih mehanizama zaštite ljudskih prava u svim republikama bivše SFRJ pa i u BiH.

Zakonom o Ombudsmenu za ljudska prava BiH, Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine je nezavisna institucija uspostavljena s ciljem promovisanja dobre uprave i vladavine prava, zaštite i promocije prava i sloboda fizičkih i pravnih lica, kako je garantovano posebno Ustavom Bosne i Hercegovine i međunarodnim sporazumima koji se nalaze u dodatku ustava, a koja će u vezi s tim nadgledati aktivnosti institucija Bosne i Hercegovine, njenih entiteta i Brčko Distrikta BiH, u skladu s odredbama ovog zakona. Institucija ima ovlašćenja da provodi istrage u svim žalbama vezano za slabo funkcionisanje sudskog sistema ili nepravilnim procesuiranjem individualnih predmeta i da preporuči odgovarajuće pojedinačne ili opšte mjere. Nadalje, nadležnost Institucije podrazumijeva i ovlašćenja da provodi istrage u svim žalbama vezano za slabo funkcionisanje sudskog sistema ili nepravilnim procesuiranjem individualnih predmeta i da preporuči odgovarajuće pojedinačne ili opšte mjere. Ovome treba dodati da se Institucija neće miješati u proces odlučivanja sudova, ali može pokrenuti sudske postupke ili intervenisati u toku postupka koji se vodi, kad god ustanovi da je takva aktivnost neophodna pri obavljanju njegovih dužnosti.[12] Institucija postupa i prema zakonima o vladinim, ministarskim i drugim imenovanjima na svim nivoima u BiH, zatim prema Zakonu o zabrani diskriminacije[13] gdje predstavlja centralni antidiskriminacijski organ i zakonima o slobodi pristupa informacijama na svim nivoima. Najzad, nedavnim izmjenama i dopunama zakona, institucija je dobila i ovlašćenja da vrši i poslove preventivnog mehanizma što uključuje: 1) posjete i obilasci mjestima u kojima se nalaze ili bi se mogla nalaziti lica lišena slobode ili lica kojima je ograničeno kretanje u BiH radi povećanja stepena njihove zaštite od torture i drugih oblika surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja; 2) davanje preporuka nadležnim organima vlasti u BiH radi poboljšanja postupanja prema licima lišenim slobode i uslova u kojima se nalaze, odnosno sprečavanja torture i drugih oblika surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja; 3) davanje prijedloga i primjedaba na zakone i druge propise radi zaštite i unapređenja ljudskih prava i sloboda lica lišenih slobode i 4) saradnja sa Potkomitetom Ujedinjenih nacija za prevenciju tor-

[12] Zakon o Ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 19/2002, 35/2004, 32/2006, 38/2006 - ispr., 50/2008 - dr. zakon i 61/2023.

[13] Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik BiH*, br: 59/09 i 66/16.

ture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih postupanja i kažnjavanja, slanje informacija i održavanje sastanaka.[14]

Organizaciono, Institucija u stručnom pogledu ima osam odjeljenja koja se bave ljudskim pravima i to: 1) Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava djece; 2) Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava osoba sa invaliditetom; 3) Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava nacionalnih, vjerskih i drugih manjina; 4) Odjeljenje za praćenje ostvarivanja ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava; 5) Odjeljenje za praćenje ostvarivanja političkih i građanskih prava; 6) Odjeljenje za eliminaciju svih oblika diskriminacije; 7) Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava lica lišenih slobode i 8) Odjeljenje za praćenje ostvarivanja prava u pravosuđu i upravi.[15] U teritorijalnom smislu, a radi što bolje dostupnosti građanima Institucija ima sjedište i područnu kancelariju u Banjoj Luci, zatim područne kancelarije u Sarajevu, Mostaru i Brčkom kao i terensku kancelariju u Livnu. Institucijom ravnopravno rukovode i odluke konsenzusom donose tri ombudsmena birani od strane oba doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, a nakon provedenog javnog konkursa i prijedloga Privremene zajedničke *ad hoc* Komisije sastavljene od parlamentaraca iz oba doma.

Institucija prosječno godišnje obradi oko 3000 predmeta, a obrati joj se oko 8300 građana po svim osnovama. Razvijena je snažna saradnja sa organizacijama civilnog društva (nevladine organizacije, mediji, akademska zajednica i dr.). Takođe, Institucija je na evropskom i međunarodnom planu veoma prepoznatljiva o čemu govori činjenica da je članica Evropske mreže nacionalnih institucija za ljudska prava (*European Network of National Human Rights Institutions – ENNHRI*) i Globalne asocijacije nacionalnih institucija za ljudska prava (*Global Alliance of National Human Rights Institutions – GANHRI*) kod koje ima najviši status akreditacije A. To znači da Institucija zadovoljava visoke standarde u pogledu legislative, organizacije, rada, nezavisnosti od drugih grana vlasti i odnosa prema građanima ali i civilnom društvu.[16]

---

[14] Čl. 4a Zakona o Ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine.

[15] *Organizaciona šema zaposlenih Institucije za ljudska prava BiH, https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obmudsmen_doc2013041106162562bos.pdf,* 13.08. 2024. godine.

[16] Poređenja radi: Sve zemlje regiona i značajan broj zemalja Evropske unije nemaju status A akreditacije.

3. Model dobre uprave i stanje uprave u Bosni i Hercegovini

Dobra uprava (*good administration*), dobra vlada (*good government*) i dobro upravljanje (*good governance*) najnoviji su instituti vladavine prava i pravne države. Navedena tri termina nisu sinonimi ali ih posmatramo zajedno budući da ovi instituti obilježavaju čitav jedan koncept koji nazivamo dobra ili valjana uprava.[17] Dobra uprava (*good administration*) je upravna doktrina novijeg datuma. Dobra uprava svoje porijeklo temelji na teoriji prirodnog prava. Drugim riječima, koncept dobre uprave predstavlja najvjerodostojniji izraz teorije prirodnog prava u oblasti javne uprave. Modeliran u okviru Savjeta Evrope i Evropske unije "sintezom osnovnih upravnopravnih principa karakterističnih za pravne sisteme evropskih država, ovaj koncept danas predstavlja jedinstven i skladan skup opštih pravnih pravila usmjerenih na ostvarivanje zakonitog, cjelishodnog i pravilnog rada organa javne uprave ali i vanpravnih pravila koja počivaju na prirodno-pravnim principima pravednosti i pravičnosti.[18] Potpuno je suprotna doktrini Novog javnog menadžmenta (*New Public Management*). Princip dobrog upravljanja predstavlja evropski koncept i standard za upravljanje javnim sektorom, koji podrazumijeva najviši nivo profesionalizma u javnoj upravi odnosno provođenje principa participativnosti, dostupnosti, odgovornosti, transparentnosti, efektivnosti javne uprave uz imperativ provođenja principa vladavine prava.[19] Model dobre uprave je model koji je najbliži građanima i koji najviše pogoduje zaštiti ljudskih prava u oblasti djelovanja uprave i povodom djelovanja uprave. Ovaj model promoviše i zagovara Evropska unija, Savjet Evrope, Evropski sud za ljudska prava, Sud pravde EU, Ombudsmen EU, SIGMA-OECD, UNDP, Svjetska banka, Međunarodni monetarni fond, Svjetska trgovinska organizacija i mnogobrojne druge međunarodne organizacije i institucije. Koncept dobre uprave najprije je promovisan u Povelji Evropske unije o osnovnim pravima. Članom 41 pomenute povelje propisano je pravo na dobru upravu. "Svako lice ima pravo na pošten, nepristrasan i vremenski razuman okvir postupanja po zahtjevu pred organima Evropske unije. Konkretno, ova prava obuhvataju: a) pravo svakog lica na saslušanje prije nego što protiv njega

[17] Nevenko Vranješ, Bojan Vlaški, „Pravo na dobru upravu u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na ljudska prava", *Politeia*, br. 24/2022, Fakultet političkih nauka, Banja Luka, 2022, str. 81.

[18] Bojan Vlaški, „Sadržina i prav(n)a priroda koncepta dobre uprave", Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, br. 71/2015, Niš, 2015, str. 288.

[19] Merima Tanović, *Savremena javna uprava*, Fakultet za javnu upravu, Sarajevo, 2018, str. 66.

bude preduzeta bilo kakva pojedinačna mjera koja bi mogla biti na njegovu štetu; b) pravo svakog lica na uvid u svoj predmet, pri čemu se poštuju legitimni interesi u pogledu povjerljivosti i čuvanja službene i poslovne tajne; i c) obavezu uprave da obrazloži svoje odluke (Povelja, 2000). Nadalje, Povelja propisuje i da svako lice ima pravo da mu Unija nadoknadi štetu koju prouzrokuju njeni organi ili službenici u obavljanju svojih dužnosti, u skladu sa opštim načelima koja su zajednička pravima država članica te da se svako lice može pisanim putem obratiti organima Evropske unije na jednom od jezika na kojima su sačinjeni osnivački ugovori i da mora dobiti odgovor na istom jeziku".[20] Model dobre uprave prvo se javio u Holandiji, a zatim u Njemačkoj i Danskoj. Danas je to naglašavamo opredjeljujući model koji Evropska unija koristi i koji očekuje od budućih članica. Drugim riječima, razvoj dobre uprave trebao bi biti u vrhu prioriteta država kandidata i potencijalnih kandidata za članstvo u Evropskoj uniji. Šta praktično znači model dobre uprave? Ukratko, nediskriminaciju građana; srazmjernost u postupanju (dakle realan odnos upotrebe sredstava za određene upravne aktivnosti); nepristrasnost u postupanju i odlučivanju; samostalnost u radu organa uprave; objektivnost u postupanju organa uprave i zaštitu legitimnih očekivanja (pravnu sigurnost i garanciju da se uslovi za ostvarivanje prava neće olako i kratkoročno mijenjati, a naročito ne usložnjavati).

Nasuprot modelu dobre uprave je model Novog javnog menadžmenata. Novi javni menadžment, kao opcioni model reforme javne uprave, zasnovan na tržišnoj orijentaciji i rentabilnosti javnog sektora nudi tradicionalnoj javnoj upravi inovativna rješenja, kao što su: visok stepen menadžerske autonomnosti u rukovođenju i odlučivanju; smanjenje i "privatizacija" javne uprave; svrsishodna radna orijentacija s jasnom podjelom poslova i jasnim ciljevima; sistem usmjeren na svojstveni 3e – efikasnost, efektivnost, ekonomičnost; sistem zasluga i rezultata rada kao isključiva osnova pozicioniranja i radnopravnog statusa javnih službenika; fragmentiranje, minoriziranje države u domenu javnog upravljanja; depolitizacija javne uprave i smanjenje korupcije. Konkretno, Model novog javnog menadžmenta podrazumijeva potpuni upliv iskustava, principa i metoda djelovanja poslovne zajednice u javnu upravu. Radi se o neoliberalnom konceptu koji upravu odvodi na teren

[20] Nevenko Vranješ, „Aktuelni izazovi reforme državne uprave u zemljama Zapadnog Balkana", *Zbornik radova sa međunarodne konferencije: "Balkan i istok: Dominantni diskursi, interkulturalna komunikacija i (anti)globalizacija,* (ur. Dalibor Savić), Fakultet političkih nauka, Banja Luka, br. 3/2022, str. 32-33.

tržišne orjentacije i opravdano se postavlja pitanje koliko je on primjenjiv u specifičnom okruženju u kojem se javna uprava svake države nalazi. Nesumnjivo javna uprava podrazumijeva zaseban režim rada, radnih odnosa, odnosa prema građanima i dr., što je potpuno nekomplementarno sa poslovnom zajednicom.

Kolika je posvećenost Institucije dobroj upravi govori i zakonska norma: "Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine je nezavisna institucija uspostavljena s ciljem promovisanja *dobre uprave* (tekst u italiku je autorov) i vladavine prava, zaštite i promocije prava i sloboda fizičkih i pravnih lica (...)"[21] Dakle, Institucija u prvom redu promoviše dobru upravu. U praksi to znači da Institucija u ocjeni zakonitosti i cjelishodnost rada organa javne uprave u BiH, a po apelacijama građana, mora imati u vidu načela dobre uprave, afirmaciju i operacionalizaciju tih načela u praksi Evropskog suda za ljudska prava i Suda pravde EU. Nadalje, to znači da Institucija mora da ukazuje na navedena načela. Nažalost mali broj tih načela je integrisan u zakonodavstvo u BiH,[22] a kako djelujemo u zemlji u kojoj pravna praksa nije izvor prava otuda i otpor organa javne uprave da primjenjuju preporuke Institucije u kojima se poziva na pomenuta načela.

Sljedeće važno pitanje je stanje javne uprave u BiH s aspekta ostvarivanja modela dobre uprave. Da bi javna uprava konkretne države bila kompatibilna sa dobrom upravom ona mora najprije biti depolitizovana, profesionalna i efikasna. O stanju reforme javne uprave u BiH redovno izvještava Evropska komisija kroz svoje godišnje Izvještaje o napretku u kojima se posebno poglavlje posvećuje reformi javne uprave. Do sada je Evropska komisija Bosni i Hercegovini uputila 18 ovakvih izvještaja. Najnoviji Izvještaj iz 2024. godine samo konstatuje da je BiH provodi Akcioni plan za reformu javne uprave te da se po prvi put u februaru 2024. godine sastao Koordinacijski odbor za reformu javne uprave (u formatu premijera). [23]

---

[21] Čl. 1., st. 2. Zakona o Ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 19/2002, 35/2004, 32/2006, 38/2006 - ispr., 50/2008 - dr. zakon i 61/2023.

[22] Uporediti: Nevenko Vranješ, „Izazovi implementacije principa evropskog upravnog prostora u opštem upravnom postupku u Bosni i Hercegovini", *Zbornik radova Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama (acquis communautaire) Evropske unije – stanje u Bosni i Hercegovini i iskustva drugih*, (ur. Nataša Petrović-Mrvić i Nikolina Grbić-Pavlović), Istraživački centar Banja Luka i Institut za uporedno pravo Beograd, 2020.

[23] European Commission, *Communication from the Commission to the Council and the European parliament, Report on progress in Bosnia and Herzegovina – March* , Brussels, 2024, p. 5.

Gotovo svi prethodni Izvještaji (koji su sadržavali veću posvećenost reformi javne uprave), konstatuju da se BiH nalazi u ranoj fazi pripremljenosti i da uglavnom ostvaruje male napretke u reformi javne uprave. Ističe se slaba ispunjenost Strateškog okvira i pripadajućeg Akcionog plana za reformu javne uprave. Naglašava se da Zakoni o državnoj službi još uvijek nisu međusobno usklađeni i principi zasluga nisu ugrađeni u procedure zapošljavanja. Nadalje, nadzor nad ljudskim resursima nije djelotvoran i pokazuje nepravilnosti. Naglašava se da "Bosna i Hercegovina treba napraviti potrebne korake ka poboljšanju ukupnog funkcionisanja javne uprave osiguravanjem profesionalne i depolitizovane državne službe te osigurati koordinisan, cjelodržavni pristup izradi politika".[24] Izvještaji takođe sadrže preporuke i konkretne korake u svakoj reformskoj komponenti. Politizacija državne uprave je suštinski izazov, uzevši u obzir činjenicu da postojeća, pa ni buduća rješenja, nisu oslobođena uticaja političkih faktora. Najviši stepen politizacije državne uprave zabilježen je u oblasti upravljanja ljudskim resursima. Planiranje, izrada i sprovođenje strateškog dokumenta za reformu javne uprave pokazuje se kao slabost u svim zemljama Zapadnog Balkana pa i u BiH. "Pružanje usluga, kao komponenta usmjerena ka korisnicima, bilježi napredak, ali on je nedovoljan i spor. Strateško planiranje, kako dugoročno tako i implementaciono te koordinacija planova i politika veoma su niskog nivoa u svim državama Zapadnog Balkana. Proizvod je to divergencije politika, česte promjene i nestabilnosti vlada kao i nedovoljnog shvatanja značaja razvoja centra vlade (generalnog sekretarijata)."[25] Svoje Izvještaje Evropska komisija temelji na Monitoring izvještajima koje periodično priprema SIGMA-OECD.[26] Valja naglasiti da SIGMA-OECD ima razrađenu Metodologiju mjerenja sa nizom veoma kompleksnih principa te kvalitativnih i kvantitativnih indikatora. Prema Principima iz 2017. godine SIGMA je projektovala 48 principa odnosno ključnih zahtjeva, 48 glavnih in-

[24] European Commission, Commission staff working documnet, Bosnia and Herzegovina 2023 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 2023 Communication on EU Enlargement policy, Brussels, 2023, p. 19.

[25] Nevenko Vranješ, *op. cit*., 2020, str. 39.

[26] SIGMA – *Support for Improvement in Governance and Management* jeste 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.

dikatora i čak 346 podindikatora.[27] Ovakvu metodologiju smatramo izuzetno kompleksnom i veoma izazovnom s apsekta monitoringa i evaluacije imajući u vidu službeničke kapacitete u javnoj upravi u BiH.

4. Preporuke Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine u oblasti ostvarivanja prava u upravi

U svome radu Ombudsmen donosi opšte i pojedinačne akte. Pojedinačnim aktima (odlukama) rješava po apelaciji građana. U određenim situacijama Ombudsmen može dati preporuke vladinim organima u cilju usvajanja novih mjera. Organi vlasti koji dobiju takve preporuke dužni su da pismeno odgovore i obavijeste ombudsmena o učinku preporuka u roku koji je ombudsmen odredio. Ukoliko, nakon izdavanja preporuke, organ vlasti ne preduzme odgovarajuće mjere u roku koji je ombudsmen odredio, ili ako ne obavijesti ombudsmena o razlozima njihovog nepreduzimanja, ombudsmen može ukazati licu odgovornom za taj organ ili najvišim organima vlade, na tok predmeta i na date preporuke. Ako ombudsmen nakon toga ne dođe do rješenja u predmetu u kojem je po njegovom mišljenju bilo moguće naći pozitivno rješenje, taj problem biće uvršten u godišnji ili specijalni izvještaj, pominjući imena organa vlasti ili službenika koji su zauzeli takav stav. Sve preporuke Ombudsmena BiH su dostupne javnosti, osim u slučajevima kad se odnose na povjerljiva i tajna pitanja ili kad podnosilac žalbe izričito zahtijeva da njegovo ime i sadržaj žalbe ne budu otkriveni.[28] Preporuka Ombudsmena je najsnažniji instrument njegovog djelovanja i ona slijedi nakon provedenog postupka istrage, sveobuhvatne analize stanja i utvrđene povrede prava apelanata od strane organa vlasti. Njome se organu nalažu određena činjenja (postupanja) ili suzdržavanja i iako nemaju obavezujući karakter preporuke Ombudsmena predstavljaju dokazno sredstvo na sudu.[29]

---

[27] Uporediti: SIGMA, *The Principles of Public Admi-nistration*, Paris 2017 i SIGMA, *The Principles of Public Administration Western Balkans, Regional Overview, Monitoring Report*, Paris, 2022.

[28] Vidjeti: Čl. 32 Zakona o Ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik BiH*, br. 19/2002, 35/2004, 32/2006, 38/2006 - ispr., 50/2008 - dr. zakon i 61/2023 i *Čl. 36-37 Pravila postupka Institucije Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik BiH, br. 38/2011.

[29] Vidjeti praksu Ustavnog suda BiH u predmetu AP-2758/21, Službeni glasnik BiH, br. 53/24. U pomenutom predmetu Ustavni Sud BiH je našao da je Sud BiH zanemario preporuku

U Izvještajima o radu Institucije ombudsmena za period 2017-2023. godina, žalbe na postupanje organa uprave odnosile su se na sljedeće povrede i nepravilnosti: princip "ping-pong loptice" (vraćanje predmet od prvostepenog ka drugostepenom organu i obrnuto); nerješavanje upravnih stvari u propisanim rokovima; postupanje prvostepenog organa suprotno stavovima drugostepenih organa pa i sudova; neprovođenje inspekcijskog nadzora; nerješavanje po zahtjevima po žalbi u zakonom propisanom i razumnom roku; neobrazlaganje ili slabo obrazlaganje odluka organa uprave; insistiranja na dostavljanju velikog broja nepotrebne dokumentacije; ćutanja uprave; kršenja načela upravnog postupka naročito načela pružanja pomoći neukoj stranci; upućivanje stranaka od jednog do drugog organa; neprimjereno postupanje službenika; neodgovarajuće radno vrijeme organa uprave; slaba efikasnost inspekcija; nepostupanje po zahtjevima za pristup informacijama i dr.[30]

U nastavku rada slijedi tabelarni pregled statističkih podataka o žalbama na rad uprave kod Institucije Ombudsmena za zaštitu ljudskih prava Bosne i Hercegovine:

Godina	**Ukupan broj žalbi na rad uprave**	**Broj upućenih preporuka organima uprave**	**Broj žalbi u kojima su izdate**	**Broj realizovanih preporuka**	**Broj djelomično realizovanih preporuka**	**Broj nerealizovanih preporuka**	**Nema odgovora**	**Ostvarena saradnja**
2023	253	36	41	14	1	7	8	6
2022	292	40	45	9	2	9	7	13
2021	264	31	33	10	0	9	6	6
2020	292	33	34	12	0	10	5	6
2019	322	44	44	13	0	16	4	11
2018	389	52	52	16	0	15	7	14
2017	427	64	66	22	2	8	13	19
UKUPNO	**2239**	**300**	**315**	**96**	**5**	**74**	**50**	**75**

Tabela: *Pregled statističkih podataka o žalbama na rad uprave kod Institucije Ombudsmena za zaštitu ljudskih prava Bosne i Hercegovine*

Ombudsmena za ljudska prava BiH u kojoj je utvrđena diskriminacija apelantkinje po osnovu pola (trudnoća).

[30] Vidjeti: *Godišnji Izvještaji o rezultatima aktivnosti Institucije Ombudsmena za ljudska prava BiH*, dostupno na: https://www.ombudsmen.gov.ba/Dokumenti.aspx?id=27&tip=1&lang=BS, 15. avgust 2024. godine.

Iz prikazane tabele može se uočiti da Institucija, prosječno na godišnjem nivou zaprimi 320 žalbi građana po svim osnovama na rad uprave. Takođe, prosječno se izda oko 43 preporuke. Od 43 prosječno izdate preporuke realizuje se njih prosječno 14 što je oko 32, 5% i predstavlja veoma nizak stepen realizacije. Posebno zabrinjava nesaradnja sa Institucijom i nedostavljanje odgovora Instituciji.

Vođeni stanjem niskog stepena realizacije preporuka, u svim oblastima zaštite ljudskih prava, Institucija je u 2024. godini izradila i predstavila specijalni izvještaj pod nazivom Analiza realizacije preporuka Ombudsmena za ljudska prava BiH. Cilj analize bio je informisati javnost i zakonodavne organe u BiH o stepenu implementacije preporuka Ombudsmena BiH od strane bilo kojeg organa vlasti, oblastima kršenja ljudskih prava i sloboda u kojima je nivo implementacije najniži, kao i ključnim razlozima neprovođenja preporuka. Takođe, cilj je bio da se odgovorni subjekti podstaknu na obaveze otklanjanja posljedica povrede ljudskih prava i jačanje svijesti i promovisanje ljudskih prava. Najzad, analiza je utvrdila i nedostatke uočene od strane organa kojima su preporuke upućene, u samom procesu sačinjavanja i definisanja preporuka od strane Ombudsmena BiH s krajnjim ciljem da se u narednom periodu ovaj proces unaprijedi, a organima vlasti olakša implementacija.[31] Analiza je dala efekta jer je Institucija uočila da se značajan broj preporuka realizovao ali o tome Institucija nije bila obaviještena. Takođe, u toku procesa istraživanja, slanjem dopisa organima javne uprave (kao i drugim organima) došlo je do dodatnog poticanja na način da su organi reagovali i uvažili preporuke ombudsmena. U tom smislu, ukupan procenat realizacije preporuka Ombudsmena BiH povećan je sa 30% na oko 50% što predstavlja značajan ali još uvijek nedovoljan napredak.[32] U zaključku pomenute analize, Ombudsmeni BiH ukazali su „da su organi u postupku dužni održati standarde dobre javne uprave, što se danas takođe smatra osnovnim ljudskim pravom. U tom kontekstu, činjenica koja posebno zabrinjava je da pojedini predstavnici organa vlasti nisu spremni na saradnju s Institucijom ombudsmena i ignorišu upućene preporuke Ombudsmena BiH. Ovakvo postupanje, koje se može

[31] *Specijalni izvještaj: Analiza realizacije preporuka Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine*, Institucija ombudsmena za ljudska prava BiH, 2024, str. 7-8.

[32] Uporedno posmatrano: Zaštitnik građana u Republici Srbiji, prema zvanično dostupnim izvještajima ima stepen realizacije preporuka iznad 90%. U Hrvatskoj, realizacija preporuka pučke pravobraniteljice je ispod 40%. Ombudsmen u Republici Sloveniji izda godišnje oko 60 preporuka, ne nalazimo podatke o njihovoj realizaciji. U zemljama Zapadne Evrope, procenta realizacije preporuka ombudsmena kreće se oko 80 %.

tumačiti kao odsustvo volje da se uspostavi adekvatna saradnja, šalje lošu sliku građanima i stvara osjećaj nesigurnosti i nepovjerenja građana u javne organe. Ombudsmeni u takvim slučajevima po pravilu upućuju urgencije višim nivoima vlasti, ali nepreduzimanje aktivnosti neposredno višeg organa s ciljem pune implementacije preporuka za posljedicu ima dalje kršenje ljudskih prava i osnovnih sloboda građana“. [33] Izgradnja demokratskih standarda i razvoj demokratskog mentaliteta uslov su za ostvarivanje vladavine prava i uspostavljanje pravne države. U tom kontekstu nalazi se i odnos organa vlasti (naročito uprave) prema pravima građana.

5. Zaključak

Stabilna i demokratska vladavina prava i pravna država predstavljaju najviši standard svakog društva. Jedan od ključnih elemenata vladavine prave jeste poštovanje i zaštita ljudskih prava.

Prema nekim statistikama, intenzitet upravne djelatnosti u današnjim društvima je veoma visok, tako da se svaki šesti posao može smatrati upravnim ili povezanim sa upravom. Dakle, građani su u stalnoj interakciji sa upravom. I to je jedan od razloga zbog čega se uprava javlja kao najizraženiji subjekat kršenja ljudskih prava. Ovakvu pojavu nalazimo i zemljama razvijenih demokratija. Zbog toga je veoma važno izgraditi model dobre uprave koja bi bila efikasna i odgovorna, korisnički orjentisana, transparentna i dostupna kako građanima tako i poslovnoj zajednici.

Iskustva Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine bazirana na statistikama ukazuju na intenzivno kršenje ljudskih prava od strane organa javne uprave u BiH i to svake godine po gotovo istim osnovama. Povrede prava građana registrovane po osnovu djelovanja uprave najčešće se donose na dužinu postupka; ćutanje uprave; neopravdano zahtijevanje dodatne dokumentacije; ping-pong efekat; upućivanje od jednog ka drugom organu; slabo funkcionisanje inspekcijskih službi; iznevjerena legitimna očekivanja i dr. Tipični su to sindromi uprave zemalja postsocijalističke tranzicije kojima nedostaje službenička kultura, edukacija i izgrađena odgovornost prema javnim poslovima s jedne i pravima građana, s druge strane. Rad javne uprave je takođe praćen snažnim elementima politizacije. Redovni godišnji, a i posebni

[33] *Specijalni izvještaj: Analiza realizacije preporuka Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine*, Institucija ombudsmena za ljudska prava BiH, 2024, str. 28.

izvještaji Ombudsmena za ljudska prava na to konstantno ukazuju. U ovakvim situacijama puki formalistički intervencionizam kroz pozitivnopravni okvir neće dati željene efekte. Dodatno je potrebno, promovisati dobru upravu i podizati službeničku svijest te jačati demokratski mentalitet društva.

Literatura:

- Bojan Vlaški, Sadržina i prav(n)a priroda koncepta dobre uprave, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, br. 71/2015, Niš, 2015, str. 288.
- Dejan Milenković, *Savremene teorije i moderna uprava*, Čigoja, Beograd, 2019.
- European Commission, Commission staff working documnet, Bosnia and Herzegovina 2023 Report, Brussels, 2023.
- European Commission, *Communication from the Commission to the Council and the European parliament, Report on progress in Bosnia and Herzegovina*, Brussels, March 2024.
- *Godišnji Izvještaji o rezultatima aktivnosti Institucije Ombudsmena za ljudska prava BiH*, dostupno na: https://www.ombudsmen.gov.ba/Dokumenti.aspx?id=27&tip=1&lang=BS, 15. avgust 2024. godine.
- James W. Nickel, Making Sense of Human Rights: *Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, Oaklana, California, 1987.
- Merima Tanović, *Savremena javna uprava*, Fakultet za javnu upravu, Sarajevo, 2018.
- Milan Paunović, Boris Krivokapić i Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet, Beograd, 2014, str. 26.
- Nevenko Vranješ, Aktuelni izazovi reforme državne uprave u zemljama Zapadnog Balkana, *Zbornik radova sa međunarodne konferencije: "Balkan i istok: Dominantni diskursi, interkulturalna komunikacija i (anti)globalizacija,* (ur. Dalibor Savić), Fakultet političkih nauka, br. 3/2022, Banja Luka, 2022.
- Nevenko Vranješ, Bojan Vlaški, *Pravo na dobru upravu u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na ljudska prava*, Politeia*,* br. 24/2022, Fakultet političkih nauka, Banja Luka, 2022.
- Nevenko Vranješ, Izazovi implementacije principa evropskog upravnog

prostora u opštem upravnom postupku u Bosni i Hercegovini, *Zbornik radova Usaglašavanje pravne regulative sa pravnim tekovinama (acquis communautaire) Evropske unije – stanje u Bosni i Hercegovini i iskustva drugih*, (ur. Nataša Petrović-Mrvić i Nikolina Grbić-Pavlović), Istraživački centar Banja Luka i Institut za uporedno pravo Beograd, 2020.

- Nevenko Vranješ, *Politički sistem Bosne i Hercegovine i Republike Srpske, univerzitetski udžbenik*, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2024.
- Nevenko Vranješ, *Službenički sistem i tranziciona reforma javne uprave*, Grafid, Banja Luka, 2016.
- Nevenko Vranješ, *Teorijski pojam uprave u novijoj srpskoj pravnoj misli*, Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu, (ur. Kuzmanović R.), br. 27/2011, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2011.
- Nikola Stjepanović, Lilić Stevan, *Upravno pravo, opšti deo,* Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1991.
- *Odluka Ustavnog suda BiH u predmetu AP-2758/21*, Službeni glasnik BiH, br. 53/24.
- Petar Kunić, *Upravno pravo – drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci i Uprava za policijsko obrazovanje, Banja Luka, 2010.
- Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije, dvanaesto osavremenjeno izdanje*, Pravni fakultet i Službeni glasnik, Beograd, 2008.
- Rodoljub Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2010.
- Ružica Kijevčanin, Klasifikacija (vrste) ljudskih prava i sloboda, Zbornik radova „*Usklađenost pravnog sistema Srbije sa standardima EU*“, Pravni fakultet, Kragujevac, 2023.
- Saša Gajin, *Ljudska prava, pravno-sistemski okvir, drugo izdanje*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012.
- SIGMA-OECD, M*onitoring Report, The Principles of Public Administration Reform*, Bosnia and Herzegovina, Paris, 2022.
- SIGMA-OECD, *The Principles of Public Administration, 2017 edition*, Paris, 2017.
- Spasimir Domaradzki, Margaryta Khvostova i David Pupovac, *Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse*, Human Rights Review, 2019.

– *Specijalni izvještaj: Analiza realizacije preporuka Ombudsmena za ljudska prava Bosne i Hercegovine*, Institucija ombudsmena za ljudska prava BiH, 2024.
– *The Principles of Public Administration Western Balkans, Regional Overview, Monitoring Report*, Paris, 2022.
– *Zakon o Ombudsmenu za ljudska prava Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik BiH, br. 19/2002, 35/2004, 32/2006, 38/2006 - ispr., 50/2008 - dr. zakon i 61/2023.
– *Zakon o zabrani diskriminacije*, Službeni glasnik BiH“, br: 59/09 i 66/16.

Prof. Nevenko Vranješ, Ph.D.[34]

ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE RECOMMENDATIONS OF THE INSTITUTION OF THE OMBUDSMAN FOR HUMAN RIGHTS IN PUBLIC ADMINISTRATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

***Abstract**: Recommendations issued by national human rights institutions represent the most powerful mechanism of their work. Government bodies in democratic countries generally do not hesitate to implement them. Moreover, leaders of institutions who are negatively mentioned in Human Rights Ombudsmen Reports often assume both legal and political responsibility, leading to their voluntary resignation or removal in most cases. In countries lacking a strong tradition of depoliticized public administration and a sustainable concept of good governance, national human rights institutions face challenges not only in the implementation of their recommendations but also in their overall functioning. The subject of this paper is the implementation of recommendations by the Human Rights Ombudsman Institution in public administration in Bosnia and Herzegovina. Specifically, the paper analyzes the realization of citizens' rights in Bosnia and Herzegovina in the context of weak governance and the absence of good public administration. The paper also examines the number, type, and nature of the recommendations issued by the Human Rights Ombudsman Institution of Bosnia and Herzegovina to public administration bodies in their cases. Finally, the paper conducts a quantitative and qualitative analysis of the issued recommendations and provides conclusions. The study employs content analysis, legal and comparative methods, as well as the methods of induction and deduction.*

***Keywords**: recommendations, Human Rights Ombudsman Institution of Bosnia and Herzegovina, public administration, human rights, good governance.*

[34] Associate Professor, Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka

I КАТЕДРА

РАДНОПРАВНА ОБЛАСТ

UDK 349.2:331.104(4-672ЕУ)
doi 10.7251/PR6924181U
Pregledni naučni članak

USKLAĐIVANJE RADNOG ZAKONODAVSTVA DRŽAVE – ČLANICE S PRAVNOM STEČEVINOM (ACQUIS COMMUNAUTAIRE-OM) EUROPSKE UNIJE (EU)

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur[1]

Sažetak: *Država – članica (a već od potpisivanja sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju) preuzima brojne političke, gospodarske, socijalne, kulturne pravne i druge obveze, usklađujući državno (nacionalno) zakonodavstvo s acquis coummunautaire-om (francuski izraz; pravna stečevina Europske unije) EU.*

Obveze države propisane su u Ugovoru o osnivanju EU (sadržaj, načela i politički ciljevi osnivačkih ugovora), zakonodavstvom usvojenim na temelju tih ugovora, proizlaze iz presuda Europskog suda pravde, deklaracija i rezolucija koje je EU usvojila, u međunarodnim ugovorima koje je sklopila EU, kao i ugovorima zaključenim između država – članica s trećim zemljama u područjima djelovanja EU. U pitanju je veliki broj mjera koje se odnose na pravosuđe i unutarnje poslove, zajedničku vanjsku i sigurnosnu politiku, kretanje osoba, roba i tržišta rada i procesu harmonizacije nacionalnog zakonodavstva s acquis coummunautaire-om (pravnom stečevinom EU).

U ovom radu piše se o usklađivanju radnog zakonodavstva i zakonodavstva sigurnosti i zaštite zdravlja na radu s pravnom stečevinom EU.

Ključne riječi*: radno zakonodavstvo, zakonodavstvo sigurnosti i zaštite zdravlja na radu, pravna stečevina Europske unije, usklađivanje.*

[1] Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur , dipl. pravnik, Sveučilišni profesor i znanstveni savjetnik (u trajnom zvanju) iz Rijeke E-mail: marinko.ucur051@gmail.com

1. UVOD

Odnosi u EU i među državama – članicama EU razvijaju se utemeljeni na provedbi standarda i prava EU u pojedinim područjima. Pridruživanje i ravnopravno članstvo između države i EU je pravno ugovoren odnos utemeljen na Sporazumu (o suradnji i pridruživanju), kao originalnom i novom obliku međunarodnog ugovora. Odnosi se institucioniraju i planiraju u državi – članici. U pitanju je niz politika kojima se potiču reforma u svim oblastima odnosa i u zakonodavstvu što omogućava mjere vezane za različite pomoći od EU.

U tom procesu sudjeluju sva tijela svih oblika vlasti u državi. Naglašen je rad na donošenju novih zakona usklađenih s acquis coummunautaire-om, zašto je potrebno primjenjivati velika nomotehnička znanja.

Utrošeno je veliko vrijeme, ljudski rad i financijska sredstva da bi se prevela na književni službeni jezik u državi nužna građa (Europsko zakonodavstvo) u cilju poštivanja demokratskog načela dostupnosti i javnosti propisa, te osiguranje jedinstvene primjene prava za sve. Proces je „dvosmjeran“: EU-država, odnosno država (nacionalno zakonodavstvo) - EU.

Naglašeni su poštivanje ljudskih prava i sloboda, vladavina prava i pravna država, dijalog i suradnja sa Komisijom EU, definiraju se „načini nadgledavanja provedbe usklađivanja zakonodavstva i radnji koje treba realizirati u vezi s provedbom“. „Svaka stranka obvezuje se…osigurati da fizičke i pravne osobe druge stranke imaju pristup bez diskriminacije u odnosu na vlastite državljane nadležnim sudovima i upravnim tijelima stranaka radi zaštite svojih osobnih i imovinskih prava“.

Norme primarnog i sekundarnog prava EU dosljedno trebaju biti primijenjene, u procesu harmonizacije nacionalnog zakonodavstva, što se odnosi i na radnoupravne (i socijalno pravne) odnose, ne samo u reguliranju već i u ostvarivanju i njihovoj zaštiti.

Ugovor iz Maestrichta (1992) „pod jedan krov“ stavio je EU. To se odnosi i na zakonodavstvo. Uredbe i direktive, kao pravni akti EU imaju obvezujuću snagu. Uredbe su obvezujuće u cijelosti i izravno se primjenjuju u državama – članicama. Direktiva je obvezujuća za svaku državu – članicu kojoj je upućena, u pogledu rezultata koji se moraju postići, s time da država sama bira oblik i metode za realizaciju te obveze. Za inkorporaciju direktive u nacionalno pravo potreban je akt transformacije direktive nacionalnim propisima. To, u pravilu, znači da se donosi novi propis u državi, ili izmjena i dopuna postojećeg propisa (po pravilu zakona) radi usklađivanja s direkti-

vom. Direktiva se u nacionalno pravo „unosi“ samo obvezujućom pravnom normom (zakon, naredba).

Direktiva je akt općeg karaktera. Specifičnosti direktive je da ova sadrži obvezu postizanja rezultata, a ne obvezu na određeno postupanje. Nacionalne mjere provedbe direktive moraju biti potpune, obvezujuće i transparentne. Povreda i nepoštivanje direktive ima za posljedicu postupak zbog povrede Ugovora EU, pred Europskim sudom, čija se odluka mora poštovati, pod prijetnjom kazne, uz uvažavanje pravnog poretka i tradicije određene države.

Kada (Europski parlament i/ili Vijeće EU) direktiva bude donesena upućuje se državama – članicama da svojim nacionalnim propisima urede (u određenim rokovima) odnose u skladu s direktivom. Sudovi primjenjuju direktivu od njenog stupanja na snagu, uvažavajući interpretativno načelo favor conventionis.[2]

Pravna stečevina EU čini pravni osnov i okvir u kome se formira pravni sustav države – članice EU. To će sve više djelovati na pravni sustav (i pravni poredak) države – članice EU. To je svojevrsni oblik „ograničenja“ suvereniteta odnosne države.

Glavni nosilac „zakonodavne inicijative“ je Komisija EU. Propise sekundarnog karaktera donosi Europski parlament i/ili Vijeće EU.

U „Uvodu“ ovog rada treba navesti i pravnu narav (prirodu) Konvencija (i preporuka) Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, OIT), kao bitnih i karakterističnih vrela univerzalnog radnog i socijalnog prava. Ne smije biti kolizije (i drugih oblika neusklađenosti) između tih pravnih vrela i direktiva EU u reguliranju radnih (i socijalno pravnih) odnosa. Imaju različite postupke „preuzimanja“ (ratifikacije odnosno prihvaćanja) u nacionalni (državni) pravni sustav i odnos države prema EU odnosno MOR-a (ILO, OIT). Međutim, njihov sadržaj odnosi se na uvjete rada, u najširem smislu, prava, obveze i odgovornosti subjekata kolektivnih i individualnih radnih odnosa. Ispod utvrđenih minimalnih radnih standarda ne smije se ići niti u reguliranju, a ni u primjeni.

Postojanjem EU i njenog zakonodavstva ne smije se dozvoliti slabljenje uloge MOR-a (ILO, OIT). Počivaju na istim načelima suvremenog demokratskog radnog prava. Rang zakonodavstva EU je „viši“.

---

[2] Rodin, Siniša, Smjernice upućene državama…, *Novi informator*, 5265 – 5266; Zagreb, 21. i 23.8.2004. str. 1. i 2.

2. USKLAĐIVANJE (HARMONIZACIJA) RADNOG PRAVA

Acquis coummunautaire je nastao kao rezultat optimalnih rješenja u radnom (i drugom) zakonodavstvu pojedinih država – članica EU (Francuske, Njemačke i dr.), a napose pitanja zabrane diskriminacije, prava suodlučivanja radnika, radnog vremena, isplata plaća i druga. Na ova i druga rješenja veliki utjecaj imale su konvencije i preporuke MOR-a (ILO, OIT) i druga univerzalna i regionalna vrela prava. To treba da osigura slobodno kretanje radnika, viši životni standard pojedinaca i njihovih obitelji, socijalnih grupa i ostalih, socijalnu sigurnost država – članica EU (iako je socijalna zaštita u isključivoj nadležnosti država – članica).[3]

Naglašeno je socijalno partnerstvo, socijalni dijalog (tri socijalna partnera: države (vlade), udruge poslodavaca i udruga radnika (radničkih sindikata), kolektivno pregovaranje, sklapanje kolektivnih ugovora, rješavanje kolektivnih radnih sporova, a države (bez obzira na članstvo u EU) odlučuju o plaćama, pravu koalicije radnika, odnosno udruživanju poslodavaca, pravu na štrajk i druge industrijske akcije i druga određena pitanja i odnose. Prioriteti su fleksibilizacija tržišta rada, otvaranje novih radnih mjesta i povećanje konkurentnosti gospodarstva.

2.1. Zapošljavanje

U oblasti zapošljavanja ciljevi su: uređivanje sustava tržišta rada, reguliranje posredovanja u zapošljavanju (ponuda i potražnja za radnicima), definiranje institucionalnih oblika na tržištu rada; uređivanja prestacija za trajanja nezaposlenosti; uređivanje mehanizma provođenja mjera aktivne politike za poticanje zapošljavanja i razvoja poduzetništva. Potrebno je stalno praćenje i usklađivanje sa sekundarnim vrelima prava EU. Zapošljavanje stranaca uređeno je pravnim aktima EU. Ne mogu se zanemariti ratificirane konvencije MOR-a.[4]

Sa odnosima zapošljavanja vezano je pitanje uzajamnog priznavanja kvalifikacija i poslovnog nastana. Radi se o „istovrijednosti“ stranih diploma“ kako bi se olakšalo započinjanje bavljenja zakonski uređenim profesio-

[3] Zakon o potvrđivanju Europske socijalne povelje (s dodatnim protokolima) „N.N. – M. U.“ 15/02,8/03.

[4] Konvencija MOR-a (ILO, OIT) broj 122. o politici zapošljavanja „N.N. – M. U.“ 2/94 i 11/00.

nalnim djelatnostima u državama – članicama EU. Prava poslovnog nastana podrazumijeva pravo započinjanja gospodarskih djelatnosti kao samostalno zaposlenih osoba (državljana država EU), kao i osnivanje trgovačkih društava i drugo, osiguravajući isti tretman kao i „domaćim“ državljanima.

2.2. Jednake mogućnosti za žene i muškarce

Ustavi suvremenih demokratskih država u odredbama o ljudskim pravima i slobodama sadrže i one o jednakim mogućnostima za žene i muškarce i zabranu diskriminacije. Na temelju i u okviru tih odredbi, su zakoni i drugi propisi o radu, a u okviru tih odnosa i u radnom odnosu. To prati poduzetničko zakonodavstvo u poticanju malog poduzetništva i jednako postupanje prema ženama i muškarcima poduzetnicima. U svim gospodarskim i drugim djelatnostima (područje zdravstvene zaštite, socijalne skrbi, obrazovanja i dr.) naglašeni su najviši standardi za žene i muškarce i zaštita dostojanstva po spolu. To obuhvaća područja političkog, građanskog, socijalnog, kulturnog i drugog društvenog života i odnosa.

2.3. Socijalni dijalog

Socijalni dijalog uređen je univerzalnim vrelima prava a detaljnije konvencijama i preporukama MOR-a (ILO, OIT).[5] Na tim osnovama i utvrđenim principima pitanje i odnosi socijalnog dijaloga uređeno je u pravnoj stečevini EU (pravo na organiziranje i kolektivno pregovaranje, sloboda udruživanja, predstavnici radnika i dr.).

Socijalno partnerstvo je zahtjevan proces i permanentna aktivnost države (vlade), udruga poslodavaca i radničkih sindikata. Poseban zadatak je u pripremi, reguliranju, realiziranju i zaštiti prava, obveza i odgovornosti u radnom i socijalnom zakonodavstvu i odnosima. To je još naglašenije u usklađivanju s pravnom stečevinom EU.

Zahtjev je sudjelovanje predstavnika socijalnih partnera u svim institucionalnim oblicima za vođenje socijalnog dijaloga, aktiviranje radničkih predstavnika (radničkih vijeća i dr.) na svim razinama (pa i gospodarsko – socijalnih vijeća) radi poticanja konkretnih mjera gospodarskog razvoja, implementacije poticajnih mjera za zapošljavanje i drugih aktivnosti koje utječu

[5] Učur, Marinko, Loleta, Sandra; Konvencije Međunarodne organizacije rada - s komentarima, TIM – press, Zagreb, Pravni fakultet, Rijeka 2007.

na radno pravne i socijalno pravne odnose na temelju pozitivnih iskustava drugih država – članica EU (industrijski odnosi, troškovi života, potrošačka košarica), obrazovanje, osposobljavanje i drugi oblici edukacije o socijalnom partnerstvu na svim razinama i dr.).

3. PROPISI O RADU I ACQUIS COUMMUNAUTAIRE

U stvaranju novoga prava, novih pravnih normi sudjeluju brojni subjekti. To je složen i zahtjevan proces i odnos. U izradi pravnih propisa važnu funkciju ima pravna znanost: u identificiranju problema i pitanja, nuđenju rješenja (za utvrđenu hipotezu), stručnjaci i znanstvenici u nomotehnici, uz pomoć sudaca, odvjetnika, pravnih savjetnika, stručnjaka zaštite na radu, specijalista medicine rada, ekonomista, psihologa rada, sociologa i brojnih drugih koji primjenjuju norme, prvenstveno u radno pravnim i socijalno pravnim odnosima (organizaciji rada, tehnologiji rada i dr.).

U radnom zakonodavstvu trebaju se naći odredbe (dispozitivne norme) koje su rezultat socijalnog dijaloga, visokog znanja stvaranja prava i znanaca prakse, jer su te odredbe osnov i okvir za brojne podzakonske (provedbene) propise, kao i za opće autonomne normativne akte (kolektivne ugovore, pravilnike o radu, sporazume i druge). Te norme moraju biti jednostavne, razumljive, beskonfliktne. To treba počivati na tehničkoj bazi rada i društvenoj strukturi (proizvodnji, organizaciji rada, podjeli rada, vlasništvu (koje obvezuje), politici i dr.).

Pored „zatečene“ ekonomske osnove rada, zanimanja, proizvodnosti rada, zaposlenosti, razine prava na radu i u vezi s radom, u stvaranju radnog zakonodavstva ulaze i obveze iz pravnih vrela EU.

U Komisiji EU jedan član „zadužen“ je za radne odnose, a komisija „predstavlja…izraz supranacionalnosti tijela u sustavu EU.“ Komisija EU je kreator direktiva koje donosi Parlament i Vijeće EU.

Pravne stečevine EU, a posebno direktive u oblasti rada i radnih odnosa (prava na radu i u vezi s radom), uređuju ova pitanja i odnose:

- Aspekte određivanja radnog vremena;
- Rad na određeno vrijeme;
- Obvezu poslodavca da obavijesti radnika o uvjetima koji se primjenjuju na ugovorni ili radni odnos;
- Kolektivne otkaze ugovora o radu;
- Jednak tretman u zaposlenju i zvanju;
- Teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na temelju rada;

- Primjenu načela jednakog tretmana muškaraca i žena u odnosu na pristup zaposlenju, stručnoj izobrazbi, napredovanju i uvjetima rada;
- Načelo jednakog tretmana osoba bez obzira na njihovu rasu ili etničko podrijetlo;
- Ugovor o radu na izdvojenom mjestu rada;
- Nadležnost i postupak za odobravanje noćnog rada žena; rad s polovicom radnog vremena u sklopu zaštite majčinstva;
- Pravo na mirovanje radnog odnosa;
- Poseban položaj „malog poslodavca" u radnim odnosima;
- Izrada programa zbrinjavanja viška radnika;
- Rad agencije za privremeno zapošljavanje i dr.[6]

Treba postići europske minimalne radne standarde, a u pitanju su suvremeni ekonomski, politički, građanski, socijalni, kulturni i drugi izazovi, naslonjeni na pravnu stečevinu EU. To karakterizira i radno zakonodavstvo države (kako u individualnim tako i u kolektivnim radnim odnosima). To treba posmatrati u cjelini odnosa, u reguliranju, realiziranju i u zaštiti. U svemu se radi o dinamičnoj harmonizaciji pravnog sustava države – članice s pravom EU. Radi se kontinuirano. Tako će se radno zakonodavstvo države – članice moći primjenjivati samo u cjelovitom kontekstu prava EU.

Socijalna prava treba proširivati a za sva ta prava utvrditi minimalne socijalne standarde. Nužna je sveobuhvatna aktivnost na zaštiti radnika od negativnih utjecaja fleksibilizacije radnih odnosa (novih oblika organizacije rada, rada na određeno vrijeme, rad na daljinu i drugo).[7]

---

[6] Direktiva Vijeća 75/117/EZ od 20. veljače 1975. o približavanju (usklađivanju) zakona zemalja članica, vezano uz primjenu načela jednakih plaća za muškarce i žene (SL.L.L. 045. od 19.02.1975);
Direktiva Vijeća 76/207/EEZ o primjeni načela ravnopravnost muškaraca i žena s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja i napredovanja te na radne uvjete i Direktiva vijeća 2002/73/EZ kojom se mijenja ta direktiva (OJ.L. 039. od 14.02.1976);
Direktiva Vijeća EU 91/533/EEZ o obvezi poslodavca da obavijesti radnike o uvjetima koji se mogu primijeniti na ugovoreni ili radni odnos (OJ.L. 288. od 18.10.1991);
Direktiva Vijeća EU 93/104/EC od 23. studenog 1993. o određenim aspektima organizacije radnog vremena (OJ.L. 307. od 13.12.1993);
Direktiva Vijeća 97/80/EC o obvezi iznošenja dokaza o slučajevima diskriminacije utemeljene na spolu od 15. prosinca 1997. (OJ.L. 014. od 20.01.1998).

[7] Direktiva Vijeća 98/59/EZ od 20. srpnja 1998. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na kolektivni višak radnika (SL.L.L. 225/16. od 12.08.1998);
Direktiva Vijeća EU 1999/70/EZ od 28. lipnja 1999. koja se odnosi na okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme koje su sklopili ETUC, UNICE i CEEP(SL. L. 175. od 10.07.1999);

3. PODRUČJE ZAŠTITE NA RADU U DIREKTIVAMA EU

Direktivama EU, kao sekundarnim vrelima prava utvrđuju se minimalne norme o sigurnosti i zaštiti zdravlja na radu, a provode se na način utvrđen propisima države – članice. Nacionalni propisi moraju se usklađivati s direktivama EU.

Sadržaj direktiva odnosi se na:

- Uvođenje mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu;
- Primjenu minimalnih sigurnosnih zahtjeva na privremenim i pokretnim gradilištima;
- Poboljšanje sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje,
- Zaštitu mladih ljudi na radu.
- Pojednostavljenje i racionalizaciju izvješća o praktičnoj provedbi direktiva,
- Rad na spajanju obitelji,
- Status državljana trećih zemalja,
- Pokretnu tlačnu opremu,
- Poslove na kojima se ne smije zaposliti maloljetnik,
- Sigurnosne znakove,
- Uporabu radne opreme,
- Pregledima i ispitivanju opreme pod tlakom,
- Izloženost opasnim kemikalijama,
- Zaštitu na radu za mjesta rada,
- Uporabu osobne zaštitne opreme,
- Izloženost radnika naporima na radu i dr.[8]

Direktiva Vijeća 2000/43/ EZ o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko (nacionalno) podrijetlo (SL. L. 180/22. od 19.07.2000);
Direktiva Vijeća EU 2000/78/EC o jednakom tretmanu u zapošljavanju (i u radnom odnosu) – odabir zvanja (OJ. L. 303. od 02.12.2000);
Direktiva Vijeća 97/80/EC o obvezi iznošenja dokaza o slučajevima diskriminacije utemeljene na spolu od 15. prosinca 1997. (OJ.L. 014. od 20.01.1998).
U primjeni prava u pojedinačnoj državi – članici vrijedi načelo prioriteta prava EU. (Pojmovi – skraćenice znače: Vijeće = Vijeće EU; OJ= Official Journal =sl.list; prva brojka: godina donošenja; druga brojka = broj direktiva; EC= Europsko vijeće).

[8] Direktiva Vijeća 89/391/EEZ od 12. lipnja 1989. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja radnika na radu (SL.L. 183. od 29.6.1989);
Direktiva Vijeća 91/383/EEZ od 29. lipnja 1991. o dopunama mjera za poticanje poboljšanja

5. ZAKLJUČAK

Države – „kandidate za članstvo“ u EU čekaju veliki poslovi svih subjekata u političkim, ekonomskim, građanskim, kulturnim, socijalnim, a pogotovo u pravnim odnosima. Taj „put“ prošle su sve države – članice. To se odnosi na usklađivanje državnog (nacionalnog) zakonodavstva (heteronomnog i autonomnog karaktera) s pravnom stečevinom (acquis communautarirem) Europske unije (EU). U svim granama (područjima) prava, kao i u radnim odnosima proces harmonizacije nacionalnog zakonodavstva s pravnom stečevinom EU je složen, skup, zahtjevan i stalan. Države – članice to čine „unoseći“ direktive EU (i druge propise) u pravni sustav zakonskom pravnom normom.

5. CONCLUSION

States - “candidates for membership” in the EU are waiting for big jobs for all subjects in political, economic, civil, cultural, social, and especially in legal relations. All member states have passed that “path”. This refers to the harmonization of state (national) legislation (of a heteronomous and autonomous character) with the legal acquis (acquis communautarirem) of the

sigurnosti i dopunama mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zaštite zdravlja na radu radnika u radnom odnosu na određeno vrijeme i privremenom radnom odnosu (SL. L. 206. od 29.7.1991);

Direktiva Vijeća 92/57/EEZ od 24. lipnja 1992. o primjeni minimalnih sigurnosnih i zdravstvenih zahtjeva na privremenim ili pokretnim gradilištima (SL. L. 245. 26.8.1992);

Direktiva Vijeća 92/85/EEZ od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje (SL. L. 348. od 28.11.1992);

Direktiva Vijeća 94/33/EZ od 29. lipnja 1994. o zaštiti mladih ljudi na radu (SL. L. 216. od 20.08.1994);

Direktiva 2007/30/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2007. kojom se mijenja Direktiva Vijeća 89/391/EEZ, njezine pojedinačne direktive i direktive Vijeća 83/477/EEZ, 91/383/EEZ u odnosu na pojednostavljenje i racionalizaciju izvješća o praktičnoj provedbi (SL. L. 165. od 27.6.2007).

Direktive: o zaštiti rizika kemijskih sredstava, o mjestu rada, bioloških štetnosti na radu, osobnoj zaštitnoj opremi; o zaslonima i druge.

Zakonom se direktiva „preuzima“ u pravni sustav države – članice…Na temelju zakona nadležni ministri donose podzakonske (provedbene) propise, a poslodavci i radnički sindikati navedena pitanja i odnose uređuju brojnim općim autonomnim normativnim aktima u oblasti rada i radnih odnosa.

European Union (EU). In all branches (areas) of law, as well as in labor relations, the process of harmonizing national legislation with the acquis of the EU is complex, expensive, demanding and constant. The member states do this by "introducing" EU directives (and other regulations) into the legal system as a legal norm.

6. Literatura

- Rodin, Siniša, Smjernice su sekundarni izvor prava EU…, Informator, 52-65-5266, Novi Informator, Zagreb, 2004.
- Matthias, Hardegen, Europsko pravo, Pravni fakultet Rijeka, 2007.
- Učur, Marinko, LALETA, Sandra, Konvencije Međunarodne organizacije rada (s komentarima), TIM – press, Zagreb, Pravni fakultet, Rijeka, 2007.
- Učur, Marinko, Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet Rijeka, 2003.
- Učur, Marinko, Vrela međunarodnog prava sigurnosti i zaštite zdravlja na radu, Sveučilište u Zagrebu, Metalurški fakultet, Sisak, LIBERTIN naklada, Rijeka, 2024.

Prof. Marinko Đ. Učur, Ph.D.[9]

HARMONIZATION OF THE LABOR LEGISLATION OF THE MEMBER STATES WITH THE ACQUIS COMMUNAUTAIRE OF THE EUROPEAN UNION (EU)

***Summary**: The member state (and already since the signing of the Stabilization and Association Agreement) undertakes numerous political, economic, social, cultural, legal and other obligations, harmonizing state (national) legislation with the acquis coummunautaire (French term; legal acquis of the European Union) of the EU.*

The state's obligations are prescribed in the EU Founding Treaty (content, principles and political goals of the founding treaties), legislation adopted on the basis of those treaties, derived from judgments of the European Court of Justice, declarations and resolutions adopted by the EU, in international treaties concluded by the EU, as well as contracts concluded between member states with third countries in the areas of EU activity. At stake are a large number of measures related to justice and internal affairs, common foreign and security policy, movement of persons, goods and the labor market and the process of harmonization of national legislation with the acquis coummunautaire (EU acquis).

This paper describes the harmonization of labor legislation and occupational health and safety legislation with the acquis of the EU.

***Keywords:** labor legislation, occupational health and safety legislation, legal acquis of the European Union, harmonization*

[9] Graduated in law, University professor and scientific advisor (in permanent position) from Rijeka, E-mail: marinko.ucur051@gmail.com

UDK 331.104:35.077.3
doi 10.7251/PR6924193C
Pregledni naučni članak

PRAVNI STATUS RADNIKA U JAVNIM SLUŽBAMA S POSEBNIM OSVRTOM NA OSOBE UKLJUČENE U NASTAVNI PROCES U VISOKOM OBRAZOVANJU

Izv. prof. dr. Milorad Ćupurdija, prof. struč. stud.[1]
Domagoj Rožac, univ. mag. iur., pred.[2]

Sažetak: *Rad se bavi analizom pojmovnog određenja i ontološkog smisla pravnog statusa radnika u javnim službama, s posebnim naglaskom na osobe uključene u nastavni proces u visokom obrazovanju, te njihovim normativnim uređenjem i praktičnom primjenom. Pravni status označava položaj koji subjekt ima u pravnom sustavu, definiran objektivnim pravom, od kojeg zavisi njegova sposobnost za poduzimanje određenih radnji i uživanje prava. Svaki pravni subjekt ima određeni broj subjektivnih prava i obveza u konkretnoj situaciji koja proizlaze iz objektivnog prava. Kombinacija ovih prava i obveza čini pravnu situaciju ili stanje, odnosno pravni status subjekta. Iako mnoge pravne situacije dijele zajedničke karakteristike, postoje bitne razlike koje se ogledaju u njihovom nazivlju i sadržajnom smislu. Takav je slučaj i u visokom obrazovanju, gdje razlikujemo nastavno osoblje u tzv. naslovnim zvanjima od onog na radnim mjestima. Naslovni nastavnik je osoba izabrana u znanstveno-nastavno ili nastavno zvanje na drugoj visokoškolskoj ustanovi (sveučilištu/veleučilištu), ali nije u radnom odnosu, te postupa kao vanjski suradnik temeljem ugovora o djelu. Za izbor u naslovna zvanja potrebni su isti znanstveno-nastavni*

[1] Veleučilište s pravom javnosti BALTAZAR ZAPREŠIĆ, Vladimira Novaka 23, 10 290 Zaprešić, e-mail: misoc@net.hr
[2] Veleučilište „Lavoslav Ružička“ u Vukovaru, Blage Zadre 2, 32 000 Vukovar, e-mail: domagoj.rozac@gmail.com

i pedagoški uvjeti kao i za izbor nastavnika u radnom odnosu. Osnovna razlika između ovih kategorija u pravnom statusu je to što su nastavnici izabrani u naslovno zvanje obvezni postupati sukladno pravilima ugovornog prava s osnova zaključenja ugovora o djelu, a temeljem statusnog izbora u naslovna nastavna zvanja, dok su nastavnici izabrani na nastavno radno mjesto obvezni postupati po pravilima radnog prava s osnova zaključenja ugovora o radu, a temeljem radnopravnog izbora. Ovaj rad analizira postojeća zakonska rješenja koja su usmjerena na modalitete aktiviranja ljudskih resursa vezano uz potrebe visokog obrazovanja. Pristup analizi uključuje normativnu metodu, koja se fokusira na proučavanje pravnih normi, te komparativnu metodu, koja omogućava usporedbu različitih pravnih sustava i praksi.

Cilj rada je ispitati kako postojeće zakonodavstvo odgovara potrebama visokog obrazovanja i kako se može unaprijediti angažiranje ljudskih resursa. Autori koriste normativnu metodu za analizu pravnih normi i komparativnu metodu za usporedbu s drugim pravnim sustavima, kako bi odgovorili na postavljena pitanja i ponudili preporuke za unapređenje pravnog okvira.

Ključne riječi: *pravni status, radni odnos, naslovno zvanje, visoko obrazovanje.*

UVOD

Radnopravni status svakog radnika (zaposlenika, djelatnika, službenika itd.) neposredno ovisi o karakteru radnog odnosa. Taj odnos možemo podijeliti u dvije osnovne skupine: ugovorni radni odnos i službenički radni odnos. Iako se na prvi pogled čini da je ova podjela ključna, u praksi često nema značajniju pravnu težinu. Naime, subjekti javnopravnih odnosa istovremeno su i subjekti privatnopravnih odnosa, a razlika između javnog i privatnog prava više je akademske prirode nego praktične potrebe[3]. Javni i privatni aspekti pravnog sustava trebali bi funkcionirati u jedinstvu kako bi osigurali pravnu izvjesnost i sigurnost. Ako radnik osjeća nesigurnost u pravnim situacijama koje se tiču javnog prava, a sigurnost u privatnopravnim situacijama, dolazi do disfunkcije pravnog sustava. Cilj je postići ujednačenost djelovanja obje

[3] Zakon o državnim službenicima („Narodne novine“, broj: 155/2023.) / Zakon o radu („Narodne novine“, broj: 93/2014., 127/2017., 98/2019., 151/2022., 46/2023. i 64/2023., dalje: ZOR)

sfere pravnog sustava, jačajući slobode i prava čovjeka i građanina[4]. Pravednost, kao metapravna doktrina i politički ideal, unijela je u društvene odnose ideju jednakosti pred zakonom, pravne sigurnosti i predvidljivosti. Radni odnos, bez obzira na to je li ugovornog ili službeničkog karaktera, ima određene ključne elemente: osobnost, dobrovoljnost, oneroznost, subordinaciju, trajnost, sinelagmatičnost i profesionalnost. Radni odnos je, stoga, funkcionalni odnos između radnika i poslodavca, gdje norme definiraju radnikov položaj subordinacije prema poslodavcu[5]. Radni odnos kao pravni odnos spada u radno pravo, koje je posebna pravna grana ukupnog pravnog sustava. Distinkcija između javnog i privatnog prava povlači se još od rimskog doba, kada je Ulpijan postavio tezu da javno pravo regulira odnose između građanina i države, dok privatno pravo regulira odnose između građana. Ova distinkcija ostala je relevantna do danas, naglašavajući javne interese u javnom pravu i individualne interese u privatnom pravu[6]. Pravni status radnika u javnim službama reguliran je strogim kogentnim normama koje donosi država, posebno u pogledu planiranja kadrova, zasnivanja radnog odnosa, plaća, prestanka radnog odnosa, obveze obrazovanja i dr. U privatnom sektoru, pravila su dispozitivnija, ali ključne granice (minimalna plaća, najduže radno vrijeme, minimalni godišnji odmor, minimalni otkazni rokovi i dr.) postavlja država[7]. Radno pravo sadrži elemente i javnog i privatnog prava. Na primjer, Zakon o državnim službenicima radnopravni odnos između državnih službenika i države, dok ZOR predstavlja primjer gdje dominiraju privatnopravni sadržaji. Ovi zakoni ilustriraju razlike u radnopravnom statusu radnika u javnom i privatnom sektoru. U visokom obrazovanju, iako zaposlenici obavljaju javnu službu, postoji razlika između radnopravnog statusa zaposlenika u javnim i privatnim visokim učilištima. Ove razlike proizlaze iz različitih pravnih normi koje reguliraju javni sektor[8]. Kratki osvrt na pravnu problematiku treba

---

[4] Zakon o radu

[5] Ćupurdija, M., Subašić, S. (2015), Pravo i pravednost, 2 .izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Libertin naklada, Rijeka, str.214.

[6] Petrak, M. (2007) Recepcija Ulpijanove definicije pravednosti u hrvatskim srednjovjekovnim izvorima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Sveučilišta u Zagrebu, broj 57, (6), str. 955.-978.

[7] Više o navedenom pročitaj u Zakonu o državnim službenicima

[8] Beletić-Tatić, I., Glavaš J., (2023), Novi zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti s posebnim osvrtom na radnopravni status nastavnog osoblja na veleučilištima, Zbornik Istarskog veleučilišta - Rivista dell' Università Istriana di scienze applicate, 2(1), str. 37.-44., dostupno na: https://hrcak.srce.hr/309165

sagledati kroz prizmu radnopravnog statusa radnika u javnim službama koji odražava specifičnosti koja proizlaze iz njihove pripadnosti javnom ili privatnom sektoru. Ključna je uloga kogentnih normi u javnom sektoru u osiguravanju pravne sigurnosti i predvidljivosti, dok privatni sektor pruža veću fleksibilnost, ali unutar granica postavljenih državnim zakonodavstvom. Razumijevanje ovih razlika ključno je za adekvatno pravno uređenje i efikasno upravljanje radnim odnosima u različitim sektorima.

1. Pojmovno određenje javnog sektora

Nastanak javnih službi veže se uz Francusku krajem 19. stoljeća, kada se država počela transformirati iz liberalne u tzv. socijalnu državu. Liberalizam, s naglaskom na ograničenu ulogu države, pokazao je slabosti u zaštiti ugroženih, slabih i nemoćnih. Teoretičari liberalizma, favorizirajući prava pojedinca, tvrdili su da je individualna sloboda neograničena, dok je uloga države minimalna[9],[10]. Međutim, ovakva sloboda dovela je do nepravednih društvenih odnosa, socijalnih razlika, eksploatacije rada, te nejednakog pristupa zdravstvenim uslugama i obrazovanju[11]. U takvom kontekstu postavilo se pitanje: trebaju li obrazovanje, zdravstvo i socijala biti prepušteni tržištu ili pod kontrolom države? Prema Zakiću (2010), država mora zadovoljiti državne interese kroz kolektivnu snagu kako bi ostvarila svoje ideje. U tome leži ključna razlika između interesa države i interesa građana. Socijalna država preuzela je odgovornost za javne službe, transformirajući se iz liberalne u socijalnu državu koja osigurava osnovne egzistencijalne potrebe građana[12]. Razvoj koncepta javnih službi velikim dijelom dugujemo Leonu Duguitu, iako je pravno razvijen kroz sudsku praksu francuskog Državnog savjeta. Duguit je naglašavao prirodna prava građana i obvezu vladajućih da osiguraju javne službe[13]. Tako se oblikovao novi koncept službi od općeg interesa, s naglaskom na javni interes, čak i ako ih ne obavljaju javnopravni subjekti[14]. U Eu-

[9] Smith, A., (1776) An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. London: W. Strahan and T. Cadell

[10] Mill, J.S. (1859). On Liberty. London: John W. Parker and Son.

[11] Marx, K. (1867). Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie. Hamburg: Verlag von Otto Meissner.

[12] Titmuss, R.M. (1974). Social Policy: An Introduction. London: George Allen & Unwin

[13] Duguit, L. (1923). Law in the Modern State. New York: B.W. Huebsch, Inc.

[14] Rosenbloom, D.H. (2005). Administrative Law for Public Managers. Boulder, CO:

ropi postoje različite tradicije javnih službi. Anglo-saksonski model temelji se na ekonomskim vrijednostima i tržišnim načelima, dok kontinentalno-europski model naglašava društvenu pravednost, jednaku dostupnost službi i načelo jednakosti svih građana[15]. Francuska još uvijek vidi javnu vlast kao temeljni subjekt u obavljanju javnih službi, postavljajući javni sektor kao moralni korektiv tržišnih odnosa[16]. Iz prethodno navedenog može se izvesti osvrt kako su javne službe uvijek bile pod kontrolom države, djelujući kao institucije od općeg društvenog interesa. U današnjem vremenu „formalnopravni obruč" kontrolinga uglavnom je usmjerena na zakonitost poslovanja, dok se funkcionalnost rada i upravljanja prepuštaju menadžmentu, potpomognutom idejom novog javnog menadžmenta[17].

2. Normativno-pravno određenje javnog sektora u Republici Hrvatskoj

Javni sektor u Republici Hrvatskoj obuhvaća državna tijela, sudove, kaznene zavode, stručne službe i urede Hrvatskog sabora, stručne službe i urede Vlade Republike Hrvatske, stručne službe Ustavnog suda Republike Hrvatske, stručne službe pučkog pravobranitelja, stručne službe pravobranitelja za djecu, stručne službe pravobraniteljice za ravnopravnost spolova, Državni ured za reviziju, Ured Predsjednika Republike Hrvatske i druga tijela osnovana za obavljanje javne službe[18]. Funkcije u državnim tijelima obavljaju državni službenici i namještenici[19]. Državni službenici su osobe koje kao redovito zanimanje u državnim tijelima obavljaju poslove iz djelokruga tih tijela utvrđenog Ustavom, zakonima i drugim propisima donesenima na temelju Ustava i zakona[20]. Državni službenici su i osobe koje obavljaju informacijsko-komunikacijske, opće i administrativne poslove, poslove planiranja, materijalno-fi-

Westview Press

[15] Pollitt, C., & Bouckaert, G. (2011). Public Management Reform: A Comparative Analysis. Oxford: Oxford University Press

[16] Hood, C. (1991). A Public Management for All Seasons? Public Administration, 69(1), str. 3.-19.,

[17] Osborne, D., & Gaebler, T. (1992). Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector. Reading, MA: Addison-Wesley

[18] Više o navedenom u člancima 4. do 33. Zakona o državnim službenicima („Narodne novine", broj: 155/2023., dalje: zakon)

[19] Cf. ibid., članak 4. stavak 2.

[20] Cf. ibid., članak 4. stavak 3.

nancijske i računovodstvene poslove i slične poslove u državnim tijelima[21]. Namještenici su osobe u državnim tijelima koje obavljaju pomoćno-tehničke i ostale poslove čije je obavljanje potrebno radi pravodobnog i kvalitetnog obavljanja poslova iz djelokruga državnih tijela[22]. Određenje javne službe u zakonodavnom okviru Republike Hrvatske. Javna služba u Republici Hrvatskoj obuhvaća djelatnosti od interesa za građane i pravne osobe, a osobito:

- odgoj i obrazovanje[23],
- znanost, kulturu i informiranje[24],
- zdravstvo[25], socijalnu skrb i socijalnu sigurnost[26],
- skrb o djeci[27],
- komunalne djelatnosti[28],
- energetiku[29],

[21] ibid.

[22] Zakona, op. cit. (bilj. 8), članak 4. stavak 4.

[23] Pročitaj više u nastavnim pravnim izvorima: Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi („Narodne novine“, broj: 87/2008., 86/2009., 92/2010., 105/2010., 90/2011., 5/2012., 16/2012., 86/2012., 94/2013., 152/2014., 7/2017., 68/2018., 98/2019., 64/2020., 133/2020., 151/2022., 155/2023. i 156/2023.), Zakon o predškolskom odgoju i obrazovanju („Narodne novine“, broj: 10/1997., 107/2007., 94/2013., 98/2019., 57/2022. i 101/2023.), Zakon o obrazovanju odraslih („Narodne novine“, broj: 144/2021.), Zakon o osiguravanju kvalitete u visokom obrazovanju i znanosti („Narodne novine“, broj: 151/2022.), Zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti („Narodne novine“, broj: 119/2022.)

[24] O predmetnom djelokrugu više pročitaj u : Zakon o muzejima („Narodne novine“, broj: 61/2018., 98/2019., 114/2022. i 61/2018.), Zakon o knjižnicama i knjižničnoj djelatnosti („Narodne novine“, broj: 17/2019.), Zakon o kazalištima („Narodne novine“, broj: 23/2023.), Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara („Narodne novine“, broj: 69/1999., 151/2003., 157/2003., 100/2004., 87/2009., 88/2010., 61/2011., 25/2012., 136/2012., 157/2013., 152/2014. , 98/2015., 44/2017., 90/2018., 32/2020., 62/2020., 117/2021. i 114/2022.), Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi („Narodne novine“, broj: 33/2001., 60/2001., 129/2005., 109/2007., 125/2008., 36/2009., 36/2009., 150/2011., 144/2012., 19/2013., 137/2015., 123/2017., 98/2019. i 144/2020.)

[25] Zakon o zdravstvenoj zaštiti („Narodne novine“, broj: 100/2018., 125/2019., 147/2020., 119/2022., 156/2022., 33/2023. i 36/2024.)

[26] Više o predmetnom području u ovim pravnim izvorima: Zakon o socijalnoj skrbi („Narodne novine“, broj: 18/2022., 46/2022., 119/2022., 71/2023. i 156/2023.)

[27] ibid.

[28] Zakon o komunalnom gospodarstvu („Narodne novine“, broj: 68/2018., 110/2018. i 32/2020.)

[29] O navedenome više u slijedećim propisima: Zakon o tržištu plina („Narodne novine“, broj: 18/2018. i 23/2020.), Zakon o energiji („Narodne novine“, broj: 120/2012., 14/2014., 95/2015., 102/2015. i 68/2018.), Zakon o tržištu toplinske energije („Narodne novine“,

- promet i veze[30],
- vodoprivredu[31],
- gospodarenje prirodnim bogatstvima i zaštitu okoliša[32],
- veterinarstvo i poljoprivredu[33],
- pravosuđe i upravu[34].

Jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave mogu obavljati javne službe koje se odnose na poslove državne uprave. Obavljanje tih poslova uređuje se zakonom i financira se iz državnog proračuna[35]. S ciljem

broj: 80/2013., 14/2014., 102/2014., 95/2015., 76/2018. i 86/2019.), Zakon o regulaciji energetskih djelatnosti („Narodne novine“, broj: 120/2012. i 68/2018.), Zakon o tržištu električne energije („Narodne novine“, broj: 111/2021. i 83/2023.), Zakon o tržištu toplinske energije („Narodne novine“, broj: 80/2013., 14/2014., 102/2014., 95/2015., 76/2018. i 86/2019.) i Strategija energetskog razvoja Republike Hrvatske do 2030. s pogledom na 2050. godinu („Narodne novine“, broj: 25/2020.)

[30] Više o djelokrugu u slijedećim propisima: Zakon o cestama („Narodne novine“, broj: 84/2011., 22/2013., 54/2013., 148/2013., 92/2014., 110/2019., 144/2021., 114/2022., 114/2022., 4/2023. i 133/2023.), Zakon o željeznici („Narodne novine“, broj: 32/2019., 20/2021. i 114/2022.), Zakon o ugovorima o prijevozu u željezničkom prometu („Narodne novine“, broj: 87/1996. i 114/2022.), Zakon o zračnom prometu („Narodne novine“, broj: 69/2009., 84/2011., 54/2013., 127/2013. i 92/2014.), Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu („Narodne novine“, broj: 132/1998., 63/2008., 134/2009. i 94/2013.)

[31] Više o području u slijedećem izvoru: Zakon o vodama („Narodne novine“, broj: 66/2019., 84/2021. i 47/2023.) i Zakon o vodnim uslugama („Narodne novine“, broj: 66/2019.),

[32] O navedenome više u slijedećim propisima: Deklaracija o zaštiti okoliša u Republici Hrvatskoj („Narodne novine“, broj: 34/1992.), Zakon o zaštiti okoliša („Narodne novine“, broj: 80/2013., 153/2013., 78/2015., 12/2018. i 118/2018.), Zakon o održivom gospodarenju otpadom („Narodne novine“, broj: 94/2013., 73/2017., 14/2019. i 98/2019.) i dr.

[33] O navedenome više u slijedećim propisima: Zakon o veterinarstvu („Narodne novine“, broj: 82/2013., 148/2013., 115/2018., 52/2021., 83/2022. i 152/2022.), Zakon o poljoprivredi („Narodne novine“, broj: 118/2018., 42/2020., 127/2020., 52/2021. i 152/2022.) i Zakon o poljoprivrednom zemljištu(„Narodne novine“, broj: 20/2018., 115/2018., 98/2019. i 57/2022.)

[34] Od bitnijih zakonskih akata potrebno je navesti: Zakon o sudovima („Narodne novine“, broj: 28/2013., 33/2015., 82/2015., 82/2016., 67/2018., 126/2019., 130/2020., 21/2022., 60/2022., 16/2023., 155/2023. i 36/2024.) i Zakon o državnom odvjetništvu („Narodne novine“, broj: 67/2018. i 21/2022.) u području pravosuđa te Zakon o sustavu državne uprave („Narodne novine“, broj: 66/2019. i 155/2023.)

[35] članci 18. do 23. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi („Narodne novine“, broj: 33/2001., 60/2001., 129/2005., 109/2007., 125/2008., 36/2009., 36/2009., 150/2011., 144/2012., 19/2013., 137/2015., 123/2017., 98/2019. i 144/2020.) vezano uz članke 128 do 131. Ustava RH („Narodne novine“, broj: 56/1990., 135/1997., 113/2000.,

približavanja slijedećeg bitnog sastojka djelovanja javnih odnosno državne službe su primici službenika i namještenika sukladno pozitivnim propisima. U pozitivno pravnom smislu predmetno područje od 1. siječnja 2024. godine uređeno je Zakonom o plaćama u državnoj službi i javnim službama („Narodne novine“, broj: 155/2023.). Predmetnim propisom uređuje se sustav plaća u državnoj službi i javnim službama. Zakonopisac i Zakonodavac dugoročno su sagledali sustav primanja u Državnoj i javnim službama te su pristupili jedinstvenim propisom utvrditi osnovne postulate primanja. S tim u svezi propisane su slijedeće odrednice koje u bitnome određuju sustav plaća:

- Načela pravednosti, transparentnosti i održivosti sustava plaća[36],
- Vrednovanje radnih mjesta prema složenosti poslova, odgovornosti, potrebnim znanjima i vještinama[37],
- Ocjenjivanje učinkovitosti rada službenika i namještenika[38].

Plaća se sastoji od osnovne plaće i dodataka na plaću, s tim da osnovnu plaću čini umnožak koeficijenta složenosti poslova radnog mjesta i osnovice za izračun plaće, a dodaci na plaću uključuju dodatak za radni staž, dodatak za posebne uvjete rada, dodatak za rukovođenje i druge dodatke propisane Zakonom[39]. Novi/stari institut radnoga prava u sferi plaća je platna ljestvica koja je nakon dužeg vremena „izbivanja“ iz sustava radnopravnog/službeničkopravnog uređenja plaća ponovno uvrštena u službeničko pravo na način da je uvedena jedinstvena platna ljestvica s 16 platnih razreda[40]. Sustav napredovanja u okviru platnih razreda uređuje se sukladno ocjeni učinkovitosti rada[41], dok službenici i namještenici mogu biti nagrađeni za ostvarene natprosječne rezultate rada koje nagrađivanje se izvršava isplatom jednokratne novčane nagrade/bonusa za rezultate rada tijekom pojedinačne godine[42]. Posljedično svi oni službenici koji su do trenutka stupanja na pravnu snagu Zakona stekli određena prava za uvećanje koeficijenata složenosti radnog mjesta isti će zadržati onaj koeficijent složenosti poslova uvećan za stalne dodatke na plaću dok rade na radnom mjestu na kojem su zatečeni ukoliko je isti povoljniji za službenika, a najduže do

28/2001., 76/2010. i 5/2014.)

[36] članci 6. do 8. Zakona o plaćama u državnoj službi i javnim službama

[37] cf.ibid., članak 9.

[38] cf.ibid., članak 10.

[39] cf.ibid., glava V.

[40] cf.ibid., glava VI.

[41] cf.ibid., glava VII.

[42] cf.ibid., glava VIII.

31. prosinca 2027.[43] Predmetnim propisom uvodi se sustav plaća temeljen na vrednovanju radnih mjesta, ocjenjivanju učinkovitosti rada i nagrađivanju za ostvarene rezultate, uz očuvanje stečenih prava zatečenih državnih službenika.

3. Javne ustanove kroz prizmu sveučilišta i veleučilišta kao pojavnih oblika ustanova

S potpunim razumijevanjem sveučilišta odnosno veleučilišta kao javnih ustanova potrebno je odrediti osnovni pojam što je to javna ustanova sukladno pozitivnim propisima. Javne ustanove su pravna osoba koje osniva država, jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave ili druga pravna osoba s javnim ovlastima radi obavljanja djelatnosti od javnog interesa[44]. Ustanove se međuostalom osnivaju s ciljem djelovanja u područjima kao što su: obrazovanje, znanost, kultura, zdravstvo, socijalna skrb i drugim krucijalnim područjima za pružanje javne usluge širem broju korisnika (fizičkih i pravnih osoba)[45]. Ustanove u sustavu visokog obrazovanja, znanstvene i umjetničke djelatnosti su sveučilišta, fakulteti, umjetničke akademije i veleučilišta[46]. Javna visoka učilišta u Republici Hrvatskoj osnivaju se na jedan od slijedećih načina: sveučilišta se osnivaju zakonom, veleučilišta se osnivaju uredbom Vlade Republike Hrvatske, dok se fakulteti odnosno umjetničke akademije osnivaju odlukom sveučilišta ili tijela državne uprave nadležnog za poslove obrane, unutarnjih poslova te vanjskih i europskih poslova[47]. Za razliku od javnog visokog učilišta privatno visoko učilište može osnovati fizička ili pravna osoba[48]. Izuzev osnivačkog akta svako javno i privatno visoko učilište ima statut kao najviši autonomni izvor prava kojim se propisuje unutarnja organizacija, tijela ustanove, njihova ovlaštenja i način odlučivanja, prava i obveze zaposlenika i studenata, te druga pitanja važna za djelovanje ustanove[49]. Uz statut kao krovni autonomni opći akt visoka učilišta donose pravilnike kojima uređuju pojedinačno određena pitanja primjerice studijske

[43] cf.ibid., članci 39. do 46.

[44] članak 1. vezano uz članak 7. Zakona o ustanovama („Narodne novine“, broj: 76/1993., 29/1997., 47/1999., 35/2008., 127/2019. i 151/2022.)

[45] cf.ibid., članak 22.

[46] članak 6. stavak 2. Zakona o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti („Narodne novine“, broj: 119/2022.)

[47] cf.ibid., članak 7. stavak 2. i 3.

[48] cf.ibid., članak 7.

[49] cf.ibid., članak 6., 10., 17.,23., 32.

programe, uvjete upisa, provedbe nastave, financiranje i druge[50]. Upravljanje sveučilištima i veleučilištima kao i sva druga područja uređena su Zakonom o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti, kojim je propisano da sveučilištem upravlja senat i rektor, a nadzire sveučilišno vijeće uz koje tijelo ima i gospodarski savjet, dok veleučilištem upravlja upravno vijeće, dekan i vijeće veleučilišta[51]. S tim u vezi senat sveučilišta je najviše akademsko tijelo sveučilišta koje donosi ključne odluke vezane uz akademske poslove, poput usvajanja studijskih programa, imenovanja profesora, i slično[52], a rektor je čelnik sveučilišta koji predstavlja i vodi sveučilište te je odgovoran za zakonitost rada i poslovanja ustanove[53]. Najviše tijelo veleučilišta je upravno vijeće koje ima zadaću upravljati veleučilištima, a navedeno tijelo ima pet članova od kojih predsjednika i dva člana imenuje osnivač, jednog imenuje vijeće veleučilišta a jednog se imenuje ili bira iz reda zaposlenika veleučilišta[54]. Sveučilišno vijeće i Upravno vijeće veleučilišta donosi odluke o financijskim i strateškim pitanjima. Javna sveučilišta i veleučilišta financiraju se iz državnog proračuna, proračuna lokalne ili područne (regionalne) samouprave, vlastitih prihoda (školarina, istraživačkih projekata, i drugih aktivnosti) te iz donacija i sponzorstava[55].Nacionalno vijeće za znanost, visoko obrazovanje i tehnološki razvoj te Agencija za znanost i visoko obrazovanje, odgovorni su za inicijalnu akreditaciju, reakreditaciju, praćenje kvalitete i evaluaciju rada sveučilišta i veleučilišta[56].

4. Pravni status nastavnog osoblja u visokom obrazovanju

4.1 Postupak izbora na nastavna radna mjesta nastavnika u visokom obrazovanju

Izbor nastavnog osoblja u visokom obrazovanju u Republici Hrvatskoj reguliran je Zakonom o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti

[50] cf.ibid., članak 4.
[51] cf.ibid., članci 11. i 24.
[52] cf.ibid., članak 12.
[53] cf.ibid., članak 13.
[54] cf.ibid., članak 25.
[55] cf.ibid., članak 96.
[56] Zakon o osiguravanju kvalitete u visokom obrazovanju i znanosti („Narodne novine“, broj: 151/2022.)

(Narodne novine br. 119/22), kao i internim aktima sveučilišta i veleučilišta. Postupak je složen i zahtijeva pridržavanje strogih kriterija kako bi se osigurala kvaliteta nastave i znanstveno-istraživačkog rada. Postupak izbora započinje identificiranjem potrebe za novim nastavnim osobljem. Dakle, potreba je ključan element zasnivanja radnog odnosa ili angažiranja nastavnog osoblja putem građanskopravnog odnosa temeljem ugovora o djelu. Ista mora pratiti ekonomsko–radnu logiku te strogu zakonodavnu proceduru kako bi se došlo do što kvalitetnijih rješenja. Cilj je navedenog da se u obrazovnom sustavu izbjegnu negativne društvene pojave poput nepotizma, klijentelizma, kronizma, korupcije, negativna selekcija kadrova itd. Naravno, negativne društvene pojave nije moguće u potpunosti iskorijeniti, ali ih treba suzbijati. Kao najsnažniji instrument za to pojavljuje se regulativa i procedura. Kada sveučilište ili veleučilište ustanovi potrebu za popunom određenog radnog mjesta, dekan ili odgovorna osoba pokreće postupak objave natječaja. Natječaj se objavljuje u Narodnim novinama, službenom glasilu visokog učilišta te na mrežnim stranicama ustanove. Natječaj mora sadržavati jasne informacije o uvjetima koje kandidati moraju ispunjavati, poput stupnja obrazovanja, znanstvenih zvanja i radnog iskustva[57,58]. Kandidati se prijavljuju na natječaj dostavljajući potrebnu dokumentaciju koja uključuje životopis, popis objavljenih radova, dokaze o ispunjavanju uvjeta natječaja i druge relevantne dokumente. Stručne komisije, koje se sastoje od uglednih članova akademske zajednice, evaluiraju prijave. Komisija pregledava dostavljenu dokumentaciju, procjenjuje znanstvene radove kandidata, njihovu nastavnu djelatnost, sudjelovanje u projektima i doprinos znanstvenoj zajednici[59],[60]. Nakon procjene kandidata, stručno povjerenstvo sastavlja izvješće s preporukama. Izvješće se podnosi Fakultetskom vijeću ili drugom odgovarajućem tijelu unutar ustanove, koje donosi konačnu odluku o izboru. U slučaju spora ili neslaganja s odlukom, kandidati imaju pravo na žalbu. Konačnu odluku odobrava rektor ili dekan, ovisno o

[57] Glavaš, J. i Beletić-Tatić, I. (2023). Novi zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti s posebnim osvrtom na radnopravni status nastavnog osoblja na veleučilištima. *Zbornik Istarskog veleučilišta - Rivista dell' Università Istriana di scienze applicate, 2.* (1.), 37.-44.

[58] članak 40. Zakona o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti

[59] vidi supra, bilj. 55.

[60] članak 40. stavak 6. Zakona o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti

unutarnjim pravilima ustanove[61],[62]. Nakon donošenja odluke, s izabranim kandidatom sklapa se ugovor o radu. Ugovor može biti na određeno ili neodređeno vrijeme, s obvezom provođenja reizbora ili unaprjeđenja svakih pet godina. Reizbor podrazumijeva ponovno vrednovanje nastavnika u skladu s postignutim rezultatima u znanstvenoj i nastavnoj djelatnosti. Postupak reizbora osigurava kontinuirani profesionalni razvoj i usklađenost s najvišim standardima kvalitete[63],[64]. Proces izbora nastavnog osoblja u visokom obrazovanju u Hrvatskoj je detaljno propisan, kako bi se osigurala visoka kvaliteta obrazovnog i znanstvenog rada. Kroz stroge kriterije i transparentan postupak nastoji se postići odabir najboljih kandidata koji će doprinijeti razvoju znanstvene i obrazovne zajednice.

4.2. Postupak izbora u naslovna zvanja u visokom obrazovanju

Postupak izbora u naslovna zvanja u visokom obrazovanju u Republici Hrvatskoj kao i izboru na nastavna radna mjesta propisan je Zakonom o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti, kao i nizom pravilnika i internih procedura unutar pojedinog sveučilišta/veleučilišta. Ovaj proces uključuje nekoliko ključnih koraka koji osiguravaju da kandidati ispunjavaju potrebne kriterije te da se postupak provodi transparentno i pošteno. Postupak započinje objavom natječaja u službenim glasilima sveučilišta, veleučilišta, kao i na njihovim službenim mrežnim stranicama. Natječaj mora jasno definirati uvjete koje kandidati trebaju ispunjavati, uključujući potrebne akademske kvalifikacije, znanstvene i stručne radove, te druge relevantne kompetencije. Natječaj se također objavljuje u Narodnim novinama kako bi se osigurala što veća transparentnost i dostupnost informacija zainteresiranim kandidatima[65],[66] Kandidati se prijavljuju na natječaj dostavljajući sve potrebne dokumente koji dokazuju ispunjavanje uvjeta natječaja. Dokumentacija obično uključuje:

[61] vidi supra, bilj. 55.
[62] članak 40. stavak 5. Zakona o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti
[63] vidi supra, bilj. 55.
[64] članak 40. stavak 11. Zakona o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti
[65] Članak 53. vezano uz članak 40. i 43. Zakona o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti
[66] Uputa Ministarstva znanosti i obrazovanja, KLASA: 640-03/22-03/00013, URBROJ: 533-04-22-0001, od 16.12.2022.

• Životopis (CV)
• Dokaze o stečenim akademskim stupnjevima
• Popis znanstvenih i stručnih radova
• Dokaze o sudjelovanju na znanstvenim i stručnim konferencijama
• Preporuke prethodnih poslodavaca ili mentora[67],[68]

Nakon isteka roka za prijavu, stručno povjerenstvo pregledava pristigle prijave. Povjerenstvo se obično sastoji od uglednih članova akademske zajednice s iskustvom u području za koje se natječaj raspisuje. Članovi povjerenstva procjenjuju:

• Kvalitetu znanstvenih radova
• Doprinos kandidata znanstvenoj zajednici
• Nastavnu djelatnost i dosadašnje iskustvo kandidata[69].

Prema pravilnicima pojedinih visokih učilišta, povjerenstvo može zatražiti dodatne informacije ili intervjuirati kandidate kako bi steklo što bolji uvid u njihove kompetencije i kvalifikacije[70] . Na temelju prikupljenih informacija, stručno povjerenstvo sastavlja izvješće u kojem detaljno opisuje procjenu svakog kandidata i daje preporuku za izbor u naslovno zvanje. Izvješće se podnosi Fakultetskom vijeću ili odgovarajućem tijelu visokog učilišta koje donosi konačnu odluku. Preporuka povjerenstva može uključivati prijedlog za izbor kandidata ili može predložiti da se natječaj poništi ako niti jedan kandidat ne ispunjava uvjete[71]. Nakon što Senat, fakultetsko ili akademijsko vijeće, vijeće veleučilišta donese odluku, kandidat koji je izabran u naslovno zvanje može, a ne mora potpisati ugovor o djelu s visokim učilištem. Ugovor precizira prava i obveze nastavnika, uključujući zadatke, trajanje ugovora i uvjete za reizbor ili izbor u više naslovno zvanje. Postupak izbora u naslovna zvanja u visokom obrazovanju u Hrvatskoj trenutno je propisao usporedno s izborom u nastavna radna mjesta s jednakim uvjetima s tim da obveza visokog učilišta nije ujednačena. Zakonopisac je pristupio ujednačavanju propisa za sve pojavne oblike visokih učilišta kako bi se osigurala transparentnost i kvaliteta nastavnog kadra. Kroz jasno definirane korake i stroge kriterije, visoka učilišta nastoje odabrati najbolje kandidate koji će svojim radom doprinijeti razvoju znanstvene i obrazovne zajednice.

---

[67] vidi supra, bilj.63.
[68] vidi supra, bilj.64.
[69] vidi supra, bilj.63.
[70] vidi supra, str 39, bilj. 55.
[71] vidi supra, str 41., bilj. 55.

ZAKLJUČAK

Zaključno, radnopravni status radnika, bilo u ugovornom ili službeničkom radnom odnosu, ovisi o karakteru pravnog odnosa koji regulira njihove radne uvjete. Ključna razlika između javnog i privatnog prava, premda značajna u teoriji, u praksi često gubi na važnosti. S obzirom na to, važno je osigurati jedinstvo funkcioniranja oba aspekta pravnog sustava kako bi se očuvala pravna izvjesnost i sigurnost. Razvoj javnih službi, potaknut transformacijom liberalnih država u socijalne države krajem 19. stoljeća, naglašava potrebu državne kontrole u pružanju osnovnih usluga poput obrazovanja i zdravstva. U Republici Hrvatskoj, javni sektor obuhvaća širok raspon djelatnosti od državnih tijela do lokalne samouprave, s posebnim naglaskom na zakonitost i efikasnost poslovanja putem novih upravljačkih metoda. Analizirajući postupke izbora nastavnog osoblja u visokom obrazovanju u Republici Hrvatskoj pokazuje složenost i stroge kriterije postavljene zakonom i internim aktima visokih učilišta. Svaki korak, od objave natječaja do konačne odluke, rigorozno je reguliran kako bi se osigurala transparentnost i visoka kvaliteta kandidata. Na osnovu prikupljenih i obrađenih informacija iz različitih faza postupka izbora, možemo uočiti da je sustav osmišljen kako bi se postigli visoki standardi u obrazovanju i znanosti. Ovaj proces uključuje objavu natječaja, prijavu kandidata, evaluaciju prijava od strane stručnih komisija, te konačnu odluku fakultetskog vijeća ili drugog nadležnog tijela, što osigurava višeslojnu provjeru kvalitete kandidata. Uvidom u pojedinačni primjer te postupak, možemo utvrditi kako je cilj ovakvog sustava izbora postizanje izvrsnosti u visokom obrazovanju. Naime, kroz „jasno posložen pravni okvir“ glede kriterija i razrađen postupak, nastoji se osigurati da samo najkvalificiraniji kandidati budu izabrani za nastavna zvanja. Polazeći od općih načela i zakonskih odredbi, može se zaključiti da je cijeli proces usmjeren na povećanje kvalitete obrazovanja i znanosti u Hrvatskoj. Predmetno u formalnopravnom smislu potiče transparentnost postupka u cilju odabira najboljih kandidata, što bi dugoročno trebalo voditi ka unaprjeđenju akademske zajednice. Usporedbom s postupcima izbora nastavnog osoblja u drugim zemljama, možemo zaključiti da Hrvatska slijedi slične standarde i procedure kao i druge razvijene zemlje. Osiguravanjem transparentnosti i strogih kriterija, Hrvatska se svrstava među zemlje koje ulažu značajne napore u osiguranje kvalitete visokog obrazovanja. U pomanjkanju informacija zbog recentnosti zakonodavnih izmjena u radu nije detaljno razrađena pravna (radnopravna/statusnopravna) problematika izjednačenih kriterija za izbor u nastavna radna

mjesta i naslovna nastavna mjesta, budući da će predmetna „pravna praznina“ u zakonodavnom okviru kroz nadolazeće vrijeme moći pokazati što je posljedica takvog zakonodavnog rješenja. Autori će u nastavku svog istraživanja dodatno obratiti prethodno navedeno po prikupljanju dovoljnog broja podataka za analizu uzorka.

LITERATURA

KNJIŠKI I ELEKTRONIČKI IZVORI

- Beletić-Tatić, I., Glavaš J., (2023), Novi zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti s posebnim osvrtom na radnopravni status nastavnog osoblja na veleučilištima, Zbornik Istarskog veleučilišta - Rivista dell' Università Istriana di scienze applicate, 2(1), str. 37.-44., dostupno na: https://hrcak.srce.hr/309165,
- Ćupurdija, M., Subašić, S. (2013): O pravu i pravednosti, Svjetla grada d.o.o. Osijek, citat iz predgovora Milorada D. Zakića, str. 10.,
- Ćupurdija, M., Subašić, S. (2015), Pravo i pravednost, 2 .izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Libertin naklada, Rijeka, str. 214.,
- Duguit, L. (1923). Law in the Modern State. New York: B.W. Huebsch, Inc.,
- Đulabić, V. (2007) Socijalne službe u konceptu službi od općeg interesa, https://hrcak.srce.hr/file/47939, preuzeto, 13.6.2024.,
- Hood, C. (1991). A Public Management for All Seasons? Public Administration, 69(1), str. 3.-19.,
- Marx, K. (1867). Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie. Hamburg: Verlag von Otto Meissner,
- Mill, J.S. (1859). On Liberty. London: John W. Parker and Son,
- Osborne, D., & Gaebler, T. (1992). Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector. Reading, MA: Addison-Wesley,
- Petrak, M. (2007) Recepcija Ulpijanove definicije pravednosti u hrvatskim srednjovjekovnim izvorima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Sveučilišta u Zagrebu, broj 57, (6), str. 955.-978.,
- Pollitt, C., & Bouckaert, G. (2011). Public Management Reform: A Comparative Analysis. Oxford: Oxford University Press,
- Rosenbloom, D.H. (2005). Administrative Law for Public Managers. Boulder, CO: Westview Press,

– Smith, A., (1776) An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. London: W. Strahan and T. Cadell,
– Titmuss, R.M. (1974). Social Policy: An Introduction. London: George Allen & Unwin,
– Zakić, M. (2010). Državni Interesi i Javne Službe. Journal of Public Administration, 5(2), 45.-67.,
– Zelić, I. (2006), Vodič kroz filozofiju, Verbum, Split, str.281.

POZITIVNI PROPISI

– Deklaracija o zaštiti okoliša u Republici Hrvatskoj („Narodne novine“, broj: 34/1992.),
– Uputa Ministarstva znanosti i obrazovanja, KLASA: 640-03/22-03/00013, URBROJ: 533-04-22-0001, od 16.12.2022.,
– Strategija energetskog razvoja Republike Hrvatske do 2030. s pogledom na 2050. godinu („Narodne novine“, broj: 25/2020.),
– Zakon o cestama („Narodne novine“, broj: 84/2011., 22/2013., 54/2013., 148/2013., 92/2014., 110/2019., 144/2021., 114/2022., 114/2022., 4/2023. i 133/2023.),
– Zakon o državnom odvjetništvu („Narodne novine“, broj: 67/2018. i 21/2022.),
– Zakona o državnim službenicima („Narodne novine“, broj: 155/2023.),
– Zakon o energiji („Narodne novine“, broj: 120/2012., 14/2014., 95/2015., 102/2015. i 68/2018.),
– Zakon o kazalištima („Narodne novine“, broj: 23/2023.),
– Zakon o knjižnicama i knjižničnoj djelatnosti („Narodne novine“, broj: 17/2019.),
– Zakon o komunalnom gospodarstvu („Narodne novine“, broj: 68/2018., 110/2018. i 32/2020.),
– Zakon o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi („Narodne novine“, broj: 33/2001., 60/2001., 129/2005., 109/2007., 125/2008., 36/2009., 36/2009., 150/2011., 144/2012., 19/2013., 137/2015., 123/2017., 98/2019. i 144/2020.),
– Zakon o muzejima („Narodne novine“, broj: 61/2018., 98/2019., 114/2022. i 61/2018.),
– Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu („Narodne novine“, broj: 132/1998., 63/2008., 134/2009. i 94/2013.),
– Zakon o obrazovanju odraslih („Narodne novine“, broj: 144/2021.),

- Zakon o odgoju i obrazovanju u osnovnoj i srednjoj školi („Narodne novine“, broj: 87/2008., 86/2009., 92/2010., 105/2010., 90/2011., 5/2012., 16/2012., 86/2012., 94/2013., 152/2014., 7/2017., 68/2018., 98/2019., 64/2020., 133/2020., 151/2022., 155/2023. i 156/2023.),
- Zakon o održivom gospodarenju otpadom („Narodne novine“, broj: 94/2013., 73/2017., 14/2019. i 98/2019.),
- Zakon o osiguravanju kvalitete u visokom obrazovanju i znanosti („Narodne novine“, broj: 151/2022.),
- Zakon o plaćama u državnoj službi i javnim službama („Narodne novine“, broj: 155/2023.),
- Zakon o poljoprivredi („Narodne novine“, broj: 118/2018., 42/2020., 127/2020., 52/2021. i 152/2022.),
- Zakon o poljoprivrednom zemljištu („Narodne novine“, broj: 20/2018., 115/2018., 98/2019. i 57/2022.),
- Zakon o predškolskom odgoju i obrazovanju („Narodne novine“, broj: 10/1997., 107/2007., 94/2013., 98/2019., 57/2022. i 101/2023.),
- Zakon o regulaciji energetskih djelatnosti („Narodne novine“, broj: 120/2012. i 68/2018.),
- Zakon o tržištu električne energije („Narodne novine“, broj: 111/2021. i 83/2023.),
- Zakon o tržištu toplinske energije („Narodne novine“, broj: 80/2013., 14/2014., 102/2014., 95/2015., 76/2018. i 86/2019.),
- Zakon o socijalnoj skrbi („Narodne novine“, broj: 18/2022., 46/2022., 119/2022., 71/2023. i 156/2023.),
- Zakon o sudovima („Narodne novine“, broj: 28/2013., 33/2015., 82/2015., 82/2016., 67/2018., 126/2019., 130/2020., 21/2022., 60/2022., 16/2023., 155/2023. i 36/2024.),
- Zakon o sustavu državne uprave („Narodne novine“, broj: 66/2019. i 155/2023.),
- Zakon o tržištu plina („Narodne novine“, broj: 18/2018. i 23/2020.),
- Zakon o tržištu toplinske energije („Narodne novine“, broj: 80/2013., 14/2014., 102/2014., 95/2015., 76/2018. i 86/2019.),
- Zakon o ugovorima o prijevozu u željezničkom prometu („Narodne novine“, broj: 87/1996. i 114/2022.),
- Zakon o ustanovama („Narodne novine“, broj: 76/1993., 29/1997., 47/1999., 35/2008., 127/2019. i 151/2022.),
- Zakon o veterinarstvu („Narodne novine“, broj: 82/2013., 148/2013., 115/2018., 52/2021., 83/2022. i 152/2022.),

- Zakon o visokom obrazovanju i znanstvenoj djelatnosti („Narodne novine“, broj: 119/2022.),
- Zakon o vodama („Narodne novine“, broj: 66/2019., 84/2021. i 47/2023.),
- Zakon o vodnim uslugama („Narodne novine“, broj: 66/2019.),
- Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara („Narodne novine“, broj: 69/1999., 151/2003., 157/2003., 100/2004., 87/2009., 88/2010., 61/2011., 25/2012., 136/2012., 157/2013., 152/2014. , 98/2015., 44/2017., 90/2018., 32/2020., 62/2020., 117/2021. i 114/2022.),
- Zakon o zaštiti okoliša („Narodne novine“, broj: 80/2013., 153/2013., 78/2015., 12/2018. i 118/2018.),
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti („Narodne novine“, broj: 100/2018., 125/2019., 147/2020., 119/2022., 156/2022., 33/2023. i 36/2024.),
- Zakon o zračnom prometu („Narodne novine“, broj: 69/2009., 84/2011., 54/2013., 127/2013. i 92/2014.),
- Zakon o željeznici („Narodne novine“, broj: 32/2019., 20/2021. i 114/2022.).

Milorad Ćupurdija[72]
Domagoj Rožac

LEGAL STATUS OF WORKERS IN PUBLIC SERVICES WITH SPECIAL REFERENCE TO PERSONS INVOLVED IN THE TEACHING PROCESS IN HIGHER EDUCATION

***Abstract*:** *This article analyses the conceptual definition and ontological meaning of the legal status of employees in the public sector, with particular attention to persons involved in the teaching process in higher education, as well as its normative regulation and practical application. Legal status refers to the position that a subject occupies in the legal order, which is defined by objective law and determines its ability to perform certain actions and enjoy rights. In a given situation, each legal subject has a certain number of subjective rights and obligations arising from objective law. The combination of these rights and duties forms the legal situation or legal state, i.e. the legal status of the subject. Although many legal situations have common characteristics, there are significant differences that are reflected in their terminology and substantive meaning. This is the case in higher education, where we distinguish between teaching staff in so-called titular positions and those in employment positions. A titular teacher is a person who has been elected to a scientific-teaching or teaching title at another higher education institution (university/polytechnic), but is not employed and acts as an external associate based on the basis of a contract of employment. The same scientific-teaching and pedagogical prerequisites are required for election to a titular position as for election to a teaching position as an employee. The fundamental difference between these categories of legal status is that teachers who are elected to titular positions are obliged to act in accordance with the rules of contract law based on the conclusion of a service contract and resulting from their status-based election to titular teaching positions, while teachers who are elected to tenured teaching positions in employment*

[72] Veleučilište s pravom javnosti BALTAZAR ZAPREŠIĆ, Vladimira Novaka 23, 10 290 Zaprešić, e-mail: misoc@net.hr

must act in accordance with the rules of labour law based on the conclusion of an employment contract and resulting from their employment-based election. This paper analyses the existing legal solutions aimed at the modalities of activating human resources in response to the needs of higher education. The analytical approach includes a normative method, which focuses on the study of legal norms, and a comparative method, which allows the comparison of different legal systems and practices.

The aim of the paper is to examine how existing legislation meets the needs of higher education and how the use of human resources can be improved. The authors use the normative method to analyse legal norms and the comparative method to compare with other legal systems in order to answer the questions posed and provide recommendations to improve the legal framework.

Keywords: *legal status, employment relationship, titular position, higher education*

УДК 331.106.24:349.2(497.6РС)
doi 10.7251/PR6924213K
Прегледни научни чланак

КРИЗА ПРОЦЕСА КОЛЕКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Проф. др Рајко Кличковић[1]
Дипл. правник Милан Ђурановић[2]

Апстракт: *Циљ овог рада је приказати кризу процеса колективног преговарања у Републици Српској у периоду након ступања на снагу новог Закона о раду у јануару 2016. године и престанка важења раније закључених колективних уговора. Та криза траје и данас без изгледа да се превазиђе. Приликом анализе имали смо у виду чињеницу да Устав Републике Српске гарантује право на рад у складу са законом и колективним уговором и да се тим актима могу уређивати многобројна питања која се односе на права и обавезе радника и послодаваца у процесу рада.*

Тренутно, у Републици Српској не постоје Општи колективни уговори и готово сви гански колективни уговори у реалном сектору. Изузетак је присутан у јавном сектору који се махом финансира из јавних прихода било да је у питању републички или локални ниво власти.

Стога се поставља оправдано питање да ли у Републици Српској од 2016. године постоји колективно преговарање као један од најважнијих сегмената социјалног дијалога и да ли се права и обавезе радника остварују у пуном капацитету. С обзиром на тренутно стање процеса колективног преговарања, изостанак Општег колективног угово-

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

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

ра којег на одређен начин супституише Одлука о утврђивању увећања плате, висине примања по основу рада и висине помоћи раднику коју је донијела Влада Републике Српске, као и изостанак већине гранских колективних уговора у реалном сектору и малог броја закључених уговора у јавном сектору, неопходно је покренути активности на јачању и унапређењу овог процеса. Колективни уговори су основ социјалног мира и стабилности и основ за остваривање права на достојанствен рад.

Кључне ријечи: *колективно преговарање, колективни уговори, предмет уговора, остваривање права, криза процеса.*

I КОЛЕКТИВНИ УГОВОРИ И КОЛЕКТИВНО ПРЕГОВАРАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Процес колективног преговарања у Републици Српској, као један од облика социјалног дијалога, има веома значајно мјесто у укупним друштвено-економским односима. Колективни уговори, као резултат директних преговора партнера у социјалном дијалогу, су облици учешћа представника радника у уређивању њихових права и обавеза по основу рада и односа радника са послодавцем.

Развој и степен колективног преговарања у свакој земљи зависи од степена развоја политичке демократије и тржишне економије што битно утиче на карактер друштвено-економских односа, а тиме и на сам положај партнера у процесу колективног преговарања. Полазећи од ове чињенице, процес колективног преговарања у Републици Српској може се анализирати и посматрати кроз два различита временска периода. Први период, када се и јавља колективно преговарање као први облик социјалног дијалога, вријеме друштвено-економских односа које карактерише, у почетку, друштвена својина која се законом претвара у државну од које зависе положај и улога страна у процесу колективног преговарања.

Други период у развоју овог процеса почиње транзицијом и промјенама у свим областима друштвеног, економског и политичког живота, када у Републици Српској настају нови друштвено-економски односи са доминантном приватном својином и када се процес колективног преговарања садржајно мијења због другачијег положаја послодаваца као и односа између радника и послодаваца, у складу са спроведеном реформом у области рада и запошљавања.

Крајњи резултат колективног преговарања као комплексног начина усаглашавања почетно различитих захтјева и интереса социјалних партнера су колективни уговори за које постоје уставне и законске претпоставке. Колективни уговори су резултат директних преговора и представљају облик партиципације радника и послодаваца у уређивању њихових права и обавеза по основу рада и односа радника и послодавца. Колективни уговори су специфични општи акти у којима се вољом уговорних страна врши доградња законских рјешења и они не подлијежу ратификацијама од стране Народне скупштине Републике Српске, нити је за њихово ступање на снагу потребна нечија сагласност.

У садашњој ситуацији, када у Републици Српској није закључен Општи колективни уговор ни колективни уговори у дјелатностима реалног сектора, осим неколико појединачних уговора код послодавца, питање је како обезбиједити примјену Закона о раду и право на плату које се искључиво уређује колективним уговорима. То значи да је процес колективног преговарања у Републици Српској у озбиљној кризи.

1. Појам колективних уговора и колективног преговарања

Колективни уговори су правни акти којима се ближе и потпуније уређују односи у систему рада. Представљају израз воље уговорних страна и резултат су трипартитних или бипартитних преговора страна које учествују у његовом закључивању, зависно од нивоа колективног преговарања. Релевантним одредбама Закона о раду је прописано да се колективним уговором закљученим између синдиката и послодавца у складу са законом уређују права, обавезе и одговорности из радног односа, начин и поступак њиховог остваривања и међусобни односи учесника колективног уговора. Према томе, колективни уговор је општи правни акт, аутономни (недржавни) формални писани споразум закључен између репрезентативних синдиката и послодаваца којим се ближе уређују права по основу рада, обим права и начин и поступак њиховог остваривања, међусобни односи учесника у закључивању колективних уговора и друга питања од значаја за уређивање односа између радника и послодаваца који је обавезујући за послодавца и раднике који су код њега запослени, а у чијем је закључивању послодавац непосредно учествовао или је овластио другог послодавца да то учини у његово име или је накнадно приступио колективном уговору.

Колективно преговарање у Републици Српској дио је нормативног оквира гарантованог Уставом Републике Српске и законима који се заснивају на међународним стандардима. Правна регулатива колективног преговарања је у значајној мјери усаглашена са међународним и регионалним изворима радног права. Босна и Херцеговина је ратификовала значајан број Конвенција и Препорука Међународне организације рада као и Европску социјалну повељу (ревидирана) чије су одредбе у великој мјери преузете у домаћи правни систем.

2. Предмет и садржај колективног уговора

Предмет колективног уговора су питања која се односе на обим и начин остваривања права, обавезе и одговорности из радног односа, поступак колективног преговарања, измјена и допуна колективног уговора, међусобни односи учесника у закључивању колективних уговора и друга питања од значаја за уређивање односа између радника и послодаваца. Колективни уговори садрже и одредбе које се односе на састав и начин формирања тијела овлашћених за мирно рјешавање интересних колективних спорова.

Предмет колективних уговора се временом ширио па се данас, поред плате, преговара и о радном времену, плаћању одмора, прековременог рада и празника, питањима плаћеног и неплаћеног одсуства, других накнада, отпремнине, отказних рокова, економског развоја, незапослености, вишка радника и других питања. Осим ових питања, колективним уговорима регулишу се и питања везана за њихово трајање, за начин, поступак и случајеве у којима и када се ти уговори могу мијењати, услови, рокови и начин отказивања, питања везана за рјешавање спорова, те права и обавезе потписника колективних уговора, итд.

Према томе, имајући у виду питања која могу бити садржана у колективном уговору, може се уочити да постоје у основи двије групе питања, и то: питања везана за права, обавезе и одговорности из радног односа и питања везана за права и обавезе самих уговорних страна. С обзиром на ова питања, у колективним уговорима постоје двије врсте норми којима се она регулишу. Једне норме су облигационо-правног карактера, а друге норме су нормативно-правног карактера. Међутим, због двије врсте норми које су садржане у колективним уговорима, у теорији радног права не постоји јединствен став о правној природи колективних

уговора која произлази из предмета и садржине колективног уговора. Приликом разматрања питања о правној природи колективних уговора, неопходно је указати на основне карактеристике тих аката како у погледу аспекта њиховог доношења тако и са аспекта њиховог дејства.

Проблем правне природе колективних уговора је изузетно сложен и он се своди на питање како спојити уговорну форму ових аката са њиховим правним дејством. Ово питање је допринијело настанку више теорија о правној природи колективних уговора. У суштини, ријеч је о три различита приступа колективном уговору и његовој правној природи. Због ограниченог простора у овоме раду нећемо се бавити теоријама о правној природи колективних уговора.

3. Врсте колективних уговора и учесници у закључивању колективног уговора

Законом о раду дефинисан је оквир колективног преговарања и врсте колективних уговора, а у зависности од нивоа колективног преговарања дефинисани су и учесници у закључивању колективних уговора. Наведеним законом прописано је да је колективни уговор општи колективни уговор, посебни колективни уговор и колективни уговор код послодавца.

Општи колективни уговор закључују: Влада Републике Српске, репрезентативно удружење послодаваца и репрезентативни синдикат, основани за територију Републике. Посебни колективни уговор за одређено подручје, област или грану закључују репрезентативно удружење послодаваца и репрезентативни синдикат основани за подручје, област или грану на територији Републике, а посебне колективне уговоре за републичку управу, друштвене дјелатности и јавне службе закључују Влада Републике Српске и репрезентативни синдикати грана и дјелатности. Колективни уговор код послодавца закључују послодавац и репрезентативни синдикати код послодавца.

За пуноважност колективног уговора потребно је да учесници колективног преговарања буду репрезентативни, а законом су јасно дефинисани потребни услови за репрезентативност на одговарајућем нивоу организовања. Овај институт служи за идентификацију преговарачких страна у процесу колективног преговарања и својеврсну гаранцију да је одређени синдикат „овлашћен“ да представља раднике, и заступа инте-

ресе радника на одговарајућем нивоу преговарања и представља услов учешћа одређене организације у процесу колективног преговарања.[3]

У законодавству Републике Српске само репрезентативни синдикати и репрезентативна удружења послодаваца, имају право на колективно преговарање и закључивање колективног уговора на одговарајућем нивоу. Ово право не остварују савјети радника као и друге врсте удруживања радника ради остваривања одређених економских, социјалних и правних интереса.

Колективно преговарање је најзначајнији облик социјалног дијалога и као колективно право из радних односа представља слободу социјалних партнера да преговарају о свим питањима која се односе на услове рада. Означава процес који претходи и води закључивању колективних уговора између синдиката и послодаваца.

Уважавајући принцип аутономије воље уговорних страна те нивоа колективног прговарања и закључивања колективних уговора на различитим нивоима, поставља се питање међусобног односа колективних уговора, као и односа колективног уговора са хетерономним изворима права. За рјешавање наведених дилема полази се од два принципа која су карактеристична за колективне уговоре као *sui generis* изворе радног права.

Први је принцип аутономије, односно независности сваког од нивоа колективног преговарања, што је и у складу са начелом аутономности синдикалних и послодавачких организација, одредбама Закона о раду и све већим и израженијим плурализмом синдикалних и послодавачких организација. Други принцип значајан за међусобни однос колективних уговора и њихов однос према закону је принцип повољности за раднике (*in favorem laboratoris*), који има општи карактер и њиме се регулише однос закона и колективних уговора, однос колективних уговора и однос колективног уговора и уговора о раду.

У складу са принципом повољности, уколико је неко право радника уређено са више извора радног права (закон, колективни уговор, општи акти послодавца и сл.) као и ако је исто питање другачије уређено, примијениће се норма која је за радника повољнија. Ово је једна од битних специфичности радно-правних норми која одступа од класич-

[3] И. Барун, Репрезентативност синдиката-међународни стандарди и домаћа пракса, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број „Савремене тенденције у развоју правног система Републике Србије“, 2012, бр. LX, стр. 288-289.

ног начела хијерархије правних аката. Практично, актом ниже правне снаге може се утврдити ново и повољније право за раднике него што је то дефинисано законским актима. То наравно, не значи да постоји апсолутна аутономија уговорних страна, јер тако дефинисана норма не смије бити у супротности са неком законском нормом којом је то изричито забрањено. Према томе, у таквим случајевима предност у примјени има онај акт који поједино питање за радника уређује на најповољнији начин, независно од хијерархије правних аката, с тим да се од овог начела може одступити само ако је то изричито предвиђено законом.[4]

Из принципа повољности у радном праву произлази да колективни уговори и уговори о раду морају бити усклађени са законом, а да радник остварује већа права и повољније услове рада од права и услова утврђених законом, као и друга права која нису утврђена законом, осим ако је законом другачије одређено. Уколико колективни уговор садржи одредбе које су повољније за раднике примјењују се те одредбе, а не одговарајуће одредбе закона. Уколико колективни уговор садржи одредбе којих нема у закону, право радника се остварује по колективном уговору. На крају, можемо закључити да су сви колективни уговори и уговори о раду међусобно усклађени и да су усклађени са законом и кад се разликују од закона, ако је та разлика у корист радника.

Законом о раду који је ступио на снагу 2016. године значајно је проширено дјество и значај принципа повољности. У ранијем законском рјешењу принцип повољности се односио само на могућност да се колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду ближе уреде права по основу рада, обим права и начин и поступак њиховог остваривања. Тако прописана норма значила је да се уговорне стране морају кретати у оквиру и на начин како је то дефинисано законским одредбама и најчешће је подразумијевало право уговорних страна да дефинишу висину неке престације, начин и поступак остваривања (висина и проценат увећања плата, број дана увећања годишњег одмора, дужина трајања плаћеног/неплаћеног одсуства, висина јубиларне награде и сл). Новим законским рјешењем, учесницима у колективном преговарању се даје могућност да колективним уговором утврде и друга права у односу на она која су предвиђена овим законом. Овакав став и правно тумачење

[4] В. Херман и М. Ћупурдија, Основе радног права, Електронско издање, Правни факултет Осјек, 2011. године, стр. 90.

наведене законске норме је озваничио и Уставни суд Републике Српске приликом оцјене законитости увођења посебне накнаде за рад предсједника или повјереника синдиката код послодавца, а која није била прописана законским актом.[5] Суд је оцијенио да оваквим нормирањем није нарушено уставно начело законитости. [6]

У погледу међусобног односа колективних уговора: општег, посебног и колективног уговора код послодавца, важно је напоменути да се ту не може примијенити принцип хијерархије правих аката, јер је ријеч о актима исте правне снаге. У погледу односа између посебног колективног уговора и колективног уговора код послодавца не постоји однос хијерархије, него важи принцип повољности, што значи да се колективним уговором код послодавца могу утврдити друга, или прописати повољнија права и повољнији услови рада од оних која су прописана законом и посебним колективним уговором.

4. Преговарање и закључивање колективних уговора

Преговарање је процес усаглашавања међусобних права, обавеза и интереса репрезентативних синдиката и послодаваца у вези са питањима која се односе на радно-правну област и услове рада. У периоду од 2016. године до данас присутно је усложњавање синдикалних активности и формирање већег броја мањих синдикалних организација код послодаваца и на нивоу Републике. Због различитих ставова и начина вођења синдикалне политике и колективног преговарања и чињенице да на одређеном нивоу колективног преговарања постоји више репрезентативних организација актуелизовано је питање формирања Одбора за преговоре те начина усаглашавања различитих ставова.

---

[5] Одлука Уставног суда Републике Српске (број: У-24/19, од 20.5.2020. године) којом се одбија приједлог за утврђивање неуставности и незаконитости члана 28. тачка 3) Посебног колективног уговора за запослене у области локалне самоуправе Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 20/17 и 85/18).

[6] У складу са овом нормом су, по оцјени Суда, учесници у закључивању Посебног колективног уговора за запослене у области локалне самоуправе Републике Српске, уређујући питање обезбјеђивања услова за дјеловање синдиката, оспореним чланом 28. тачка 3) прописали посебну накнаду за рад предсједника или повјереника синдиката код послодавца.... Осим тога, Суд сматра да је оспорено прописивање и у функцији унапређења синдикалног дјеловања у јединицама локалне самоуправе....

Када на једној преговарачкој страни имамо више организација радника или послодаваца које имају преговарачку легитимност - репрезентативност, неопходно је да се образује одбор за преговоре који ће износити усаглашене ставове једне од преговарачких страна.

Одбор је састављен од представника преговарачких страна које самостално одређују синдикати односно удружења послодаваца, водећи рачуна о томе да чланство у одбору одражава сразмјерну/пропорцијалну заступљеност у односу на број чланова у тим организацијама. Чланови одбора за преговоре су обично лица која су предсједници или други стручњаци тих организација. Лица која учествују у преговорима не морају нужно бити и чланови синдиката односно удружења послодаваца у чије име наступају.

Овлашћење за вођење преговора није истовјетно овлашћењу за закључивање колективног уговора, али у оба случаја, потребно је да представници синдиката и представници послодаваца имају овлашћење својих органа.

У преговорима могу учествовати лица различитих професија и занимања (универзитетски професори, адвокати, други стручњаци), а важно је да посједују одређена знања и преговарачке способности те да имају овлашћење за учешће у тим преговорима.

Правила рада одбора се најчешће дефинишу споразумом репрезентативних организација, а иста садрже одредбе које се односе на почетне преговарачке позиције, начин представљања утврђивање минимума права и интереса које заступају, начин усаглашавања и рјешавања спорних питања и сл.

Поступак преговарања пролази кроз одређене фазе. Прву фазу треба посматрати кроз иницијативу за преговоре, односно треба одговорити на питање како другу страну довести за преговарачки сто. Друга фаза је само преговарање до којег долази онда када постоје разлике у интересима. Након што се усагласи текст колективног уговора, доставља се преговарачким странама на разматрање и коначно усаглашавање.

Да би се колективно преговарање успјешно одвијало без застоја или конфликата, неопходно је да учесници имају приступ свим потребним информацијама које су значајне за питања која су предмет преговарања. Стога, послодавци (јавни и приватни), као и органи власти треба да учине доступним информације о економској и социјалној ситуацији у држави, одређеним гранама, дјелатности, те ситуацији код послодавца.

Међутим, *condicio sine qua non* учесника у колективном преговарању за закључивање колективног уговора је преговарачко овлашћење издато или на други начин потврђено или прихваћено од стране надлежних органа - у име преговарачких страна, репрезентативних организација радника и репрезентативних организација послодаваца. Усаглашени текст колективног уговора најчешће пролази кроз систем верификације у оквиру организација синдиката и послодаваца, а у складу са њиховим интерним актима, најчешћење статутима.

Законом о раду јасно је дефинисано да колективни уговор у чијем закључивању учествује одбор, закључују лица која овласти тај одбор. Из наведене одредбе произилази да овлашћење за закључивање усаглашеног текста колективног уговора доносе чланови одбора, а на основу претходно добијеног овлашћења својих органа.

5. Примјена колективних уговора

С обзиром на то да се организације радника и послодаваца оснивају добровољно и да је колективно преговарање слободно, те да је на нашој друштвено-политичкој сцени присутан плурализам организација радника и послодаваца, поставља се питање обавезности примјене колективног уговора закљученог на нивоу Републике Српске и на другим нивоима колективног преговарања, ако не учествују нити су представљене друге организације радника и послодаваца.

Кога обавезује? На ком простору? Примјењује ли се на раднике и послодавце који формално нису чланови синдиката и удружења послодаваца који су потписници колективног уговора?

Примјена, односно дејство колективног уговора почиње од његовог дана ступања на снагу и може се посматрати кроз персонални, временски и територијални аспект. На основу временског критеријума одређује се почетак, трајање и престанак дејства колективног уговора. Почетак дејства колективног уговора се поклапа са тренутком ступања на снагу. Дејства колективног уговора трају док је колективни уговор на снази и трају док не престане да важи. Колективни уговор престаје да важи истеком рока на који је закључен, отказом или споразумом уговорних страна (чл. 252. и 253). Територијално дејство колективног уговора посматра се у односу на ниво закључивања колективног уговора и подудара се са одређеним подручјем, односно територијом.

Колективни уговор обавезује стране које су непосредно учествовале у закључивању колективног уговора или које су накнадно постале чланови удружења послодаваца учесника колективног уговора.

Према томе, нема претпостављеног дејства, односно нема могућности да се примјењује на све раднике и послодавце на територији Републике Српске, па је неопходно указати на законску могућност проширења дејства колективних уговора (екстензије).

6. Проширење дејства колективних уговора – екстензија

Закон о раду познаје институт проширења дејства колективних уговора. Проширење дејства колективног уговора (екстензија) постоји онда када се примјена једног колективног уговора, који је ступио на снагу, одлуком надлежног органа проширује и на друге раднике и послодавце. Користећи се правом које му је дато законом, надлежни орган – министар има право да прошири дејство колективног уговора на субјекте који нису учествовали у закључивању колективног уговора (нису чланови удружења послодаваца учесника колективног уговора), а нису ни накнадно постали чланови удружења послодаваца учесника колективног уговора.[7]

У пракси се најчешће проширује гански колективни уговор што је сасвим разумљиво с обзиром на то да се у условима плурализма синдикалног и послодавачког организовања и дјеловања може десити да се колективни уговор закључен на гранском нивоу, не примјењује на раднике који нису чланови синдиката или на послодавце који нису чланови удружења послодаваца који је закључио колективни уговор.[8] Ако се не би вршило проширење колективног уговора, у овој ситуацији, радници и послодавци ставили би се у неравноправан положај у односу на оне на које се колективни уговор примјењује.

Проширењем дејства колективног уговора остварује се више циљева. Прво, долази до изједначавања минималних услова рада у једној друштвеној заједници или услова рада у одређеном подручју, области или грани (у зависности од врсте колективног уговора чије се дејство

[7] Р. Кличковић, Б. Радић, „Коментар Закона о раду Републике Српске“, Центар за демократизацију, Бања Лука 2016, стр 379.

[8] О односима и утицајима између државе и предузећа, опширније: P. Ducker, The new society, The anatomy of industrial order, 1962. година, стр. 43.

проширује), смањују се разлози који доводе до спорова, ублажавају се разлике у платама и други услови запослења, остварују се циљеви наведени у економској и социјалној политици. Такође, овим механизмом се другим организацијама радника и послодаваца намеће воља репрезентативних организација радника и послодаваца који су колективни уговор закључили.[9]

До проширења дејства колективног уговора долази у случајевима утврђеним законом, а на основу одлуке надлежног органа. Одлука има карактер управног акта, те се текст ове одлуке са колективним уговором, чије се дејство проширује, објављује у службеном гласнику. С обзиром да одлука има карактер управног акта, њу је могуће оспоравати жалбом односно тужбом, у управном поступку односно спору код надлежног суда.

Проширење дејства колективног уговора код послодавца није могуће, због законске претпоставке обавезности колективног уговора, тј. његовог дејства и према радницима који нису чланови синдиката потписника колективног уговора. И без одлуке министра, колективни уговор код послодавца обавезује све раднике, без обзира на то да ли су чланови репрезентативног синдиката који је потписник колективног уговора, чланови другог синдиката или уопште нису чланови синдиката.

7. Важење и отказ колективних уговора

За пуноважност колективног уговора захтијева се писана форма, а да би овај општи акт ступио на снагу потребно је да буде објављен у неком од службених гласила или на огласној табли послодавца.[10] Из овог закључујемо да усмени договори и сагласност учесника нису довољни.

Након закључивања колективни уговори, као и њихове измјене и допуне, региструју се код министарства.[11] Обавеза уписа у регистар колективних уговора постоји само за општи и посебне колективне уговоре за подручје, област или грану, као и њихове накнадне измјене и допуне.

---

[9] Н. Тинтић, „Радно и социјално право“, књига I, Народне новине, Загреб, 1969. година, стр. 284.

[10] Начин објављивања колективних уговора код послодавца утврђује се тим колективним уговорима.

[11] Процедура уписа колективних уговора прописана је Правилником о регистрацији колективних уговора (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 40/16)

Регистрација ових колективних уговора се мора извршити прије упућивања на објављивање у „Службени гласник Републике Српске“. Сврха ове регистрације је да надлежно министарство прије објављивања изврши анализу усклађености колективног уговора са Уставом и другим прописима којим се уређује радно-правна област.[12]

Колективни уговори на свим нивоима колективног преговарања се закључују на период од три године. По истеку тог рока, колективни уговори престају да важе ако се учеснице колективног уговора другачије не договоре најкасније 60 дана прије истека важења колективног уговора. Важење колективног уговора може престати споразумом свих учесника или отказом на начин утврђен тим уговором. У случају отказа, колективни уговор се примјењује најдуже 60 дана од дана подношења отказа, с тим што су учесници дужни да поступак преговарања започну најкасније у року од 15 дана од дана отказивања колективног уговора.[13]

Престанком важења колективног уговора, било да је колективни уговор престао важити истеком рока на који је закључен или отказом једне од страна потписница, не престаје обавеза послодавца да права и обавезе који су прописани законом пропише одговарајућим општим актом и утврди висину сваке од престација.

Измјенама Закона о раду које су ступиле на снагу 2021. години, законодавац је додатно нагласио значај колективног уговора нарочито приликом одређивања критеријума за утврђивање висине основне плате радника.[14] У циљу усаглашавања са одребама Устава Републике Српске, законом је јасно дефинисано да се плата уређује законом и колективним уговором, а да се елементи на основу којих се уређује плата морају дефинисати колективним уговором. Надаље је утврђено да се плата из овог члана састоји од основне плате и увећања плате прописане овим законом, колективним уговором и уговором о раду, пореза на доходак и доприноса, а да се основна плата одређује на основу услова потребних

[12] Упркос императивној законској одредби присутно је објављивање посебних колективних уговора без претходно извршеног уписа у Регистар.

[13] Споразум о продужењу колективног уговора као и отказ колективног уговора морају бити у писаном облику те морају бити адекватно објављени на начин по поступку као и колективни уговор.

[14] Одредбом члана 120. став 1. Закона о раду прописано је да радник остварује право на бруто плату, у складу са законом и колективним уговором. У складу са Законом о раду, елементи за одређивање основне плате су коефицијент сложености посла и цијена рада, уколико законом и колективним уговором није другачије уређено.

за рад на пословима за које је радник закључио уговор о раду утврђених колективним уговором, општим актом и временом проведеног на раду. Елементи за одређивање основне плате су коефицијент сложености посла и цијена рада, уколико законом и колективним уговором није другачије уређено.

Имајући у виду обавезу послодавца да утврди критеријуме за одређивање основне плате радника, увећања плата и друга питања на које закон упућује да ће се уредити колективним уговором, потребно је да у изостанку колективног уговора послодавци ово уреде одговарајућим општим актом.

У изостанку колективног уговора права, обавезе и одговорности из радног односа у складу са законом, прописују се правилником о раду и то у случају ако:

1) код послодавца није основан синдикат или ниједан синдикат не испуњава услове репрезентативности, односно није закључен споразум о синдикалном удруживању ради колективног преговарања у складу са овим законом,

2) ниједан учесник колективног уговора не покрене иницијативу за почетак преговора ради закључивања колективног уговора,

3) учесници колективног уговора не постигну сагласност за закључивање колективног уговора у року од 60 дана од дана почињања преговора и

4) синдикат у року од 15 дана од дана достављања позива за почетак преговора за закључивање колективног уговора не прихвати иницијативу послодавца.

Послодавац који не прихвати иницијативу репрезентативног синдиката за приступање преговорима за закључење колективног уговора не може правилником о раду да уреди права и обавезе из радног односа, а прије утврђивања коначног текста правилника о раду, послодавац је дужан да о правилнику затражи мишљење синдиката или савјета радника, ако су организовани, и мишљење размотри.

II КРИЗА У ПРОЦЕСУ КОЛЕКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Ступањем на снагу Закона о раду, 20. јануара 2016. године, одредбе Општег колективног уговора[15] и посебних колективних уговора који су били на снази и који нису у супротности са тим законом остале су на снази три мјесеца од дана ступања на снагу закона, уз обавезу социјалних партнера да у року од 60 дана од дана ступања на снагу закона приступе преговарању ради закључивања нових колективних уговора.

Због несагласности социјалних партнера на нивоу Републике Српске да закључе нови Општи колективни уговор, Влада Републике Српске је у два наврата доносила Одлуку о продужењу примјене одредаба Општег колективног уговора, остављајући простор социјалним партнерима да се договоре.[16] Како ни у остављеном року није постигнут договор социјалних партнера и није дошло до закључења новог уговора, Општи колективни уговор је коначно престао да важи 30.06.2016. године и то је довело до кризе процеса колективног преговарања у Републици Српској.

Усљед кризе процеса колективног преговарања, као облика социјалног дијалога, на нивоу Републике Српске и немогућности репрезентативних социјалних партнера да закључе Општи колективни уговор, Влада Републике Српске је, у циљу очувања достигнутог нивоа радних права, донијела Одлуку о утврђивању увећања плате, висине примања по основу рада и висине помоћи раднику[17], којим је утврдила:

- Увећање плате радника: по основу рада ноћу, прековременог рада, рада на дане државног празника и друге дане у које се по закону не ради, по основу отежаних услова рада;

- Материјална давања: дневнице за службена путовања, накнада трошкова превоза, накнада за повећање трошкова боравка за вријеме рада на терену, накнада трошкова топлог оброка, отпремнина приликом

[15] Општи колективни уговор (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 40/10 и 55/15 - Одлука УС бр. 78/14).

[16] Одлука о примјени одредаба Општег колективног уговора (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 35/16 и 43/06).

[17] Одлука о утврђивању увећања плате, висине примања по основу рада и висине помоћи раднику (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 53/16, 12/22 и 39/22). Тачком VI Одлуке утврђено је да ће се ова одлука примјењивати до закључивања Општег колективног уговора.

одласка радника у пензију, накнада трошкова за коришћење сопственог аутомобила код обављања службеног посла.

- Права на помоћ раднику или члану његове породице у случају: смрти радника, смрти члана породице радника, тешке инвалидности и дуготрајне болести радника.

Ипак, бројна питања су остала неријешена у самом Закону о раду остављајући могућност да су обавезе послодавца да уреди поједина увећања плате радника, или друге специфичности без утврђивања минимум права радника. Иако су Одлуком Владе Републике Српске дефинисана поједина материјална давања, постоји низ права и обавеза послодавца која су Законом о раду прописана као обавеза послодавца али чије остваривање зависи од колективног уговора.

Законом и наведеном одлуком нису прописани минимални проценти и висина увећања основне плате радника по основу радног учинка који се одређује на основу квалитета и обима обављеног посла и доприноса радника пословним резултатима послодавца. Нарочито интересантно питање је постојање обавезе послодавца да дефинише увећања плате радника по основу рада на радном мјесту са повећаним ризиком, као и обавезу послодавца да по овом основу изврши увећање трајања годишњег одмора.[18]

Једна од чињеница која доприноси кризи овог процеса је то што на синдикалној сцени Републике Српске постоји синдикални плурализам, односно постоје два и више репрезентативних синдиката који имају другачији приступ рјешавању проблема и вођењу социјалног дијалога и не могу потићи договор око било којег питања у том процесу.

Немогућност договора између синдиката додатно је отежало вођење колективног преговарања, нарочито јер се синдикати нису могли споразумјети у вези са формирањем Одбора за преговоре[19], који пред-

[18] Одредбом члана 2. став 1. тачка љ) Закона о заштити на раду (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/08 и 13/10), прописано је да је радно мјесто са повећаним ризиком - радно мјесто утврђено актом о процјени ризика на коме, и поред потпуно или дјелимично примјењених мјера у складу са законом, постоје околности које могу да угрозе заштиту и здравље запослених.

[19] Одредбом члана 242. став 1. Закона о раду (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 1/16, 66/18, 91/21 - Одлука Уставног суда Републике Српске и 119/21) прописано је да ако у закључивању колективног уговора учествује више репрезентативних синдиката или репрезентативних удружења послодаваца, односно синдикати или удружења послодаваца који су закључили споразум о удруживању из члана 241. овог закона,

ставља предуслов отпочињања колективног преговарања. Могло би се рећи да је ово можда основни проблем који детерминише кризу процеса колективног преговарања. [20]

Закон о раду не садржи одредбе којима би се могла ријешити наведена конфликтна ситуација, односно закон не даје одговор на питања шта се дешава са преговорима уколико на одређеном нивоу преговарања постоји два или више синдиката која не желе формирање Одбора за преговоре или поједини репрезентативни синдикати желе, а други не желе да потпишу колективни уговор.[21]

Из одредби Закона о раду не може се наслутити каква је правна судбина колективног уговора који је закључен између послодавца и једног од репрезентативних синдиката, без сагласности свих учесника колективног преговарања.

У погледу колективних уговора на нивоу подручја, области и гране закључена је неколицина колективних уговора у којима је Влада Републике Српске у директној или индиректној улози послодавца. Закључени колективни уговори се односе на уређење права и обавеза државних службеника и намјештеника, запослених у јединицама локалне самоуправе, институцијама правосуђа, образовања, науке и културе, јавним здравственим установама, установама у области социјалне заштите, запосленима у службама унутрашњих послова.

III МЈЕРЕ ЗА ПРЕВАЗИЛАЖЕЊЕ КРИЗЕ ПРОЦЕСА КОЛЕКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Након доношења Закона о раду 2016. године уочена је озбиљна криза социјалног дијалога и колективног преговарања на свим нивоима закључивања колективних уговора. Сама чињеница непостојања значај-

образује се одбор за преговоре. Ставом 2. наведеног члана прописано је да чланове одбора из става 1. овог члана одређују синдикати, односно удружења послодаваца, сразмјерно броју чланова, а ставом 3. да колективни уговор у чијим закључивању учествује одбор у смислу става 1. овог члана, закључују лица која овласти тај одбор.

[20] Из наведених разлога Влада је једностраним Одлукама утврдила да одредбе Посебног колективног уговора за запослене у органима управе Републике Српске и одредбе Посебног колективног уговора за запослене у јавним службама Републике Српске важе до 30.06.2021. године.

[21] Више: Б. Урдаревић, Слобода синдикалног удруживања као основно колективно право запослених, *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*, бр. 2/2016, стр. 67-68.

нијег броја колективних уговора како на нивоу привредних тако и непривредних грана показују озбиљне проблеме у усаглашавању ставова социјалних партнера и дубоки јаз који постоји између представника радника и представника послодаваца.

Норме садржане у Закону о раду не пружају довољан степен заштите основних права и обавеза радника што ће потенцијално довести до одлива итекако потребне радне снаге. Иако је законодавац измјенама и допунама Закона о раду 2021. године настојао да ојача позицију и улогу колективног уговора у процесу утврђивања елемената основне плате радника, нису учињени значајнији помаци у погледу колективних преговарања и закључивања колективних уговора.

Без обзира на ојачану законску позицију колективних уговора макар по питањима уређивања плата и других примања радника до данас нема помака у процесу колективног преговарања на свим нивоима у Републици Српској.

У циљу превазилажења кризе у процесу колективног преговарања неопходно је дефинисати одређене мјере како би се унаприједило колективно преговарање у Републици Српској, иако је то веома тешко у оваквој констелацији односа представника радника и представника послодаваца.

У наредном периоду треба наставити процес колективног преговарања на свим нивоима имајући у виду позицију колективних уговора на основу Закона о раду и њихов значај за остваривање права запослених у пуном капацитету. Социјални партнери односно учесници колективног преговарања морају показати већу спремност и толеранцију током процеса колективног преговарања. Имајући у виду постојање неколико репрезентативних синдикалних организација и њихово учешће у процесу колективног преговарања неопходно је поштивање законске обавезе формирања Одбора за преговоре као предуслова за усаглашавање ставова и постизање договора.

Социјални партнери у процесу колективног преговарања морају поћи од чињенице да су једнако одговорни у процесу колективног преговарања и да непостизање договора и незакључивање колективних уговора на било ком нивоу штети свим партнерима подједнако.

ЛИТЕРАТУРА

- Барун И. *Репрезентативност синдиката-међународни стандарди и домаћа пракса,* Зборник радова правног факултета у Нишу, тематски број „Савремене тенденције у развоју правног система Републике Србије, 2012, бр. LX,
- Ивошевић З. *Радно право,* Службени гласник, Београд, 2009.
- Јовановић П. *Радно право,* шесто измењено и допуњено издање, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Центар за издавачку делатност“, Нови Сад, 2012.
- Кличковић Р. и Радић Б. *Коментар Закона о раду Репубике Српске,* Центра за демократизацију друштва Бања Лука. 2016.
- Лубарада Б. *Лексикон индустријских односа,* НИП „Радничка штампа“ Београд 1997 год.
- Мирјанић Ж. *Радни односи: Индивидуални радни односи,* друго измијењено и допуњено издање, Бања Лука, 2004.
- Урдаревић Б. *Слобода синдикалног удруживања као основно колективно право запослених*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, бр. 2/2016
- Херман В. и Ћупурдија М. *Основе радног права,* Електронско издање, Правни факултет Осјек, 2011.
- Шундерић Б. *Радни однос* (Теорија, норма, пракса), Београд, 1990.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

- Устав Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“,број 3/92)
- Уставни закон за спровођење Устава Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 21/92)
- Закон о раду („Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/16, 66/18, 91/21 - Одлука Уставног суда Републике Српске и 119/21,112/23 и 39/24)
- Закон о инспекцијама Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 18/20)
- Закон о економско-социјалном савјету („Службени гласник Републике Српске“, бр. 110/08 и 91/17)
- Закон о штрајку („Службени гласник Републике Српске“, бр. 111/08 и 32/20)

- Закон о мирном рјешавању радних спорова („Службени гласник Републике Српске“, број 91/16)
- Закон о удружењима и фондацијама Републике Српске („Службени гласник Републи Српске, бр. 52/01 и 42/05)
- Правилник о упису синдикалних организација и удружења послодаваца у Регистар („Службени гласник Републике Српске“, број 31/16)
- Посебни колективни уговор за запослене у области образовања и културе Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 82/22)
- Посебни колективни уговор за запослене у области високог образовања и студентског стандарда Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 82/22)
- Посебни колективни уговор за запослене у јавним установама у области здравства Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 2/22)
- Посебни колективни уговор за запослене у области социјалне заштите Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 69/21 и 33/22)
- Посебни колективни уговор за запослене у области унутрашњих послова Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 81/22)
- Посебни колективни уговор за запослене у институцијама правосуђа Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, број 83/22)
- Одлука о утврђивању увећања плате, висине примања по основу рада и висине помоћи раднику („Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/16, 12/22 и 39/22).
- Конвенција о слободи удруживања и заштити права на организовање из 1948. године (број 87), (ратификована 1993. године);
- Конвенција о правима радника на организовање и колективно преговарање из 1949. године (број 98), (ратификована 1993. године);
- Конвенција о представницима радника из 1971. године (број 135), (ратификована 1993. године);
- Конвенција о трипартитним консултацијама (Међународни стандарди рада) из 1976. године (број 144), (ратификована 2006. године);
- Конвенција о колективном преговарању из 1981. године (број 154), (ратификована 2014. године);
- Конвенција о радним односима (јавне службе) из 1978. године (број 151), (ратификована 2015. године).

Prof. Rajko Klicković, Ph.D.[22]
Milan Đuranović[23]

CRISIS OF THE COLLECTIVE BARGAINING PROCESS IN THE REPUBLIC OF SERPSKA

Abstract: *The aim of this paper is to point out the existing crisis in the collective bargaining process in the Republic of Srpska in the period after January 2016, when the new Labor Law entered into force and previously concluded collective agreements ceased to be valid. That crisis continues today with no prospect of overcoming it. During the analysis, there has been taken into account the fact that the Constitution of the Republic of Srpska guarantees the right to work in accordance with the law and the collective agreement, and that these acts can regulate numerous issues concerning the legal rights and obligations of workers and employers in the working process.*

Currently, there is no General Collective Agreement in force in the Republic of Srpska, nor any branch agreements in the real sector. There is an exception in the public sector, which is financed from public revenues, whether it is the republican or local level of government.

Therefore, a legitimate question arises whether there has been collective bargaining in the Republic of Srpska since 2016 as one of the most important segments of social dialogue and whether the rights and obligations of workers are realized in full capacity. Considering the current state of the collective bargaining process, the absence of the General Collective Agreement, which is replaced in a certain way by the Decision on determining the salary increase, the amount of income based on work and the amount of worker aid, adopted by the Government of the Republic of Srpska, as well as the absence of the majority of branch collective agreements in the real sector and a small number of concluded contracts in the public sector, it is necessary to initiate activities to strengthen and improve this process. Collective agreements are the basis of social peace and stability and the basis for exercising the right to dignified work.

Keywords*: collective bargaining, collective agreements, subject of the agreement, exercise of rights, process perspective.*

[22] Associate Professor, Faculty of Legal Sciences, University of Business Studies, Banja Luka, rajkoklickovic@hotmail.com

[23] Director of the Center for Providing Free Legal Aid of the Republic of Srpska m.djuranovic@mpr-centar.org

УДК 614.2:35.084
doi 10.7251/PR6924235M
Оригинални научни чланак

ЗДРАВСТВЕНИ РАДНИК И ЗДРАВСТВЕНИ САРАДНИК НЕМАЈУ СТАТУС ДРЖАВНОГ СЛУЖБЕНИКА

Др Недељко З. Милаковић [1]

Апстракт: *У овом раду аутор доказује да здравствени радник и здравствени сарадник немају статус државног службеника, у складу са Уставом Републике Srpske и другим прописима који су предмет ове анализе. Правни оквир регулисања статуса државног службеника и радно-правни статус здравственог радника и здравственог сарадника у Републици Српској, као и упоредно-правни преглед прописа у државама у окружењу, показује да је ова област уређена на исти или сличан начин у позитивним законским прописима. Анализа дефиниције државног службеника, здравственог радника и здравственог сарадника, њихова дјелатност и правна заштита указује на основне карактеристике и значајне разлике у њиховом правном положају. Кривично правна заштита, којом се штити статус државног службеника разликује се од исте такве заштите здравственог радника и здравственог сарадника. У Кривичном закону Републике Српске прописана су кривична дјела против службене дужности и злоупотребе службеног положаја или овлаштења. Такође, прописано је и кривично дјело тјелесне повреде, тешке тјелесне повреде и угрожавање сигурности која једнако штите све грађане и професије попут љекара, професора, наставника и др. који су током рада изложени могућностима напада приликом обављања послова односно своје*

[1] Доктор права, Бања Лука, Република Српска, e-mail: nedeljko.milakovic@gmail.com

професије. Досадашња пракса безбједности и заштите здравствених радника и здравствених сарадника те учесталост напада пацијената или њихове пратње показује одређене слабости које треба исправљати. Постоје иницјативе синдиката у здравству којима се тражи да се здравственим радницима додјели статус државног службеника. Нажалост, аутор констатује да овакви приједлози нису у складу са прописима. Једно од могућих рјешења, кад се створе услови за то, обави широка расправа, јесу измјене и допуне Кривичног закона Републике Српске и прописивање посебног кривичног дјела" напад на здравственог радника и здравственог сарадника у здравственој установи у току обављања професионалне дјелатности". Међутим, подизање свијести грађана, поштовање прописа, васпитање и образовање, култура и позитивни обрасци понашања требају имати првенство у друштву у борби против свих облика насиља.

Кључне ријечи: *државни службеник, здравствени радник, здравствени сарадник, здравствена дјелатност, дјелатност од општег интереса, права и обавезе пацијената.*

1. Uvod

Вријеме у којем живимо обилује многим негативним појавама. Једна од њих је стварање атмосфере у друштву да је легитимно и дозвољено нападати здравствене раднике и здравствене сараднике (и неке друге професије) у поступку обављања професионалне дјелатности. Због специфичне природе посла у јавном интересу, здравствени радници и здравствени сарадници изложени су нападима, личним увредама и физичким насртајима. Животне фрустрације болесника и незадовољних грађана, под дејством алкохола и наркотика, не могу се ријешити насиљем, искаљивањем бијеса и нападима на здравствене раднике и здравствене сараднике. Посебно су тим догађајима изложени здравствени радници и здравствени сарадници у примарној здравственој заштити, службама хитне помоћи и др. Не само што треба осудити и санкционисати таква понашања и догађаје, све чешће се подносе иницјативе, личне и синдикалне, за измјене и допуне закона који уређују ову област и траже се оштрије санкције судова у процесуирању оваквих кривичних дјела.Да ли је добијање службеног статуса здравственим радницима и здравственим сарадницима једно од могућих рје-

шења показаће ова анализа позитивних законских прописа и праксе у Републици Српској.

2. Правни оквир

Правни оквир обухвата основне прописе који уређују радно-правни статус, државног службеника, здравственог радника и здравственог сарадника у Републици Српској.

Устав Републике Српске [2]**,** као највиши правни акт, у чл.66. прописује да права и дужности Републике врше Уставом одређени републички органи, а људска права и слободе, једнакост пред законом, самосталност и једнак положај предузећа и других организација, уставни положај и права јединица локалне самоуправе основа су и мјера овлашћења и одговорности републичких органа. Такође, у чл.67. уређује се да републички органи, у оквиру Уставом утврђених права и дужности Републике, утврђују политику, доносе и извршавају законе, друге прописе и опште акте, врше заштиту уставности и законитости гдје се органима и организацијама у општинама може повјерити извршавање закона и осталих прописа и општих аката из оквира права и дужности Републике.Законом се уређује одговорност за извршавање закона, других прописа и општих аката. У чл. 45. утврђено је да је ‘’ Свако дужан да се придржава Устава и закона и да је свако дужан да савјесно и одговорно врши повјерену му јавну функцију’’.

Закон о републичкој управи[3] прописује, оснивање министарстава, републичке управе и републичке управне организације. Република Српска врши послове управе у оквиру права и дужности Републике Српске, као дио извршне власти, коју чине министарства, други републички органи управе и републичке управне организације. Државни службеници обављају послове из дјелокруга органа управе а послове у непосредној вези с њима извршавају намјештеници. Послови основне дјелатности управе су: нормативно-правни и управни послови, праћење стања, развојни и инспекцијски послови. Посебним законом уређује се положај државног службеника и намјештеника.

---

[2] Ustav Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br.21/92 – prečišćen tek st,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;

[3] Zakon o republičkoj upravi (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br.15/18; 111/21; 15/22 i 56/22);

Закон о административној служби у управи Републике Српске[4] утврђује, вршиоце послова државне управе, положај,организација и послови државне управе, финансирање органа државне управе и односи органа државне управе према другим државним органима и осталим субјектима. Послови државне управе утврђују се законом а исти се односе на примјењивање и извршавање закона, других прописа и општих аката (доношење управних, појединачних и других аката, извршавање вршењем управних радњи и других мјера, врше управни надзор и обављају стручне и друге послове у складу са законом). На радне односе државних службеника који нису регулисани ови законом, као и на помоћно и техничко особље запослено у органима државне управе примјењиваће се Закон о раду.

Закон о државним службеницима[5] уређује се радно-правни статус државних службеника у републичким органима управе Републике Српске. Поједина права и дужности државних службеника могу се посебним законом уредити на другачији начин ако то произлази из природе њихових послова (област унутрашњих послова, инспекцијски послови и сл.).

Државни службеник је лице са високом стручном спремом које је запослено у органу републичке управе и обавља послове основне дјелатности органа републичке управе. Изузетно, државни службеник је и лице са завршеном вишом и средњом стручном спремом у складу са уредбом Владе. Државни службеници и намјештеници као запослени без статуса државног службеника обављају послове из дјелокруга републичких органа управе. Послови основне дјелатности републичких органа управе су: нормативно-правни послови; извршавање закона и других прописа; одлучивање у управном поступку; инспекцијски надзор и остали стручни послови републичких органа управе. Намјештеник је лице које је запослено у републичком органу управе и обавља: административне, рачуноводствено-финансијске или помоћно-техничке послове чије обављање је потребно ради обављања послова из дјелокруга републичких органа управе. Одредбе овог закона примјењују се и на запослене у стручној служби: Владе Републике Српске (у даљем тексту: Влада) и Правобранилаштва Републике Српске (у даљем тексту: Пра-

[4] Zakon o administrativnoj službi u upravi Republike Srpske

[5] Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br.118/08; 117/11; 37/12 i 57/16);

вобранилаштво), ако посебним законом није другачије уређено. Структура државних службеника треба оквирно да одражава националну структуру становништва према посљедњем попису становништва. Приликом обављања послова државни службеници су дужни да се придржавају принципа професионалности, непристрасности, одговорности, поштења, транспарентности, ефикасности и економичности, у складу са кодексом понашања државног службеника. Кодекс доноси Влада на приједлог Агенције за државну управу.

Државни службеник дужан је да поступа у складу са Уставом, законом и другим прописима, према правилима струке и политички неутрално. Државни службеници не могу бити оснивачи, нити чланови органа политичких странака. Државни службеник не смије у обављању послова свог радног мјеста изражавати и заступати политичка увјерења. Нико не смије вршити утицај на државног службеника да чини нешто што је супротно важећим прописима. Руководиоци органа и државни службеници у обављању својих послова су дужни да поштују принципе једнаких могућности и различитости и неће вршити дискриминацију у односу на расу, пол, језик, националну припадност, вјероисповијест, социјално поријекло, рођење, образовање, имовно стање, политичко и друго увјерење, друштвени положај или друго лично својство.

Сви државни службеници су једнаки у својим правима и обавезама утврђеним законом, по основу рада и имају право, поред осталог, на: заштиту свог физичког и моралног интегритета током обављања службених дужности; коректан однос надређених према њему, уз поштовање његовог моралног интегритета и људског достојанства; право жалбе на рјешење којим се одлучује о његовим правима и дужностима, ако жалба овим законом није изричито искључена. Руководилац органа дужан је да на захтјев државног службеника предузме мјере за заштиту његове безбједности на раду. На права и дужности државних службеника која нису уређена овим законом примјењују се општи прописи о раду и колективни уговор.

Дужност државних службеника је да извршава послове и задатке радног мјеста и усмене или писане налоге надлежног руководиоца. Изузетно, државни службеник није дужан да изврши усмени налог када сматра да је супротан позитивним прописима, правилима струке, кодексу понашања или да његово извршење може проузроковати штету, и у том случају у писаном облику саопштава надлежном руководиоцу разлоге неизвршавања усменог налога. Уколико државни службеник не поступи

у складу sa усменим налогом дужан је да изврши налог који надлежни руководилац понови у писаном облику, чиме се ослобађа одговорности за случај наступања штетних посљедица

Државни службеник дужан је да одбије извршење налога ако би то представљало кривично дјело и о томе писано обавјештава руководиоца органа, односно орган који надзире рад републичког органа управе, ако је налог издао руководилац органа. Приликом учешћа у раду и комуникацији са органима и институцијама изван републичких органа управе Републике Српске државни службеник дужан је да затражи став руководиоца органа који је дужан да тражени став достави у писаном облику. О раду и комуникацији са органима и институцијама изван републичких органа управе државни службеник је дужан да достави писани извјештај руководиоцу органа.

Државни службеник дужан је да чува службену или другу тајну утврђену законом или другим прописом и да чува као тајну све податке које је сазнао у току поступка о странкама и њиховим правима, обавезама и правним интересима, у складу са законом. Руководилац органа може државног службеника ослободити обавезе чувања службене или друге тајне у судском или управном поступку ако је ријеч о подацима без којих у том поступку није могуће утврдити чињенично стање и донијети закониту одлуку. Државни службеник дужан је да са дужном пажњом користи имовину која му је повјерена у сврху обављања његових дужности и не смије је користити за постизање личног интереса или за друге незаконите активности.

Закон о систему јавних служби[6] уређује систем јавних служби; обављање дјелатности јавне службе; оснивање, организација и рад јавне службе и друга питања од значаја за организацију и рад јавне службе. Јавном службом, у смислу овог закона,сматрају се установе, предузећа и други облици организовања утврђени законом, који обављају дјелатности од општег интереса којим се обезбјеђује остваривање права и дужности физичких и правних лица, као и остваривање другог законом утврђеног интереса.

Ради остваривања општег интереса, поред осталог, у области здравствене заштите оснивају се (здравствене) установе. Организација и рад јавне службе морају бити засновани на начелима ефикасног и законитог остваривања јавног интереса и обезбјеђења остваривања права и

[6] Zakon o sistemu javnih službi (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 68/7);

дужности физичких и правних лица, стручног и рационалног обављања послова и остваривања одговорности запослених, ефикасног руковођења и сталног надзора над обављањем послова, ефикасне сарадње са оснивачем и органима који врше надзор над њеним радом, примјени савремених технологија у раду, јавности рада и економичности у раду.

Закон о здравственој заштити[7] уређује друштвену брига за здравље грађана у остваривању здравствене заштите као општем интересу друштва. Здравствена заштита је организована и свеобухватна дјелатност друштва чији је циљ достизање највишег могућег нивоа очувања и унапређења здравља грађана, која обухвата скуп друштвених, индивидуалних и групних мјера, услуга и активности за очување и унапређење здравља грађана, спречавање и сузбијање болести и повреда, рано откривање поремећаја здравља, правовремену дијагностик, благовремено и ефикасно лијечење, здравствену и палијативну његу и рехабилитациј обољелих и повријеђених грађана. Здравствена заштита заснива се на сљедећим начелима: правичности, доступности, ефикасности, свеобухватности, континуитета, координације, сталног унапређења квалитета и сигурности здравствене заштите, једнакости, здравља у свим политикама и мултисекторске сарадње. Здравствена дјелатност је дјелатност од општег интереса за Републику Српску којом се обезбјеђје здравствена заштита грађана. Здравствену дјелатност обављају здравствени радници и здравствени сарадници, у складу са овим законом и прописиа којима се уређују дјелатности у здравству, укључујући и апотекарску дјелатност. Здравствена дјелатност се обавља у складу са утврђеним стандардима, нормативима, плановима развоја здравственог система и приоритетним мјерама и активностима у пружању здравствене заштите, по стручно-медицинској доктрини и уз употребу одобрених здравствених технологија.

Здравствени радник и здравствени сарадник у здравственој установи - Здравствени радник који заврши први циклус академског или струковног студија и стекне одговарајуће академско или струковно звање, те који заврши интегрисани академски студиј првог и другог циклуса из области медицине, стоматологије, фармације и медицинске биохемије, и стекне одговарајуће академско звање, обавља здравствену дјелатност, ако има положен стручни испит за рад у здравственим установама у Републици и лиценцу надлежне здравствене коморе у Републици.

[7] Zakon o zdravstvenoj zaštiti (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 57/ 22);

Здравствени радник са средњим образовањем обавља здравствену дјелатност ако има одговарајуће образовање у струци здравства, положен стручни испит и/или лиценцу надлежне здравствене коморе у Републици. Здравствени сарадник који обавља послове у функцији здравствене дјелатности мора имати завршен најмање први циклус академског или струковног високог образовања и положен стручни испит. На питања радноправног статуса здравственог радника и здравственог сарадника која нису уређена овим законом примјењују се прописи којима је уређена област рада. Послови које здравствени радник овлашћен да обавља утврђени су прописима којима се уређује област дјелатности у здравству.

Влада на приједлог Министарства здравља и социјалне заштите, уз мишљење министарства надлежног за послове средњег и високог образовања, доноси Уредбу о стандардима образовања и компетенцијама здравственог радника на првом циклусу студија. Наведеном Уредбом утврђују се кључна знања и компетенције које се стичу завршетком образовног програма и обим активности које је здравствени радник оспособљен да обавља.

Здравствена комора је самостална, професионална организација здравствених радника коју оснивају здравствени радници у складу са законом којим се уређују здравствене дјелатности и здравствена комора. Здравствена комора здравственим радницима издаје и укида лиценце за обављање професионалне дјелатности, врши провјеру знања и компетенција чланова, ради на унапређењу квалитета здравствене заштите, доноси деонтолошки и етички кодекс и обавља друге послове у складу са прописима којим се уређује област здравствене коморе.

У члану 150. истог закона је прописан однос између здравственог радника, здравственог сарадника и пацијента приликом пружања услуга здравствене заштите који се заснива на међусобно уважавању, поштовању и очувању достојанства личности. Здравствени радник и здравствени сарадник дужни су у поступку пружања услуга здравствене заштите да поштују лична увјерења пацијента која се односе на његова вјерска, културна, морална и друга опредјељења.

У члану 33. – 55. Закона о здравственој заштити прописана су права и обавезе грађанина и пацијента у остваривању здравствене заштите која се односе на: право грађанина на здравствену заштиту; право грађанина на превентивне мјере и услуге; право пацијента на информацију; право грађанина на слободан избор доктора медицине на примарном нивоу здравствене заштите; право грађанина на увид у листу чекања; оба-

везе грађанина код остваривања здравствене заштите; право пацијента на здравствену заштиту; право пацијента на самоодлучивање; право пацијента на слободан избор здравствене установе; право пацијента на информацију; право пацијента на пристанак; право пацијента на одбијање здравствене услуге; прехоспитално хитно збрињавање обољелих и повријеђених; право пацијента на повјерљивост личних података; право пацијента на приватност; право пацијента на друго стручно мишљење; право пацијента на увид у своју медицинску документацију и трошкове лијечења; право пацијента на олакшање патње и бола; право пацијента на приговор; право пацијента на накнаду штете због стручне грешке; право пацијента који учествује у клиничком истраживању; обавезе пацијента код остваривања здравствене заштите; обавезе пацијента према здравственој установи, здравственом раднику и здравственом сараднику и право страног држављанина или лица без држављанства на здравствену заштиту.

У члану 53. прописане су обавезе пацијента код остваривања здравствене заштите и то да: у потпуности и истинито информише одговорног здравственог радника, односно здравственог сарадника о свом здравственом стању и поштује упутства и предузима мјере које му је прописао одговорни здравствени радник, односно здравствени сарадник. Пацијент је обавезан да поштује лични и професионални интегритет лица запосленог у здравственој установи приликом обављања професионалних задатака и да поштује права других пацијената који остварују здравствену заштиту у здравственој установи, у складу са овим законом. У члану 54. наведеног закона дефинисане су обавезе пацијената према здравственој установи, здравственом раднику и здравственом сараднику. Пацијент и друго лице обавезни су да поштују кућни ред здравствене установе те да се, у поступку остваривања здравствене заштите, према здравственом раднику и здравственом сараднику односе са поштовањем. Пацијенту и другом лицу је забрањено ометање здравственог радника, односно здравственог сарадника током пружања здравствене услуге.

Пацијент, односно његов законски заступник, родитељ, усвојитељ односно старатељ дјетета или законски заступник лица лишеног пословне способности су обавезни да благовремено информишу надлежну здравствену установу о отказивању заказаног термина за пружање здравствених услуга, као и о промјени своје адресе или телефонског броја. Уколико пацијент, односно његов законски заступник, родитељ, усвојитељ односно старатељ дјетета или законски заступник лица

лишеног пословне способности не информишу надлежну здравствену установу о наведеним околностима, дужни су да поново закажу термин за пружање здравствене услуге.

Ако се пацијент не придржава обавеза из члана 53. овог закона ст. 1. и 2. овог члана, одговорни здравствени радник, односно здравствени сарадник којем је повјерено вршење јавних овлашћења, послије претходног писменог упозорења, може отказати даље пружање здравствене заштите пацијенту, изузев прехоспиталног хитног збрињавања обољелих и повријеђених, о чему је дужан да писмено обавијести директора здравствене установе, као и да у медицинску документацију пацијента унесе разлог за одбијање пружања здравствене заштите. Забрањено је одговорном здравственом раднику, односно здравственом сараднику отказати пружање здравствене заштите пацијенту са сметњама у менталном здрављу или пацијенту који болује од заразне болести, изостанак чијег лијечења би могао угрозити здравље и живот других лица, као и друштвену заједницу.

Кривични закон Републике Српске[8] у чл. 123. дефинише да је „службено лице изабрани или именовани функционер у органима законодавне, извршне и судске власти, јединице локалне самоуправе и другим органима и јавним установама или службама које врше одређене управне" стручне и друге послове у оквиру права и дужности власти која их је основала; судија уставног суда, судија, тужилац, правобранилац, лице које стално или повремено врши службену дужност у наведеним јавним органима или установама, нотар, извршитељ и арбитар, овлаштено лице у привредном друштву или у другом правном лицу којем је законом или другим прописом донесеним на основу закона или закљученог уговора о арбитражи повјерено вршење јавних овлашћења, а које у оквиру тих овлашћења врши одређену дужност, те друга лица које врше одређену службену дужност на основу овлашћења из закона или другог прописа донесеног на основу закона и лице којем је фактички повјерено вршење појединих службених дужности. У чл. 306. истог закона прописано је кривично дјело „Спречавање службеног лица у вршењу службене радње„ - „Ко силом или пријетњом да ће непосредно употријебити силу спријечи службено лице у вршењу службене радње коју је предузела у оквиру својих овлашћења или га на исти начин принуди на вршење службене радње, казниће се казном затвора од шест мјесеци до три го-

[8] Krivični zakon Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/17; 104/18; 15/21; 89/21; 73/23);

дине,, . У чл. 307. прописано је кривично дјело ,,Учествовање у групи која спречава службено лице у вршењу службене радње,, а у чл. 308. ,,Напад на службено лице у вршењу службене дужности - Ко нападне или озбиљно пријети да ће напасти службено лице у вршењу службене дужности казниће се новчаном казном или казном затвора до три године''. Покушај наведеног дјела је такође кажњив. Ако је при извршењу наведеног дјела службеном лицу нанесена тјелесна повреда или му је пријећено употребом оружја, учинилац ће се казнити казном затвора од шест мјесеци до пет година.

У Кривичном закону Републике Српске, у чл. 131., прописано је кривично дјело ,,тјелесна повреда - Ко другог тјелесно повриједи или му наруши здравље, казниће се новчаном казном или казном затвора до једдне године. Ако је наведена повреда нанесена оружјем, опасним оруђемм или другим средством подобним да тијело тешко повриједи или здравље тешко наруши, учинилац ће се казнити новчаном казном или казном затвора до три године.'' Гоњење за ова дјела предузима се по приједлогу. У члану 132. прописано је кривично дјело ,,Тешка тјелесна повреда - Ко другог тешко тјелесно повриједи или му здравље тешко наруши казниће се казном затвора од једне године до пет година''. У оквиру тјелесне повреде и нарушавања здравља људи треба имати у виду и одредбе кривичног закона које се односе на: кривична дјела против живота и тијела, кривична дјела против јавног реда и мира, кривична дјела против опште сигурности људи и имовине и др.

3. Упоредно правни преглед

Упоредно правни преглед закона о државним службеницима и намјештеницима као и закона о здравственој заштити односе се на преглед дефиниција државног службеника односно здравственог радника и здравственог сарадника, дјелатност коју обављају те начин остваривања државног односно општег интереса у здравственој заштити у Босни и Херцеговини, Федерацији Босне и Херцеговине, Републици Србији, Републици Црној Гори и Републици Хрватској.

Босна и Херцеговина - *Закон о државној служби у институцијама БиХ*[9] *уређује правни статус државног службеника у министарстви-*

[9] Zakon o državnoj službi u institucijama BiH (*Službeni glasnik BiH* br.12/02; 19/2; 8/03; 35/03; 4/04; 17/04; 26/04; 37/04; 48/05; 2/06; 50/08; 43/09; 8/10; 40/12; 93/17; 18/24);

ма,самосталним управним организацијама и управним организацијама у саставу министарства као и другим институцијама БиХ основаним посебним законом или којима је посебним законом повјерено обављање управних послова. Такође, у закону је прописано да је државни службеник особа постављена управним актом на радно мјесто у државној служби у складу са законом.

Федерација Босне и Херцеговине регулише статус државног службеника - *Закон о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине*[10] *гдје се утврђује радно-правни статус државног службеника у органима државне управе у ФБиХ. Државни службеник је лице постављено рјешењем на радно мјесто у органима државне управе у складу са законом и који извршава задатке предвиђене описом радног мјеста те осигурава поштовање уставно-правног поретка и закона у држави БиХ и ФБиХ.*

Закон о здравственој заштити ФБиХ [11](„Службене новине ФБиХ бр. 46/1; 73/13) прописује да су здравствени радници лица која имају образовање здравственог усмјерења и непосредно у виду занимања пружају здравствену заштиту становништву, уз обавезно поштовање моралних и етичких начела здравствене струке.Обавеза здравствених радника је да при пружању зравствене заштите поступају према правилима здравствене струке, на начин да својим поступањем не угрозе живот и здравље људи. Закон утврђује да је здравствена дјелатност од посебног интереса за ФБиХ а представља организовано пржање здравствене заштите кроз рад здравствених радника и здравствених сарадника у оквиру здравствених установа односно приватне праксе. Наведена дјелатност се пружа у складу са стручно-методолошком доктрином и уз употребу здравствене технологије, а под условима и на начин прописан овим законом и прописима донесеним на основу овог закона.

Република Србија – *Закон о државним службеницима*[12] *- Овим законом уређују се права и дужности државних службеника и поједина права и дужности намештеника. Поједина права и дужности државних службеника у појединим државним органима могу се посеб-*

[10] Zakon o državnoj službi u Federaciji Bosne i Hercegovine (*Službene novine FBiH* br. 29/03; 23/04; 39/04; 54/04; 67/05; 8/06; 77/06; 4/12; 99/15 i 9/17);

[11] Zakon o zdravstvenoj zaštiti FBiH (*Službene novine FBiH* br. 46/1; 73/13);

[12] Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 79/05; 81/05 – ispr., 83/05; 64/07; 67/7; 116/08; 104/09; 99/14; 94/17; 95/18; 157/20; 142/22)

ним законом уредити и другачије ако то произлази из природе њихових послова. Закон утврђује да је државни службеник лице чије се радно место састоји од послова из делокруга органа државне управе, судова, јавних тужилаштава, Државног правобранилаштва, служби Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног суда и служби органа чије чланове бира Народна скупштина (у даљем тексту: државни органи) или с њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова.

Државни службеници нису народни посланици, председник Републике, судије Уставног суда, чланови Владе, судије, јавни тужиоци, заменици јавних тужилаца и друга лица која на функцију бира Народна скупштина или поставља Влада и лица која према посебним прописима имају положај функционера. Намештеник је лице чије се радно место састоји од пратећих помоћно-техничких послова у државном органу. На права и дужности државних службеника који нису уређени овим или посебним законом или другим прописом примењују се општи прописи о раду и посебан колективни уговор за државне органе (у даљем тексту: посебан колективни уговор). На права и дужности намештеника примењују се општи прописи о раду и посебан колективни уговор, ако овим или посебним законом није другачије одређено.

Државни службеник дужан је да поступа у складу са Уставом, законом и другим прописом, према правилима струке, непристрасно и политички неутрално. Државни службеник не сме да на раду изражава и заступа своја политичка уверења.

Закон о државној управи[13] *утврђује да је државна управа дио извршне власти Републике Србије који врше управне послове у оквиру права и дужности Републике Србије. Државну управу чине министарства, органи управе у саставу министарства и посебне организације. Органи управе образују се законом и одређује им се дјелокруг органа. Органи државне управе самостални су у вршењу својих послова и раде у оквиру и на основу устава, закона,других прописа и општих аката. Послове из дјелокруга органа државне управе врше државни службеници чији положај се уређује посебним законом.*

Закон о здравственој заштити Србије[14] *прописује да је здравствена дјелатност дјелатност којом се обезбјеђује здравствена заштита*

[13] Zakon o državnoj upravi , (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br.79/05 i 101/07) ;
[14] Zakon o zdravstvenoj zaštiti Srbije (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 21/19 i 92/23) ;

грађана, а која се спроводи кроз систем здравствене заштите. Мјере и активности здравствене заштите морају бити засноване на научним доказима, безбједне, ддјелотворне и ефикасне, у складу са стручним стандардима, усвојеним водичима добре праксе, протоколима лијечења и начелима професионалне етике. Остваривање општег интереса у здравственој заштити обухвата прописане мјере и поступке. Здравствени радник, у зависности од нивоа образовања је: доктор медицине, доктор денталне медицине, магистар фармације и магистар фармације-медицински биохемичар – са завршеним одговарајућим интегрисаним академским студијама здравствене струке; медицинска сестра, зддравствени техничар, односно друго лице са завршеном високом односно средњом школом здравствене струке у складу са законом. Здравствени сарадник је лице које нема стечено средње образовање здравствене струке односно високо образовање здравствене струке, а које учествује у обављању одређених послова здравствене заштите (превенције, дијагностике, терапије и рехабилитације) у здравственој установи, односно приватној пракси. Чланство у комори је обавезно за здравствене раднике који као професију обављају здравствену дјелатност.

Република Црна Гора – *Закон о државним службеницима и намјештеницима*[15] - *У закону је прописано да је државни службеник лице које је засновало радни однос у државном органу за вршење послова којима се остварује Уставом, законом и другим прописима утврђена надлежност тог органа. Државни службеник је лице које у државно органу врши информатичке, материјално-финансијске, рачуноводствене и друге послове административне природе. Намјештеник је лице које је засновало радн и однос у државном органу ради вршења помоћних и других послова. Државним органом у смислу овог закона сматра се министарство и други органи управе, служба Предсједника Црне Горе, Завода за запошљавање Црне Горе, Владе Црне Горе, Уставног суда Црне Горе, суд и државно тужилаштво. Овај закон примјењује се на запослене у Фонд пензијско и инвалидског осигурања Црне Горе, Фонду здравственог осигурања Црне Горе, Заводу за запошљавање Црне Горе, Фонду рада и Агенцији за мирно рјешавање радних спорова. Државни службеник оддносно намјештеник врши послове на основу Устава, закона и других прописа и општих аката.Државни службеник је одгово-*

[15] Zakon o državnim službenicima i namještenicima (*Službeni list RCG*, br.2/18; 34/19 i 8/21) ;

ран за законитост, стручност и ефикасност свог рада уз примјену Етичког кодекса државних службеника и намјештеника.

Закон о здравственој заштити[16] *дефинише да је здравствена заштита организована и свеобухватна дјелатност друштва са циљем да се достигне највиши могући ниво очувања здравља грађана. Она представља скуп мјера и активности на очувању, заштити и унапређењу здравља грађана, спречвању и сузбијању болести и повреда, раном откривању болести и благовременом лијечењу и рехабилитацији. Наведене мјере морају бити засноване на научним доказима, односно морају бити безбједне и ефикасне и у складу са начелима професионалне етике. Здравствена дјелатност је дјелатност којом се обезбјеђује спровођење и пружање здравствене заштите. Здравствена дјелатност је од јавног интереса а исти се огледа кроз друштвену бригу за здравље грађана.Здравствену дјелатност обављају здравствене установе, здравствени радници и здравствени сарадници, као и други субјекти који пружају здравствену заштиту у склау са овим законом. Она се обавља у складу са стандардима, нормативима, планираним развојем здравственог система и приоритетним мјерама здравствене заштите по стручно медицинској доктрини и уз употребу здравствених технологија. Зравствени радници су лица која имају одговарајући ниво квалификације образовања из области здравства, који у виду професије обављају здравствену дјелатност и непосредно пружају здравствену заштиту грађанима, складу са законом. Здравствени радници су: доктор медицине, доктор стоматологије, доктор фармације, дипломирани фармацеут и дипломирани фармацеут-медицински биохемичар, магистар фармације и такође, физиотерапеут, медицинска сестра, бабица, здравствени техничар и друго лице које обавља послове опште здравствене његе и бабињства као дјелатност здравствене заштите у складу са законом. Здравствени сарадници су лица која немају образовање здравственог усмјерења а раде у здравственим установама и учествују у обављању здравствене дјелатности. Здравственим радницима надлежна комора може издати лиценцу за рад.*

Република Хрватска – *Закон о државним службеницима*[17] *- Овим законом уређује се радно – правни однос између државних службеника*

[16] Zakon o zdravstvenoj zaštiti (*Službeni list Crne Gore*, br.3/16; 39/16; 2/17; 44/18; 24/19; 82/20 i 8/21) ;

[17] Zakon o državnim službenicima (*Narodne novine Hrvatske*, br. 1155/23 – na snazi od 1.1.224. godine) ;

односно намјештеника и државе као послодавца. Закон се примјењује на државне службенике и намјештенике у тијелима државне управе, правосудним тијелима, казненим тијелима, стручној служби Хрватског сабора, Уред предсједника Републике Хрватске, уредима и другим стручним службама Владе Републике Хрватске, стручној служби Уставног суда Републике Хрватске и др. Послове у државним тијелима обављају државни службеници и намјештеници. Државни службеници су особе у државним тијелима који као редовно занимање обављају послове из дјелокруга тих тијела утврђене Уставом Републике Хрватске, законима и другим прописима донесеним на темељу Устава и закона. Државни службеници су и особе које у државним тијелима обављају информатичке послове, опште и административне послове, планске, материјално финансијске и рачуноводствене послове и сличне послове. Намјештеници су особе које у државним тијелима раде на помоћно техничким пословима и осталим пословима чије обављање је потребно ради благовременог и квалитетног обављања послова из дјелокруга државних тијела.

Закон о здравственој заштити [18] прописује да је здравствена заштита систем друштвених и скупних индивидалних мјера, услуга и активности на очувању и унапређењу здравља, спречавању болести, раном откривању болести, благовременом лијечењу те здравствена њега и рехабилитација. Здравствена дјелатност је дјелатност од интереса за Републику Хрватску која се обавља као јавна служба и коју по стручно-медицинској доктрини и уз употребу медицинске технологије обављају здравствени радници при пружању здравствене заштите, под условима и на начин прописан овим законом. Здравствени радници су дефинисани као особе које имају образовање здравственог усмјерења и непосредно у виду занимања пружају здравствену заштиту становништву уз обавезно поштовање моралних и етичких начела здравствене струке. Обавеза здравствених радника је да при пружању здравствене заштите поступају према правилима здравствене струке, на начин да својим поступцима не угрозе живот и здравље људи.Здравствени радници образују се на медицинском, стоматолошком или фармацеутско- биохемијском факултету те другом високо школском установом здравственог усмјерења као и у средњим школама здравственог усмјерења. Друштвена брига за здравље Републике Хрватске огледа се у мјерама економске и социјалне политике

[18] Zakon o zdravstvenoj zaštiti, (*Narodne novine Hrvatske*, br. 150/8);

којима се стварају услови за провођење здравствене заштите као и услове за заштиту и очување здравља становништва те усклађује дјеловање и развој на свим подручјима здравства у циљу осигурања остваривања здравствене заштите становништва.

Из овог сажетог упоредно – правног прегледа закона у БиХ, Федерацији Босне и Херцеговине и наведених држава може се констатовати велика сличност у дефинисању: државног службеника, дјелатности државне управе коју обављају у складу са уставом, законима и другим прописима. Такође, постоји велика сличност у дефинисању здравствене заштите и здравствене дјелатности, као и здравствених радника и здравствених сарадника те начину остваривања општег интереса у остваривању здравствене заштите.

4. Основне карактеристике

Додјела статуса службеног лица, код многих грађана и стручних лица, довела је до тога да су неосновано поистовјетили професију од јавног значаја која пружа услуге са службеним лицима односно државним службеницима који имају службена овлашћења у складу са законом.. Основне карактеристике дефиниција, дјелатности и правне заштите указују на битне разлике међу њима.

Закон о државним службеницима дефинише службенички однос као одређени радно-правни однос између државних службеника и државе као послодавца гдје држава као јача правна страна одређује начин понашања и поступања другој слабијој страни (државном службенику). Основна карактеристика службеничког односа заснива се на чињеници да тај однос настаје на основу закона, издавањем управног акта или обављањем неке управне радње. То је комбинација радно-правног односа и управно-правног односа који долази до изражаја кад државни службеник ступи на дужност.

Државни службеник поступа у складу са Уставом, законом и другим прописима, према правилима струке и политички неутрално. Он примјењује прописе и поступа у оквиру добијених овлашћења.На њега се не може вршити утицај да чини нешто што је супротно важећим прописима.Државни службеници су једнаки у својим правима и обавезама утврђеним законом а по основу рада имају право на заштиту свог физичког и моралног интегритета током обављања службене дужности што потврђују и посебне одредбе кривичног закона о заштити служ-

беног лица у вршењу службене дужности. Напад на службено лице у вршењу службене дужности предвиђа строжије казне него за лаку тјелесну повреду.Строжија казна и сличан ефекат се може постићи осудом за кривично дјело насилничко понашање. Службено лице може вршити службену радњу само у оквиру службеног овлашћења која су му као таква повјерена у складу са законом.То значи,ако лице нема статус службеног лица не можемо говорити о службеној дужности. Да би утврдили статус службеног лица мора се прво утврдити које је јавно овлашћење у питању и о ком праву се одлучује.Треба нагласити да остваривање права и задовољавање потреба није исто што и одлучивање о нечијем праву. Уз уважавање сваке професије и њеног значаја за друштво, чистачи улица, радници који раде на одвозу смећа, поправљању улица, водовода и канализационе мреже, наплаћивање паркинга,гробари и др. нису службена лица. Они не одлучују о правима грађана.

Здравствене установе се оснивају ради остваривања права и задовољавање потреба за здравственом заштитом. Одлучивање о нечијем праву на здравствену заштиту је у надлежности здравственог осигурања које даје право на здравствену заштиту. Здравствена дјелатност је дјелатност којом се обезбјеђује здравствена заштита грађана, а која обухвата спровођење мјера и активности здравствене заштите, које се, у складу са здравственом доктрином и уз употребу здравствених технологија, користе за очување и унапређење здравља људи. Здравствену дјелатност обављају здравствени радници и здравствени сарадници у здравственим установама и службама. То значи да је ријеч о пружању услуга, а не о јавним овлашћењима. Преглед од стране љекара и пружање медицинске помоћи, извођење одређених захвата и прописивање лијекова је здравствена услуга и дио рада у оквиру медицинске струке односно здравствене дјелатности.

Здравствена дјелатност је дјелатност од општег интереса за Републику Српску којом се обезбјеђје здравствена заштита грађана. Здравствену дјелатност обављају здравствени радници и здравствени сарадници, у складу са законом о здравственој заштити и прописима којима се уређују дјелатности у здравству, укључујући и апотекарску дјелатност. Здравствена дјелатност се обавља у складу са утврђеним стандардима, нормативима, плановима развоја здравственог система и приоритетним мјерама и активностима у пружању здравствене заштите, по стручно-медицинској доктрини и уз употребу одобрених здравствених технологија.

Јавном службом, у смислу овог закона, сматрају се установе, предузећа и други облици организовања утврђени законом, који обављају дјелатности од општег интереса којим се обезбјеђује остваривање права и дужности физичких и правних лица, као и остваривање другог законом утврђеног интереса. Ради остваривања општег интереса, поред осталог, у области здравствене заштите оснивају се здравствене установе. Организација и рад јавне службе морају бити засновани на начелима ефикасног и законитог остваривања јавног интереса и обезбјеђења остваривања права и дужности физичких и правних лица, стручног и рационалног обављања послова и остваривања одговорности запослених, грађана у остваривању здравствене заштите, руковођења и сталног надзора над обављањем послова, ефикасне сарадње са оснивачем и органима који врше надзор над њеним радом, примјени савремених технологија у раду, јавности рада и економичности у раду. Општи интерес друштва је друштвена брига о здрављу грађана у остваривању здравствене заштите а уређена је Законом о здравственој заштити и другим прописима. Здравствену дјелатност обављају здравствени радници и здравствени сарадници чији је радно-правни однос уређен прописима којима је регулисана област рада. Пацијент је обавезан да поштује лични и професионални интегритет лица запосленог у здравственој установи приликом обављања професионалних задатака и да поштује права других пацијената који остварују здравствену заштиту у здравственој установи, у складу са овим законом. Кривично-правна заштита здравственог радника и здравственог сарадника прописана је одредбама Кривичног закона, као и за све друге грађане.

Закон о здравственој заштити у Републици Српској прописује одговорност пацијента код остваривања здравствене заштите (чл. 53) и прекршајну одговорност физичког лица (чл.218) ако не поштује права других пацијената у здравственој установи, не поштује лични и професионални интегритет лица запосленог у здравственој установи и не испуњава своје обавезе према здравственој установи,здравственом раднику и здравственом сараднику (чл.54). Поступање здравствених радника и здравствених сарадника приликом пружања услуга здравствене заштите односно у вези пружања медицинске помоћи не налази се у корпусу кривичних дјела против службене дужности али их има код кривичних дјела у вези са пружањем љекарске помоћи.

Треба истаћи да се одређени послови у остваривању здравствене заштите могу посматрати као послови јавне службе у вршењу јавних

овлашћења. Постоје случајеви кад је љекар нека врста службеног лица кад врши јавна овлашћења.Тако нпр. одбијање љекара да некоме пружи медицинску помоћ, јер исто лице нема изабраног љекара или здравствени картон у конкретној здравственој установи (одлучују о нечијем праву), али то обично не раде љекари већ административни радници на шалтеру здравствене установе. Ту је и примјер проглашење епидемије и карантинских мјера или код утврђивања способности за расуђивање и стављање под старатељство физичког лица, давање налаза и мишљења од којих зависи третман окривљених и сл.

Имајући виду законску регулативу, Закон о здравственој заштити, може се констатовати да здравствени радници и здравствени сарадници немају статус службеног лица јер обављају здравствену дјелатност као дјелатност од општег интереса и њихов радно правни статус регулисан је Законом о здравственој заштити, Законом о раду, Колективним уговором и другим прописима.Статус државног службеника - службеног лица и њихова дјелатност прописана је посебним Законом о државним службеницима, Колективним уговором и другим прописима. Кривични закон Републике Српске прописује ко је службено лице и ко обавља службену дужност на основу овлашћења из закона или другог прописа те која су кривична дјела против службеног лица.

Здравственим радницима и здравственим сарадницима обезбјеђена је кривично-правна заштита у случају напада, као и свим другим грађанима, дефинисањем кривичног дјела тјелесна повреда, тешка тјелесна повреда те кривична дјела против живота и тијела, кривична дјела против јавног реда и мира, кривична дјела против опште сигурности људи и имовине и др.

Треба напоменути да иницјативе за измјене и допуне Кривичног закона од стране здравствених радника и здравствених сарадника, новинара, наставника и професора, социјалних радника,радника на жељезници, возачи у јавном превозу и др. о прописивању посебног кривичног дјела - спречавање (набројана занимања) лица у вршењу професионалне дужности нису прихваћене јер немају статус службеног лица, а за исте прописана су кривична дјела која једнако третирају све грађане и професије који могу бити изложени нападу приликом обављања свог посла. Ако обичан грађанин није заштићен законом не можемо заштитити адекватно ни оне који имају службену легитимацију или су наоружани. Сваки грађанин мора бити заштићен што ће превентивно утицати на заштиту службених лица и лица која обављају послове од јавног интереса.

Треба нагласити да је пракса европских држава регулисање службеничког статуса општим и посебним прописима, а не да норме службеничког права, великим дијелом, буду садржане у прописима неких других грана права. У том случају, може се говорити о службеничком праву, као посебној – самосталној грани права јер би тиме кодификација службеничког права била у цијелости проведена.

5. Практично поступање у здравственим установама

Обавезе пацијента према здравственој установи, здравственом раднику и здравственом сараднику, као и права и обавезе грађана и пацијената у остваривању здравствене заштите прописане су Законом о здравственој заштити, Законом о здравственом осигурању, Закон о здравственој документацији и евиденцијама у области здравства, општи акти здравствених установа и другим прописима. Најзначајнији аспекти тог односа односе се на следеће.

Треба нагласити да Коекс љекарске етике, Етички кодекс медицинских сестара и техничара, Кодекс пословне етике здравствених установа истичу обавезу поштовања корисника медицинских односно здравствених услуга од стране сваког запосленог. У комуникацији са корисницима здравствених услуга запослени требају бити увијек љубазни, искрени и пријатељски расположени, спремни да саслушају и изађу у сусрет њиховим потребама и жељама. Обавеза је да се конфликтне ситуације рјешавају на миран, конструктиван и коректан начин.

Насиље над здравственим радницима и здравственим сарадницима је изузетно сложена и негативна друштвена појава и не може се објективно сагледати без уважавања свих унутрашњих и спољних околности конкретног догађаја, одговорности здравственог радника или здравственог сарадника,одговорности пацијента или његове пратње, који до тога могу довести.У институционалном смислу треба преиспитати прописане стандарде и нормативе броја тимова и здравствених услуга у које морају бити укључени одређени елементи који се тичу изостанка радника са посла по разним основама, руководна радна мјеста, празници, годишњи одмори,неопходна стручна усавршавања и едукације, као и специјализације и супспецијализације које временски трају дуго.

За добро функционисање сваке здравствене установе неопходна је добра организација и оспособљеност здравствених радника и здравствених сарадника за извршавање стручних послова из здравствене дје-

латности која се уређује Правилником о унутрашњој организацији и систематизацији радних мјеста. Најчешће инцидентне ситуације између здравствених радника и здравствених сарадника са пацијентима односно њиховом пратњом дешава се у примарној здравственој заштити и службама хитне медицинске помоћи. Посебно је то изражено код повећаног обима послова (број здравствених радника је исти или је смањен због одсуства) и већег прилива пацијената у одређеним ситуацијама сезонских обољевања те непредвиђене ванредне ситуације. Овим примјерима треба додати недостатак тимова и возила за рад на терену, честа нефункционалност Интегрисаног здравственог информационог система (ИЗИС), одлазак здравствених радника односно здравствених сарадника на рад у иностранство,неадекватне замјене радника, злоупотреба хитних стања, алкохолисано стање, напади пацијената или пратње под дејством наркотика, телефонске пријетње и сл. Здравствени радници и здравствени сарадници су обучени за превазилажење конфликтних ситуација са пацијентима или њиховом пратњом и у томе углавном успјевају. Међутим, у одређеним ситуацијама (ако пацијенти нису одмах примљени на преглед или нису добили неку другу здравствену услугу) то не помаже, па усљед незадовољства пацијената долази до повреде кућног реда здравствене установе, повреде јавног реда и мира, вербалног и физичког насиља,пријетњи и слично. У овакве инцидентне ситуације и њихово разрешење укључују се руководиоци организационих јединица, службе обезбјеђења а понекад и полиција. У наведеним спорним ситуацијама особље здравствене установе позива раднике из службе обезбјеђења здравствене установе или по потреби обавјештавају полицију која излази на лице мјеста и сачињава службени записник као основ за покретање прекршајног поступка. За евентуално покретање кривичног поступка нападнути здравствени радник или здравствени сарадник може сам поднијети приједлог, што се углавном избјегава због могућих посљедица. Неријетко, у ове ексцесе укључују се медији и портали жељни сензација, који необјективно приказују догађаје уз ружне коментаре и приједлоге који штете угледу здравствене професије, здравствених радника и здравствених сарадника и здравствене установе у којој су запослени. Постоји опасност да психички лабилне особе, болесници, повјерују у неистините објаве на друштвеним мрежама и узму ствари у своје руке, прогањајући и тражећи обрачун са појединцима.

На улазу у здравствену установу односно службу хитне медицинске помоћи постоји огласна плоча са неопходним информацијама

за пацијенте које им могу помоћи у остваривању њихових права али и обавезе понашања и односа према запосленом особљу. Здравствени радници и здравствени сарадници и остали запослени упознати су са протоколом поступања у случају инцидентне ситуације, напада пацијента или њихове пратње, те се по потреби обавјештава служба обезбјеђења или најближа полицијска станица. Сваки инцидент се уписује у књигу дежурства, узимају се изјаве запослених који су били учесници спорног догађаја, попуњава образац о нежељеном догађају и доставља директору здравствене установе а у случају потребе односно тјелесне повреде образац се доставља и инжењеру заштите на раду и осигуравајућем друштву. Ако је пацијент незадовољан добијеном здравственом услугом или нељубазним и непрофесионалним односом здравственог радника или здравственог сарадника може поднијети приговор директору здравствене установе. Ако директор процијени да је за инцидент или непрофесионалан однос одговоран здравствени радник односно здравствени сарадник, може покренути дисциплински поступак против одговорног радника.

У законима и другим прописима регулисан је однос здравственог радника и здравственог сарадника према пацијенту као и однос пацијента према здравственом раднику. Спорадични инциденти нису одмах аларм за измјене закона. Нулту толеранцију према насиљу треба превентивно бранити подизањем свијести грађана, васпитањем, образовањем и културним обрасцима понашања, гдје је законска санкција последње средство.

6. Закључак

У Републици Српској здравствени радници и здравствени сарадници немају статус државног службеника (службеног лица) у складу са Уставом и др. прописима а законом је дефинисан и регулисан њихов радно-правни статус. У закону је прописано ко су државни службеници, дјелатност и послови које обављају из дјелокруга органа државне управе, а исти поступају у складу са овлашћењима прописаним Уставом,законима и другим прописима. Заштита и безбједност државних службеника у поступању, као и злоупотреба положаја службеног лица регулисана је Кривичним законом. Здравствени радници и здравствени сарадници обављају здравствену дјелатност,којом се обезбјеђује здравствена заштита грађана, (пружају услуге) у складу са законима и другим

прописима који регулишу област здравства,која је од општег (јавног) интереса. Здравствена дјелатност се обавља у складу са утврђеним стандардима и нормативима у здравству, плановима развоја здравственог система, приоритетним мјерама и активностима у пружању услуга здравствене заштите по стручно-медицинској доктрини и уз употребу одобрених здравствених технологија.

Вербалне пријетње, непримјерено и насилничко понашање и физички напади на здравствене раднике и здравствене сараднике приликом пружања здравствених услуга угрожавају њихову безбједност на радном мјесту као и безбједност пацијената у поступку пружања здравствених услуга. Држава треба да реагује на сваки случај насиља над својим грађанима уз примјену прописаних, одговарајућих санкција. Кривично законодавство би требало да представља последње средство у заштити безбједности грађана, професија и одређених вриједности друштва. Неопходно је у континуитету предузимати превентивне мјере за сузбијање насиља над здравственим радницима и здравственим сарадницима а нулта толеранција насиљу мора бити заједничка брига и активност у васпитању и образовању, култури понашања, позитивним обрасцима поступања свих учесника у обезбјеђењу здравствене заштите. Једно од могућих рјешења,кад се створе услови за то, обави широка расправа, јесу измјене и допуне Кривичног закона Републике Српске и прописивање посебног кривичног дјела'' напад на здравственог радника и здравственог сарадника у здравственој установи у току обављања професионалне дјелатности''. Насиље није проблем само здравствених радника, него и породице,образовних установа и друштва у цјелини и зато се не смије толерисати.

ЛИТЕРАТУРА

Правни извори:

– Ustav Republike Srpske, ''Službeni glasnik Republike Srpske'' br. 21/92 – prečišćen tekst,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;
– Закон о републичкој управи („Службени гласник Републике Српске„ бр.15/18; 111/21; 15/22 и 56/22);
– Закон о административној служби у управи Републике Српске
– Закон о државним службеницима („Службени гласник Републике Српске„ бр.118/08; 117/11; 37/12 и 57/16);

- Закон о систему јавних служби („Службени гласник Републике Српске„ бр. 68/7);
- Закон о здравственој заштити („Службени гласник Републике Српске„ бр. 57/ 22);
- Кривични закон Републике Српске („Службени гласник Републике Српске„ бр. 64/17; 104/18; 15/21; 89/21; 73/23);
- Закон о државној служби у институцијама БиХ („Службени гласник БиХ“ бр. 12/02; 19/2; 8/03; 35/03; 4/04; 17/04; 26/04; 37/04; 48/05; 2/06; 50/08; 43/09; 8/10; 40/12; 93/17; 18/24);
- Закон о државној служби у Федерацији Босне и Херцеговине („Службене новине ФБиХ бр. 29/03; 23/04; 39/04; 54/04; 67/05; 8/06; 77/06; 4/12; 99/15 и 9/17);
- Закон о здравственој заштити ФБиХ („Службене новине ФБиХ бр. 46/1; 73/13);
- Закон о државним службеницима („Службени гласник Републике Србије„бр. 79/05; 81/05 – испр., 83/05; 64/07; 67/7; 116/08; 104/09; 99/14; 94/17; 95/18; 157/20; 142/22)
- Закон о државној управи , („Службени гласник Републике Србије„ бр.79/05 и 101/07) ;Закон о здравственој заштити Србије („Службени гласник Републике Србије„ бр. 21/19 и 92/23);
- Закон о државним службеницима и намјештеницима („Службени лист РЦГ„ бр. 2/18; 34/19 и 8/21);
- Закон о здравственој заштити („Службени лист Црне Горе„ бр.3/16; 39/16; 2/17; 44/18; 24/19; 82/20 и 8/21);
- Закон о државним службеницима („Народне новине Хрватске„ бр. 1155/23 – на снази од 1.1.224.године);
- Закон о здравственој заштити, („Народне новине Хрватске„ бр. 150/8);

Nedeljko Z. Milaković, Ph.D. [19]

HEALTHCARE PRACTICIONER AND HEALTHCARE ASSOCIATE DO NOT HAVE THE STATUS OF GOVERNMENT OFFICIAL

Abstract: *In this paper, the author proves that a healthcare practicioner and a healthcare associate do not have the status of a government official, in accordance with the Constitution of the Republic of Srpska and other regulations that are the subject of this analysis. The legal framework for regulating the status of government officials and the labor-legal status of healthcare practicioner and healthcare associates in the Republic of Srpska, as well as a comparative-legal review of regulations in neighboring countries, show that this area is regulated in the same or similar way in positive legal regulations. Analysis of the definition of government official, healthcare practicioner and a healthcare associate, their activity and legal protection indicate the basic characteristics and significant differences in their legal position. Criminal legal protection, which protects the status of government official, is different from the same protection of a healthcare practicioner and a healthcare associate. The Criminal Code of the Republic of Srpska stipulates criminal offenses against official duty and abuse of official position or authority. Also, the criminal offense of bodily injury, serious bodily injury and endangering safety is stipulated, which equally protect all citizens and professions such as doctors, professors, teachers, etc. who are exposed, during work, to the possibility of attacks while performing their duties, i.e. their profession. The current practice of safety and protection of healthcare practicioner and healthcare associates, as well as the frequency of attacks of patients or their companions, shows certain weaknesses that need to be corrected. There are initiatives by unions in healthcare that demand that healthcare practicioners be granted the status of government officials. Unfortunately, the author states that such proposals are not in accordance with the regulations. One of the possible solutions, when the conditions for this are created and a broad discussion is held, are amendments to the Criminal Code of the Republic of Srpska and the stipulation of a special criminal offense "attack on a healthcare practicioner and a healthcare associate in a*

[19] Doctor of Laws, Banja Luka, the Republic of Srpska, e-mail: nedeljko.milakovic@gmail.com

health institution during the performance of professional activity". However, raising the awareness of citizens, complying with regulations, upbringing and education, culture and positive patterns of behaviour should have priority in society in the combat against all forms of violence.

Key words: *government official, healthcare practicioner, healthcare associate, health activity, activity of general interest, rights and obligations of patients.*

II КАТЕДРА

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 347.632:347.615
doi 10.7251/PR6924265O
Оригинални научни чланак

ЕВОЛУЦИЈА ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ГУБИТКА ИЗДРЖАВАЊА
(Скица за обимнију студију)

Академик проф. др Миодраг В. Орлић[1]

Апстракт: *На почетку еволуције схватања о накнади штете због губитка издржавања, налази се чувено правило §1327 Аустријског грађанског законика. У трећој Новели Законика оно је било формулисано на следећи начин:*

§ 1327. Ако услед телесне повреде наступи смрт, онда се морају накнадити не само сви трошкови, него се и у животу заосталим особама, о чијем се издржавању убијени имао старати по закону, има накнадити оно, што су тиме изгубили.

У нашој судској прави од завршетка Другог светског рата до доношења Закона о облигационим односима (1978) одредба из §1327 примењивана је као правно правило у смислу Закона о неважности правних прописа (донесених пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације). У поменутом раздобљу било је много лутања у судској пракси и она се тек пред крај шездесетих година усталила у тражењу правичнијих решења.

Значајан разлог неуједначених решења у одлукама наших судова произилазио је из различитих тумачења које је правило из §1327 добијало у аустријском праву.

Међу најбољим правничким умовима у Аустрији постојала су потпуно супротстављена схватања о томе да ли накнада штете у

[1] Редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији; инострани члан Академије наука и умјетности Републике Српске.

случају убиства даваоца треба да обухвати само износе примљене на основу законске обавезе издржавања, или могу да се урачунају и износи примљени као драговољна давања. Како се у овом погледу није назирало решење у аустријском праву, ваљало га је потражити на другој страни.

Први значајан корак, начињен је у пољском праву. У Законику о облигацијама (1934. год.) је проглашена законска могућност да блиски сродници којима је погинули драговољно давао издржавање, могу да захтевају накнаду штете (због тог губитка) од починиоца убиства. Али, проналазећи суштински ново решење, законодавац је застао на терминолошком питању и задржао стари назив: драговољно издржавање. Али, тај израз је nonsens! Издржавање не може бити драговољно. Наиме, или је драговољно па није издржавање, или јесте издржавање, али онда није драговољно.

Стога је следећи значајан корак, који означава завршни чин еволуције учињен у Скици професора Михаила Константиновића (1969.) у којој је суштински нова правна појава драговољног давања потпора неком лицу добила одговарајући назив: помагање. На тај начин је идеја истицана у многим судским одлукама и гледиштима правника теоретичара добила артикулисан израз у правном појму помагања.

Кључне речи: *Аустријски Грађански законик §1327 - Издржавање, Пољски Законик о облигацијама (1934) чл. 162. – Добровољно издржавање, Скица за Законик о облигацијама и уговорима – Помагање.*

I Одељак

Еволуција судске праксе

I Одсек - Штета као повреда субјективног права на издржавање

1. Једно од важнијих питања о којима је требало да да одговор судска пракса било је у чему се заправо састоји штета у случају насилне смрти даваоца издржавања. Да ли је ту реч о повреди субјективног права на издржавање, или штета означава сав губитак, који је пре трпео прималац.[2] У овом другом случају појам штете би обухватио и износе,

[2] Видети о целом питању: Обрен Станковић, Накнада штете у облику ренте, "Службени

које је прималац добијао као добровољно давање од издржаваоца, а на што стриктно говорећи није имао право.

2. После првих колебања судска пракса крајем педесетих и с почетком шездесетих година, прошлог (XX) века почела је да се формира у смислу да штета представља повреду субјективног права на законско издржавање. Све што је прималац могао добијати мимо тога или преко тог износа, као резултат добровољног давања није се урачунавало и појам штете.

3. Тако је у једном случају судио Врховни суд Србије:

> "Тужиочев син погинуо је кривицом тужене стране, па је тужилац тужбом тражио да му тужени солидарно плате 600.00 динара на име накнаде штете, јер да је смрћу свога сина изгубио помоћ у издржавању, Окружни суд је одбио овакав тужбени захтев, а републички врховни суд је потврдио ову пресуду из следећих разлога: Није основана жалба тужиоца. По правним правилима само онај који је повређен у каквом свом праву има права да тражи накнаду причињене му штете. У конкретном случају утврђено је, а то се ни у жалби не спори, да је тужилац способан за привређивање односно да код њега не постоји умањена радна способност. Према таквом стању ствари, у смислу члана 36 Основног закона о односима родитеља и деце, тужилац није имао право на издржавање од свога сина, јер би он то право имао само под условом да је неспособан за рад и да нема довољно средстава за живот. Према томе, пошто тужилац није имао права да тражи од свога сина издржавање, јер није неспособан за рад, то тужилац не може ни да тражи накнаду штете од тужене стране по том основу што је смрћу свога сина изгубио помоћ у издржавању. Чињеница, да је син добровољно помагао тужиоца у издржавању, без значаја је за правилност пресуде, јер у моменту синовљеве смрти није била наступила законска обавеза издржавања тужиоца са стране његовог сина, а што је једино битно при одлучивању да ли тужилац има права да тражи накнаду штете настале смрћу његовог сина".[3]

4. Врховни суд је веома јасно изложио своје становиште. Према правним правилима предратног права, на која се Суд позвао, само лице

лист", Београд, 1975, passim, нарочито стране 62-109, № 62-112 (бројеви пасуса).

[3] Пресуда Врховног суда Народне Републике Србије, Гж 2609/56, од 8. јануара 1957. године, Збирка судских одлука, књига II, свеска 1, одлука бр. 52.

чије је субјективно право повређено, може захтевати накнаду штете. У конкретном случају син је, истина, у стварности (фактички) пружао оцу помоћ у издржавању, али је Суд сматрао да отац на ту помоћ није имао (субјективно) право. Пошто није имао право на добровољна давања од стране преминулог сина, отац није могао да добије ни захтев за накнаду штете. Оно што му је син добровољно давао није представљало штету. Тако је Суд оштро разграничио повреду субјективног права од повреде фактичких давања. У првом случају право на накнаду штете постоји, у потоњем не.

5. Изложено гледиште није било усамљено. Проглашавале су га и друге високе инстанце. Тако је говорио Савезни врховни суд[4]:

> "Правно је правило да лице које проузрокује смрт другога дугује накнаду штете лицу које је убијени по закону био дужан да издржава. Висина накнаде се одређује према ономе што оштећена странка губи услед смрти убијеног. Колика је висина изгубљеног издржавања, то је фактичко питање о коме се суди према околностима сваког случаја. Једино чврсто правило јесте да накнада штете ове врсте

[4] Судска пракса после другог Светског рата формирала се према правним правилима предратног права, прецизније речено према правилу из § 1327 Аустријског Грађанског законика.
Упоредити: "Позитивних прописа о висини накнаде штете за изгубљено издржавање нема, па спорно питање треба решити применом правних правила имовинског права у смислу члана 4 Закона о надлежности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације ("Службени лист ФНРЈ", број 88/46'. Из образложења Пресуде Врховног суда Југославије Рев 57/68 од 16. априла 1968. године, Збирка судских одлука, књига XIII, свеска 2, одлука бр. 160, стр. 96; Тако и Врховни суд Војводине: позитивних прописа о висини накнаде штете за изгубљено издржавање нема, па спорно питање треба решити применом правних правила имовинског права у смислу члана 4 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације ("Службени лист ФНРЈ, број 88/46"). Пресуда Врховног суда Војводине Гж 1563/69 од 26. фебруара 1970. године, одлуку је потврдио Врховни суд Југославије, прихватајући у свему образложење пресуде коју је разматрао по ревизији. Пресуда Врховног суда Југославије Рев 215/79 од 15. јула 1970. године. Збирка судских одлука, књига XV, 1970, свеска 3, одлука број 287. Слично: Не може се прихватити правно становиште другостепене пресуде.... јер је то становиште противно правним правилима имовинског права која се примењују у складу са чл. 4 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације ("Службени лист, бр. 86/46"). Пресуда Врховног суда Југославије Рев 395/72 од 22. јануара 1973. године, Збирка судских одлука, књига XVIII, 1975, свеска 2, одлука број 139".

> не може бити већа од онога што би убијени да је остао у животу био дужан да даје за издржавање лица које поставља захтев."[5]

Становиште највише судске инстанце није било изражено онако одсечно, као што га је формулисао Врховни суд Србије. Са доста тешкоћа се могла разабрати мисао највишег Суда ("правило јесте да накнада штете... не може бити већа од онога што би убијени... био дужан да даје за издржавање"), јер је претходно било речено да се висина накнаде одређује према ономе што оштећена страна губи. Нејасноћа се увећавала и стога што је Суд указивао да је реч о фактичком питању. Наиме, израз "фактичко" могао је упућивати на помисао да је реч о фактички примљеним износима, а не само о онима на које је прималац имао субјективно право.

6. Зато се Суд пожурио да своје ново становиште разјасни. У другој одлуци, донесеној непосредно после претходне, Суд није остављао сумње у погледу свога става. Повреда права (а не фактичко стање представља мерило за доношење одлуке о накнади и обиму штете), изрекао је Суд *и додао:*

> "Погрешно је становиште да се рента удови и детету погинулог има одмерити према фактичком стању, то јест, према томе колико је погинули стварно доприносио и претпостављено могао доприносити за издржавање своје жене и детета, неовисно дакле о издржавању какво је отац, односно муж, дужан својој деци, односно жени, давати у смислу прописа Основног закона о односима родитеља и деце, односно Основног закона о браку".[6]

7. О решености највишег Суда да се убудуће његова већа, али и други судови имају држати новог схватања, указује и околност што је у конкретном случају укинуо обе нижестепене пресуде. Уз то, Суд је реско напоменуо да су погрешна становишта нижих судова о томе да накнаду штете треба одмеравати према фактичком стању.

Доктрина о штети, као повреди субјективног права, била је чврсто постављена и није се могла доводити у питање.

---

[5] Решење Савезног врховног суда, Рев 3141/62, од 13. новембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 307.

[6] Пресуда Савезног врховног суда Рев 2611/62 од 28. децембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 308.

8. Недуго после наведених одлука, највиши суд (сад под новим именом, као Врховни суд Југославије) потврдио је своју посвећеност новој концепцији и судио на исти начин.

> „По правним правилима имовинског права, особа која проузрокује смрт другога, дугује накнаду штете особи, коју је убијени по закону био дужан уздржавати... У смислу чл. 36 ОЗОРД обвеза уздржавања на страни дјеце постоји према родитељима само уколико је особа која тражи уздржавање неспособна за рад и нема довољно средстава за живот. Уколико би, према томе, нека особа добровољно пружала помоћ у уздржавању и поред тога што је уздржавани способан за рад или има довољно прихода, ова чињеница не би имала значаја приликом одлучивања о правном основу одговорности штетника оштећеном за изгубљену помоћ у уздржавању.”[7]

9. Као и у случају у коме је на почетку, судио Врховни суд Србије, и у овом примеру расправљало се о добровољном давању, које је тужилац назвао “помоћ у издржавању”. Врховни суд Југославије је са сличном аргументацијом одбацио тезу тужиоца, али мање убедљиво него што је учинио Врховни суд Србије.

10. У овом раздобљу (крај шездесетих, почетак седамдесетих година) Врховни суд Хрватске је заступао исту доктрину као и Врховни суд Југославије. После раније, колебљиве праксе[8]у највишем суду у

---

[7] Решење Врховног суда Југославије, Рев. 2537/64 од 30. децембра 1964 (Одлука Врховног суда Хрватске ГЖ. 769/64). Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у грађанским предметима у годинама 1964. и 1965. Загреб, 1. листопада 1965, стр. 9, одлука бр. 40.

[8] "По правним правилима из ранијих закона, која се могу и сада примењивати по чл. 4 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6.4.1941. године и за време непријатељске окупације, мора се у случају смрти накнадити лицима, за којих издржавање се морао покојник бринути по закону, све оно, што су услед његове смрти изгубила. Не може се према томе сматрати да се захтев тих лица за накнаду састоји у томе да могу тражити од одговорног лица, да им уместо покојника оно даде издржавање на начин као да би била законска дужност издржавања прешла од покојника на њега. Напротив, мора се, како је успостава пријашњег стања немогућа, накнадити сву вредност изгубљених користи, држећи се при томе оне мере, у којој је покојник не само морао вршити, него и стварно и преко споменуте мере вршио своје дужности према лицима које је био дужан издржавати, а да у правилу при томе нису важне имовинске прилике и могућности сада одговорног лица. У конкретном случају је утврђено да тужиља, недорасла кћи умрлог, спада без даљњег међу лица, која је умрли по закону био дужан издржавати, а да ли спада међу таква лица и друга тужиља, удова умрлог, зависно је с обзиром на чињенично стање

Хрватској је превагнула теза да накнада штете може и треба да обухвата само ону вредност на коју је издржавано лице имало субјективно право. Одлуке Суда биле су формулисане једноставно и јасно, као што се може видети из следећег примера:

> "Захтјев оштећеног да му особа одговорна за смрт његова брачног друга накнади штету због губитка уздржавања које је умрли давао, основан је само у границама изгубљеног законског издржавања, а не и износу који је умрли фактички давао, а који износ прелази те границе. Као основ накнаде не може дакле служити износ који је умрли давао, односно могао давати брачном другу него износ који је он био дужан давати."[9]

11. Уз то, овим одукама је била не само садржана иста идеја, него је била и изражена на истоветан начин, као што нам показује следећи пример:

> "Захтјев оштећеног да му особа одговорна за смрт брачног друга или оца накнади штету због губитка уздржавања, које је умрли давао, основан је само у границама изгубљеног законског уздржавања које је умрли давао или био дужан давати, а не у износу који је умрли фактички давао, а који износ прелази те границе. Стога нитко нема право тражити накнаду штете због губитка услуга које је оштећеном пружао погинули блиски сродник, уколико њихово вршење са стране погинуле особе није спадало у склоп законског уздржавања."[10]

о томе да ли је њена радна способност још за живота њеног мужа била умањена, тако да је он био дужан доприносити за њено издржавање бар делимично. Као основ средстава, којима је покојник издржавао своју породицу, не могу се узети само његови приходи из сталног радног односа као његовог главног занимања, него све могућности, међу које спада и његова непокретна имовина као и његова зарада у слободно време. Као приходе из радног односа треба коначно узети не само његова новчана примања, него и остала примања економске вредности у вези са радом (нпр. прехрамбене и индустријске бонове). Све то се има узети у обзир у овој парници". Решење Врховног суда Народне Републике Хрватске Гж 681/53 од 20. јуна 1953, Др Никола Микуландура и Душан М. Анђелковић, Збирка одлука Врховних судова донетих у кривичном и грађанском поступку 1953-1955, Београд 1957, стр. 237-238, одлука бр. 238.

[9] Решење Врховног суда Хрватске, Гж. 998/68, од 24. маја 1968, Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у грађанским предметима у години 1967. и 1968, Загреб, 15 просинца, 1968, стр. 15, № 63.

[10] Одлука Врховног суда Хрватске, Гж 3115/69, од 15. јула 1970. године, Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у години 1970, стр. 9, № 46.

Суд је у овом случају указао на једно значајно обележје доктрине: за досуђивање накнаде долазе у обзир услуге или давања која је погинули пружао оштећеном у оквиру законске обавезе издржавања. Давања изван ове границе немају утицаја на досуђивање накнаде.

12. Ако се могло поставити питање, да ли наведено правно схватање означава трајнију оријентацију судске праксе, Врховни суд Хрватске је својом трећом одлуком у низу, донесеном недуго после поменутих примера, одагнао све сумње поновивши на готово истоветан начин своју (нову) тезу:

> "Захтјев брачног друга да јој особа одговорна за смрт њеног брачног друга накнади штету због губитка уздржавања, које је умрли давао, основан је само у границама изгубљеног законског уздржавања које је умрли давао или је био дужан давати, а не у износу који је умрли фактички давао, а који износ прелази те границе."[11]

13. Као и Врховни суд Југославије и Врховни суд Хрватске се у овом раздобљу определио за схватање о ужем обиму накнаде штете. У својим одлукама изражавао је чврсто становиште да накнада штете може да обухвати само онај износ на који је оштећени имао субјективно право на издржавање. Наведени став искључивао је давања преко границе, које је обележавала законска обавеза издржавања. Добровољна давања нису могла бити обухваћена обавезом накнаде штете, јер нису била обухваћена обавезом издржавања. Добровољна давања, по дефиницији, нису сачињавала садржину обавеза издржавања и зато нису могла ни да чине садржину обавезе накнаде.[12]

14. Као илустрацију уједначавања судске праксе можемо поменути и једну одлуку Врховног суда Србије, донесену на почетку овог раздобља:

---

[11] Одлука Врховног суда Хрватске, Гж 820/71, од 5. априла 1971, Преглед судске праксе у години 1972, Прилог "Наше законитости", 1/1972, Загреб, 1972, стр. 15-16, № 59.

[12] Али не треба помишљати да је становиште Врховног суда Југославије било изворно, а да га је суд у Хрватској преузео. Кретање идеја је било управо у супротном смеру. Поприште правне расправе и борбе идеја било је заправо у судским (и шире правничким) круговима у Загребу. Колебања у ставовима, преокрети у судској пракси долазили су заправо из Хрватске. Уосталом и одлука Врховног суда Југославије, која је отклонила колебања и прогласила становиште о накнади штете због повреде субјективног права на издржавање, била је инспирисана ставом судије из Хрватске (што се лако може уочити из језика и стила у образложењу).

> "Накнаду штете може тражити само оно лице које је повређено у неком свом праву. Према томе, супруга може тражити накнаду штете због изгубљеног издржавања услед смрти брачног друга од лица чијом је кривицом он изгубио живот, само ако је њен брачни друг за свог живота био дужан да је издржава у смислу чл. 11ОЗБ."[13]

15. Слично је судило Одељење Врховног суда Србије у Новом Саду:

> "Лице које је усмртило једног од родитеља дужно је млд. деци убијеног да накнади штету у виду давања издржавања, али само у том случају ако је покојни родитељ одиста издржавао децу за живота". I ст. пресудом обавезан је туженик да плаћа издржавање за млд. децу. Туженик је уложио жалбу, која је основана, I ст. пресуда укинута а из разлога:
>
> Што се тиче накнаде штете у виду издржавања малдб. тужилаца, по мишљењу ВСС, претпоставка је за овај захтев да је покојни отац за свог живота издржавао своју децу млдб. тужиоце, па да су они смрћу свог оца изгубили храниоца. Како ове чињенице нису утврђене ваљало је I ст. пресуду укинути".[14]

16. Занимљиво је да је Врховни суд Босне и Херцеговине доцније, кад је у пракси Врховног суда Југославије већ дошло до преокрета, и кад је највиша инстанца прихватила дијаметрално супротну тезу, наставио са уском применом права на накнаду штете:

> "Оштећеном, чији је син погинуо кривицом туженог, припада право да од овога тражи накнаду за изгубљено издржавање само у случају ако је његов погинули син у часу своје смрти имао законску обавезу да га издржава."[15]

17. Устаљена судска пракса Врховног суда Југославије у смислу да је захтев за накнаду штете основан само ако је повређено субјективно право на издржавање, упућивала је ниже, па и републичке судове да мењају своја дотадашња становишта ако су била формулисана у

---

[13] Одлука Врховног суда Србије у Београду, Гж. 388/67, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Београд, бр. 12/1968, стр. 13, № 36.

[14] Одлука Врховног суда Србије, Одељење у Новом Саду, Гж. 910/1966, Гласник Адвокатске коморе Војводине 11/1966, стр. 28.

[15] Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, Гж 471/71, од 25. јануара 1972. године, Билтен Врховног суда Босне и Херцеговине, бр. 1972, Сарајево, октобар 1972, стр. 15.

супротном смеру, или да их учврсте у уверењу да је становиште највише инстанце једино исправно.

18. Становиште Врховног суда Југославије и врховних судова република било је изражено на аподиктичан начин. У образложењу се наводио поменути исказ о повреди субјективног права, који је сам за себе требало да буде доказ о исправности правног става. На месту на коме се могла очекивати подробнија аргументација, налазила се празнина. Али је зато доктрина била неумољива према супротним становиштима. Врховни суд Југославије је без много оклевања, укидао одлуке нижих судова уз опоре примедбе да су њихове одлуке погрешне.[16]

19. Изузетак у овом смислу представљала је пресуда, којом је и почела да се формира устаљена судска пракса. За разлику од других одлука виших судова у којима је без праве анализе разлога одсечно одбијан тужбени захтев, Врховни суд Србије изложио је зашто сматра да тужбени захтев није основан.

20. У случају о коме је сужено, починилац је скривљено проузроковао смрт једног младог човека, који је за живота помагао новчаним износима своме оцу. После синовљеве смрти, отац је поднео тужбу против починиоца убиства, наводећи да му је овај нанео штету, а њу је означио као "помоћ у издржавању". Према тужиочевом гледишту, износи које је раније добијао на име помоћи, сада, после смрти сина, даваоца, престали су да пристижу. Тај измакли приход представљао је губитак који је отац претрпео и за који је у својству тужиоца тражио накнаду штете. Ако, преминули син и није имао *stricto sensu* законску обавезу да издржава оца, он је своју моралну дужност према родитељу скрупулозно испуњавао у виду давања "помоћи у издржавању". Тужиочева теза је била да је изостанак новчаних износа, које је отац раније добијао на име помоћи, био стварни опипљиви губитак у очевој имовини. Ако није било законске обавезе издржавања, постојала је

[16] "Пресуда заснована на оваквим разлозима представља погрешну примену правила материјалног права". Решење Савезног врховног суда Рев. 3141/62, од 13. новембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 307; "Судови првог и другог степена су то питање, како у основи, тако и у погледу висине погрешно решили. Погрешно је становиште да се рента удови и детету погинулог има одмерити према фактичком стању, то јест према томе колико је погинули стварно доприносио и претпостављено могао доприносити за издржавање своје жене и детета...." Пресуда Савезног врховног суда Рев. 2611/62 од 28. децембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII.

"помоћ у издржавању", а и она је заслуживала правну заштиту у облику захтева за накнаду штете.

21. Врховни суд Србије, као уосталом и првостепени суд није прихватио тужиочеву тезу. Суд је пошао од општег појма и дефинисао је штету као повреду неког субјективног права. У том смислу, опште правило упућивало је Суд да о штети говори као повреди права на законско издржавање. Али у спору који је у овом случају вођен пред судовима, отац као тужилац није имао субјективно право, које би било повређено. Његов преминули син није имао законску обавезу издржавања, него је вођен осећањем моралне дужности давао додатна средства за живот.

22. Из образложења одлуке произилази (постаје видљиво) да се Суд није дао завести наоко привлачном идејом тужиоца да је "помоћ у издржавању" нека врста додатног издржавања. Упркос језичкој блискости двају израза, издржавање и помоћ у издржавању као правне категорије веома су удаљене једна од друге. Истина, обе имају исту садржину: давање, али су у свему другоме различите. Издржавање је по својој правној природи законска обавеза, "помоћ у издржавању" није. Наспрам обавезе издржавања стоји субјективно право као корелативни појам. Наспрам помоћи у издржавању као моралној дужности не стоји субјективно право помаганог лица. Обавеза издржавања означава давање под морањем, помоћ у издржавању је израз драге воље даваоца па није морање.

23. Кад се имају у виду суштинске разлике између обавезе издржавања и помоћи у издржавању, и кад се разгрне завеса њихове језичке блискости постаје разумљиво што је Суд одбио да их изједначи. Суд је наиме показао да израз "помоћ у издржавању" појмовно означава у изворном облику *contradictio in adiecto,* а да је његов истински и прави смисао: помоћ, а не издржавање. Стога је Суд, у околностима у којима је судио, с разлогом одбио да призна да помоћ у издржавању буде основ захтева за накнаду штете. Помоћ у издржавању по својој суштини није обавеза издржавања, него је помагање. Пошто није обавеза издржавања, није могла бити повређена. Као помагање јесте била повређена, али правни поредак у том времену није признавао помагање као легитимни основ за накнаду штете. За помагање као легитимни основ било је још рано.

24. Иако поражена у спору, теза о "помоћи у издржавању" носила је извесне вредности у себи. Наиме, тужилац је изостајање помоћи у издржавању коју му је до своје смрти давао син осећао као *стварни*

губитак. Синовљево давање није представљало обавезу, али је несумњиво било легитимно, у смислу што није било ни противзаконито ни неморално. Уз то, давања су била опипљиве вредности које су се сливале у имовину примаоца. Та вредност је у стварности представљала губитак, али је Суд није признао као штету. Идеја о "помоћи у издржавању" није успела да доведе до решења, али је поставила проблем. Суд проблем није решио нити је намеравао да га решава. Он га је једноставно заобишао. Али се питање није могло оставити без одговора и даља еволуција ће показати на путеве решавања.

II Одсек – Фактичко давање издржавања као основ за накнаду штете

25. Крајем шездесетих година дошло је до преокрета у устаљеној пракси Врховног суда Југославије.[17] Пре тога, у једном дужем раздобљу

[17] Упоредити: „Правно је правило да лице које проузрокује смрт другога дугује накнаду штете лицу које је убијени по закону био дужан да издржава. Висина накнаде се одређује према ономе што оштећена странка губи услед смрти убијенога. Колика је висина изгубљеног издржавања, то је фактичко питање о коме се суди према околностима сваког случаја. Једино чврсто правило јесте да накнада штете ове врсте не може бити већа од онога што би убијени, да је остао у животу, био дужан да даје за издржавање лица које поставља захтев." Решење Савезног врховног суда Рев 3141/62 од 13. новембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 307; слично: „Судови првог и другог степена су то питање, како у основи тако и у погледу висине, погрешно решили. Погрешно је становиште да се рента удови *и* детету погинулог има *одмерити* према фактичком стању, то јесте према томе колико је погинули стварно доприносио *и* претпостављено могао доприносити за издржавање своје жене и детета, неовисно дакле о издржавању какво је отац односно муж дужан својој деци односно жени давати у смислу прописа Основног закона о односима родитеља и деце односно Основног закона о браку. Претпоставка за опстојност једног таквог захтева (за накнаду штете због губитка издржавања М.О.) јесте с једне стране то да је постојала обавеза погинулог на издржавање, а с друге стране право других лица да то издржавање траже. Такве претпоставке (међусобних права и обавеза) морају бити или законски или уговорно статуирани. Само на том основу може одштетни захтев (рента) добити своју чврсту и реалну оправдану основу. Друкчији основ за доделу ренте - онај на коме стоје нижетепени судови - учинио би такав рентни захтев врло колебљивим и правно несигурним.", Пресуда Савезног врховног суда Рев 2611/62 од 28. децембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука број 308; Исто као у првом примеру: „Пресуде нижестепених судова засноване на оваквим разлозима представљају погрешну примену правила материјалног права. Правно је правило да лице које проузрокује смрт другога дугује накнаду штете лицу које је убијени по закону био дужан да издржава. Висина накнаде одређује се према ономе што оштећена странка

(почетком шездесетих година) и код наше највише судске инстанце преовлађивало је схватање о уској (строгој) примени правила предратног права. Према том тумачењу, оштећени примаоци могли су да захтевају износ на који су имали право на издржавање по закону, а не и вишак који би евентуално добијали изнад тога.

26. Сада је ситуација почела да се мењам иако се ништа није променило у правним прописима, али су нови погледи почели да продиру и да утичу на правну свест у појединим судовима и у правничкој јавности. Кад се догоди преокрет у судској пракси, судови ретко објашњавају мотиве који су их на то навели. Ми по правилу не знамо зашто је неки суд оно што је до јуче сматрао грешком (заблудом), данас сматра правдом и зашто оно што је до јуче сматрао исправним, данас сматра погрешним. Код сваке такве, дубоке промене остаје нам да нагађамо шта је условило да до ње дође.

27. Промену у правним схватањима можемо уочити у једној одлуци Врховног суда Југославије из 1968. године.[18] У њој Суд најављује своје ново гледање на питање накнаде штете због смрти даваоца издржавања. Стога његово образложење има обележје новог програма. Судска одлука ће садржати и нека необавезна објашњења, што пресуде иначе не садрже. Суд жели да јасно формулише своје ново становиште, којим мења своју досадашњу праксу, а истовремено жели и да утиче и на одлуке других судова наговештавајући којих ће се правила убудуће држати.

28. Највиша инстанца ће најпре без околишања изрежи да становиште другостепеног суда (о чијој пресуди се изјашњава) није правилно. Другостепени републички суд је сматрао да се штета састоји у оном износу које је давалац издржавања био дужан давати по закону, а не у ономе што је давалац фактички давао.[19]

губи услед смрти убијенога. Колика је висина изгубљеног издржавања то је фактичко питање, о коме се суди према околностима сваког случаја. Једино чврсто правило јесте да накнада штете ове врсте не може бити већа од онога што би убијени, да је остао у животу, био дужан да даје за издржавање лица које поставља захтев.", Решење Врховног суда Југославије Рев 2845 од 3. децембра 1963. године, Збирка судских одлука, књига VIII, свеска 3, одлука број 330.

[18] Пресуда Врховног суда Југославије Рев 57/68 од 16. априла 1968. године, Збирка судских одлука, књига XIII, свеска 2, одлука број 160.

[19] Упоредити: „Другостепени суд налази да се штета код губитка издржавања очитује у накнади оштећеном оног износа који би давалац издржавања њему био обавезан давати по закону, дакле не и онога што је давалац фактички давао. Ревизија побија то правно становиште и тврди да се штета очитује у ономе што је умрли стварно

29. Највиши суд помиње да ово спорно питање, у недостатку позитивних правних прописа, треба решити применом правних правила имовинског права у смислу члана 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (Службени лист ФНРЈ, број 86/46), а затим излаже своју нову доктрину следећим речима:

> „Према тим правним правилима, ако услед телесне повреде наступи смрт, онда се лицима, о чијем се издржавању убијени имао по закону старати, има накнадити оно што су тиме изгубили.
>
> Није дакле, накнада ограничена на износ који би умрли давалац издржавања имао давати по закону (мисли се на породично законодавство), већ је само у том смислу ограничен круг лица којима се то право по наведеном правном правилу признаје
>
> Иначе оштећени, то јест лице које је умрли био дужан издржавати на основу закона може од лица обавезног на накнаду штете (од штетника) тражити ренту у висини која у начелу одговара давањима која му је умрли стварно давао, *без обзира да ли то надилази износ који би оштећеном припао* по одговарајућим прописима породичног законодавства.“[20]

30. Као и у свим ранијим случајевима, предмет расправе је био шта значе и како треба тумачити речи аустријског Грађанског законика: „оно што су тиме изгубили“.[21] Раније су судови, па и сам Врховни суд Југославије сматрали да је износ на који је прималац *по закону* имао право, а сада према промењеном схватању, употребљене речи означавале су износ који је прималац у *стварности* добијао (подразумевајући да је то било више од законског права).

31. Следећи корак у новом смеру била је_одлука Врховног суда Војводине. Наравно, и војвођански суд је пошао од правних правила предратног права, које је тумачио на следећи начин:

давао оштећенима. Овај суд налази да правно становиште другостепеног суда није правилно." Пресуда Врховног суда Југославије Рев 57/68, Збирка судских одлука, књига XIII, свеска 2, одлука број 160, стр. 96.

[20] Пресуда Врховног суда Југославије Рев 57/68, стр. 96-97.

[21] Упоредити §1327 Аустријског грађанског законика: „… was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden.“

„Према тим правним правилима, ако услед телесне повреде наступи смрт, онда се лицима о чијем се издржавању убијени имао по закону старати има накнадити оно што су тиме стварно изгубили. Дакле, за процену постојања евентуалног губитка у издржавању није меродавна накнада коју би оштећено лице од покојника могло тражити по прописима породичног законодавства, већ оно што је *покојник оштећеном лицу за живота стварно давао, односно што би му давао* да није дошло до удеса и смрти, то јест од значаја је стварни губитак."[22]

Изражено схватање било је у потпуном складу са новом доктрином, те је Врховни суд Југославије потврдио је наведену одлуку и уместо својих разлога прихватио је образложење Врховног суда Војводине.[23]

32. У још једној одлуци Врховног суда Војводине може се запазити утицај нове доктрине Врховног суда Југославије.

„ а) Ако услед телесне повреде наступи смрт неког лица, онда лице које је погинули по закону био дужан издржавати, може тражити накнаду штете за изгубљено издржавање од одговорног лица, штетника у виду ренте у висини износа одговарајућег *стварним давањима погинулог издржаваоца, без обзира да ли то прелази износ који би оштећеном припадао* по одговарајућим прописима породичног законодавства.

При томе се имају узети у обзир само она давања која су имала трајан карактер и за која се у околностима конкретног случаја може основано претпоставити да би и убудуће била таквог карактера да није дошло до смрти издржаваоца.

б) Такво право на одштетну ренту изузетно припада и пунолетној сестри, мада се за обавезу издржавања између браће и сестара у смислу чл. 32. ст. 2. Основног закона о односима родитеља и деце тражи и посебан услов малолетност брата односно сестре, ако би се

[22] Пресуда Врховног суда Војводине Гж 1563/69 од 26. фебруара 1970. године, Збирка судских одлука, Књига XV, свеска 3, одлука 287.

[23] Видети: Пресуда Врховног суда Југославије Рев 615/70 од 15. Јула 1970. (којом је потврђена пресуда ВС Војводине Гж 1563/69), Књига XV, свеска 3, одлука 287.

> радило о фактичком издржавању трајног карактера сестре неспособне за привређивање и без средстава за живот, а под основаном претпоставком *да би давање таквог издржавања и у будуће имало трајан карактер.*[24]

33. Судије Врховног суда Војводине су се у овој одлуци ослониле на основ накнаде штете, који је у једној ранијој одлуци поставио тада највиши суд,[25] а затим су се и у погледу граница у домашају нових тумачења држале оквира који је поставио Врховни суд Југославије.

34. Помало занемарено питање чекало је одговор: да ли се допринос супруге у раду у домаћинству, може урачунати у губитак издржавања, у случају њене погибије? Нова доктрина Врховног суда дала је одговор и на ово питање у складу са општим приступом. Када му се пружила прилика да се о томе изјасни, Суд је, позивајући се на правна правила предратног права, у пресуди рекао следеће:

> „Према тим правилима, ако услед телесне повреде наступи смрт, она се лицима, о чијем се издржавању убијени имао по закону старати, има накнадити оно што су тиме изгубили.
>
> Није дакле, штета ограничена само на губитак издржавања, нити уопште, у начелу, има ту каквих ограничења у погледу лица која имају право на накнаду и то у том смислу да се право накнаде штете ограничава на круг лица која је умрли иначе по закону (породично законодавство) дужан издржавати (при чему се овде указује потребним да се оцени да ли је такво одређивање круга тих лица прихватљиво на наш правни поредак).
>
> Осим тога, већ по самом општем правном правилу о томе шта је то штета у правном смислу, нема никакве сумње да се издатак тужиоца Н. за чување деце мора сматрати штетом.
>
> Ако је, дакле, ситуација таква да тужилац Н. за живота пок. Ј. своје супруге. није морао чинити издатке за кућну помоћницу ради чувања малолетне деце за време док је био на послу, а губитком супруге тај издатак мора чинити, онда се управо ту ради о имовинској штети коју он трпи

[24] Одлука Врховног суда Војводине Гж 1313/71 од 8. јула 1972. године, Зборник судске праксе 7-8/1972, одлука број 753.

[25] Упоредити раније наведену пресуду Врховног суда Југославије Рев 57/68.

услед смрти блиског лица и која се, како је горе изложена. мора накнадити.

Међутим, при томе ће се морати оценити није ли накнадом коју деца добијају по основу социјалног осигурања (породична пензија) покривен и издатак за њихово чување).“[26]

III Одсек – Осврт на еволуцију појма накнаде штете због губитка издржавања

35. На основу прегледа судских одлука објављених у збиркама, може се стећи утисак о пређеном путу у еволуцији појма накнаде штете због губитка издржавања.

36. Судска пракса заснивала се на тумачењу правила из §1327 аустријског Грађанског законика. Како је одредба била нејасна као делфијско пророчанство, њено тумачење могло се са разлогом тумачити у два супротна смера. Наши судови су на тај начин и поступали.

37. Кад се посматра кретање судске праксе од завршетка Другог светског рада до доношења Закона о облигационим односима могу се уочити два раздобља. У првом је преовлађивало становиште да оштећени имају право да захтевају само износ законског издржавања, у другом су добили могућност да захтевају све што су у стварности добили (дакле и износе евентуалних драговољних давања поврх онога што су добијали на основу закона).

38. Решење које је преовладало, несумњиво је више у складу са начелом правичности и у томе се састоји позитиван резултат судске праксе.

39. Али до тог резултата се стигло после много ломова, наглих и неочекиваних преокрета у судској пракси највиших судова , великог губљења времена и нарушавања правне сигурности.

[26] Пресуда Врховног суда Југославије Рев 235/72 од 22. јануара 1973. године, Збирка судских одлука, Књига XVIII, свеска 2, одлука број 139.

II Одељак
Аустријско право

I Одсек - Прве расправе

1. Колебање у судској пракси између два могућа тумачења истог правила о накнади штете због убиства даваоца издржавања нису била особеност само нашег права. Она су била и остала су присутна и до наших времена у аустријском праву, у коме је правило и настало. У дугој историји његовог важења у земљи порекла, постало је јасно да због језичке вишезначности постоји неуклоњива логична противречност правила.

2. У првобитно тексту правило из § 1327 било је исказано на следећи начин.

> „Ако услед телесне повреде наступи смрт, онда се морају накнадити не само сви трошкови, већ и оно што су заостала жена и деца тиме изгубили.“

3. Под утицајем аустријског узора, слично правило био је предвиђено и у Српском Грађанском законику:

> „Ако би од такве ране и смрт следовала, па би сироте остале жена и деца, онда се особитна наплата чини и за то.“

4. Међу првим теоретичарима било је схватања по којима би текст закона требало шире тумачити. У том смислу је Јозеф Краинц (Josef Krainz)[27] предлагао да се правило примени тако да се прошири круг лица који имају право на накнаду штете и да се захтевом за накнаду штете обухвати све што је изгубљено.

5. У погледу обима Краинц је сматрао да захтев преживеле жене и деце за накнаду штете треба да обухвати све (alles) што им је измакло услед смрти повређеног.[28]

---

[27] Josef Krainz, System Des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Aus dessen Nachlass herausgegeben und redigiert von L. Pfaff, Dritte Auflage, besorgt ven Armin Ehrenyweig, Zweiter Band, Das Obligationon, Familien un Erbrecht, Manz'sche Verlags und Universitats Buchhandlaung, Wien, 1900, str. 34.

[28] Ibidem

6. Затим је аутор навео да је извесно (sicherlich) да захтев за накнаду штете треба признати не само поменутим лицима (удовици и деци), него и нарочито онима, који су услед смрти преминулог претрпели штету (Einbüsse) у оном што су до тада имали или што би им у будућности према редовном току ствари као вероватно очекиване приходе измакло.[29]

7. Није се дуго чекало да се појави другачије мишљење. У ауторитативном Штубенрауховом (Moriz von Stubenrauch)[30] коментару, писци су најпре навели да починилац треба да накнади све трошкове (укључујући и трошкове проузрокованог лечења и трошкове сахране). Али, рекли су да законом прописана накнада штете иде још даље. Наиме, као што се према § 1325 оштећеном накнађује измакла зарада, тако се и у случају смрти дугује накнада штете супрузи (по § 91) као и деци, и то и небрачној и деци према §§ 141 до 143, 166 и 183 која су према преминулом имала захтев за издржавање. Затим су нагласили да се према пракси Врховног суда растегљиво (екстензивно) тумачење одредаба § 1327 сматра недозвољеним (unzuläsig) и да стога само удовица (Witwe) и деца убијеног имају захтев за накнаду штете, а не и родитељи или трећа лица која је преминули потпомагао.

8. Наведеним лицима треба да се накнади оно што им је смрћу повређенога измакло (entgangen ist), као издржавање, које су они од њега тражили (изискивали).

9. Према једној од тих одлука коју су писци нарочито истицали, Врховни суд је нагласио да је законска одредба из § 1327, по којом преживела супруга и деца преминулог имају право да им се накнади оно што су тиме изгубили (што им је тиме измакло), изузетак од правила из § 1295 и по томе се мора уско тумачити и она се не може применити на друга лица, изузев преживеле супруге и деце. Они не могу макар и да су без средстава (за живот) као родитељи преминулог, пошто нису имали право на издржавање да захтевају накнаду штете, за оно што им је измакло услед смрти њиховог сина.[31]

10. У закључку, писци Коментара се осврћу на Крајнцово становиште и проглашавају да је оно у супротности са законом (entgegengesetzt).[32]

---

[29] Ibidem

[30] Moriz von Stubenrauch, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche herausgegeben von Max Schuster v. Bonnott und Karl Schreiber, Achte umgearbeitete Auflage, Zweiter Band, Wien 1903, Manz, str. 695.

[31] Ibidem

[32] Ibidem

II Одсек - Новела и после

11. После више од сто година аустријски законодавац је тзв. трећом Новелом из 1916. године изменио раније правило. Оно је сада било формулисано на следећи начин:

> § 1327. „Ако услед телесне повреде наступи смрт, онда се морају накнадити не само сви трошкови, него се и у животу заосталим особама, о чијем се издржавању убијени имао старати по закону, има накнадити оно, што су тиме изгубили.“

12. Новелом Законика круг лица која имају право на накнаду штете је проширен. Право на накнаду штете стекла су и друга преживела лица (auch den Hinterbliebenen), о чијем издржавању је преминули био дужан да се стара по закону, а не само жена и деца како је било у првобитном тексту Законика из 1811. године. На тај начин је уклоњена једна од значајних замерки упућиваних на рачун ранијег правила. Али, ако су правни писци били задовољни изменом којом је проширен круг лица која су добила право на накнаду штете, нека друга њихова очекивања нису била испуњена нарочито у погледу крутости правила задржаном и у новом тексту.

13. Али то ни издалека не значи да у правној теорији нису остале примедбе у односу на остала обележја измењеног правила. Поједини истакнути правници, на пример Еренцвајг (Ehrenzweig) изражавали су жаљење што је аустријски законодавац приликом новелирања текста пошао за ускогрудим правилом из немачког Грађанског законика (§844 ст. 2.) уместо да је следио знатно гипкији швајцарски узор (чл. 45 ст. 3.) швајцарског Законика о облигацијама. Уз то у тексту је била задржана амбивалентна формулација правила.

14. Наиме, и према новом тексту (можда још више него према старом) основ захтева за накнаду штете било је издржавање лица о којима је преминули имао старати по закону (…nach dem Gesetze zu sorgen hatte…), али је код обима било речено да накнада обухвата оно што су издржавани тиме изгубили (…“das was ihnen dadurch entgangen ist“). Као што се лако може уочити, текст је садржао једну језички двосмисленост: Да ли штета означава оно на шта издржавани има право по закону, или пак треба да обухвати све што је од преминулог даваоца издржавани добијао. Због тога се у аустријском праву, поготово у доктрини, стално била супротстављена два правна схватања. Према првом схватању

за питање накнаде штете од значаја је да ли је постојало право на издржавање (по закону), а према другом сасвим супротном схватању, важно је колико је издржавано лице фактички, дакле у стварности, добијало (разуме се у ситуацији кад је добијало више него што је био износ обавезе издржавања).

15. Према првом схватању које је заступао Еренцвајг преживела лица могу приликом истицања захтева за накнаду штете рачунати само на оне износе које су добијали као оброке законске обавезе издржавања. Они не могу захтевати да у рачун уђе и вишак који им је дужник обавезе издржавања додавао по својој драгој вољи. Еренцвајг је жалио што аустријски законодавац није трећом Новелом увео гипкија решења, али је тај изглед сматрао питањем правне политике. На терену права, како га је законодавац изложио у Новели, дакле de lege lata, Еренцвајг је сматрао да се захтев за накнаду штете мора задржати на износима добијеним на основу законске обавезе издржавања.

16. Насупрот Еренцвајговом гледишту, други истакнути аустријски правник, Карл Волф (Karl Wolff) сматрао је да захтев за накнаду штета треба да обухвати све што су издржавана лица изгубила. Према његовим речима:

> „Накнада штете, преживелима о чијем издржавању се убијени имао старати по закону, онога што су тиме изгубили, обухвата *све* (alles) што би добијали да је преминули и даље живео (наставио да живи), а што сада због тога што више није у животу, не добијају.“[33]

17. Настављајући анализу, Волф је разматрао шта обухвата оно што су издржавана лица изгубила („was ihnen dadurch entgangen ist“).

> „Изгубљено (Entgangen) је пак *све* (alles) оно што би преживели добијали, да преминули није био убијен, а не само издржавање (Unterhalt).“[34]

18. У ред тих других користи, Волф је уврстио све што би преживела лица добијала од преминулог изван (*außerhalb*) обавезе издржавања, на пример поклони, код којих је постојала обавеза поклонодавца, или је изостала потребна форма, мираз, девојачка спрема и по правилу давања

[33] Karl Wolff, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Band, Dreissigstes Hauptstück, Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung, Wien, Druck und Verlag der Österrechischen Straatsdruckerei, 1935., стр. 150.

[34] Ibidem

која је преминули пружао[35] као испуњење сукцесивних облигација поврх своје обавезе издржавања.[36]

19. Штавише, у оно што су преживела издржавана лица изгубила, (Entgangen) Волф је урачунавао и чинидбе (Leistungen) трећих , која су изостала, због тога што давалац издржавања није више био жив.[37] Преживела издржавана лица могла су да траже накнаду штете и за овакву врсту користи, без обзира што у односу на трећа лица нису имала никакав захтев (keinen Anspruch).[38]

20. У такву врсту чинидби улазили су позиви, које би сваке године добијали да проведу годишњи одмор на добру подређених лица убијеног оца, а који позиви су после смрти изостали.[39]

21. Треба напоменути да је овако широко постављен сноп додатних давања (поред издржавања у правом смислу) Волф ограничио применом општег правила (из §1293 АГЗ) о измаклом добитку. По том правилу се ова давања могу узети у обзир ако су за преживела лица представљала добитак који се основано могао очекивати по редовном току ствари.[40]

22. Волф је сматрао, и то је занимљиво, да лица према којима преминули није имао законску обавезу издржавања, али им је издржавање давао фактички (tatsächtlich), немају право да од починиоца по §1327 траже накнаду штете.[41] У таквом положају се налази мајка убијеног (изузев ако је по §154 имала такав захтев. („Али ако родитељи падну у оскудицу, деца су њихова обавезна да их пристојно издржавају.“ Овако је гласила друга реченица §154 у Волфово време), пунолетна ћерка која није имала право на законско издржавање, или дете способно за наслеђивање. Право на накнаду штете од починиоца, по његовом мишљењу, немају ни лица којима је преминули давао издржавање на основу правног посла (Rechtsgeschält), као ни лице коме је убијени према §1325 плаћао ренту на име измакле зараде (У овом последњем случају зато што то таква врста плаћања није издржавање.)[42]

---

[35] Ibidem

[36] Ibidem – фуснота 17 – на овом месту Волф напомиње да се његовом становишту супротставља Еренцвајг.

[37] Wolf, op.cit. стр. 151-152.

[38] Wolf, op.cit. стр. 152.

[39] Ibidem

[40] Ibidem

[41] Ibidem

[42] Ibidem

Колико је Волф био издашан према лицима која су имала право на законско издржавања, толико је био шкрт према онима који то право нису имали. Првима је признавао и оно што су добијали као фактичко давање, у једном случају чак и кад нису имали захтев (Anspruch) да давање трећих лица траже. Другима је одбијао легитимност захтева за накнаду штете, без обзира што су издржавање фактички добијали. Ако је разлог у првом случају (где је фактичко пружање издржавања био додатни елемент уз давања на основу законског издржавања) био што је и фактичко издржавање (уз оно што је добијено као законско издржавање) било окарактерисано као губитак, очекивали бисмо да се и у другом случају, измакло фактички добијано издржавање буде третирано на исти начин, дакле као губитак. Посебно је занимљиво, то што Волф није признавао легитимност оваквог захтева лицу које је издржавање добијало на основу уговора о издржавању са убијеним.

23. Остаје да је аустријска правна теорија остала везана словом §1327 Грађанског законика и појмом законског издржавања. И онај који је као Волф, највише размакао круте оквире Законика укључујући у појам штете и оно што су преживела лица добијала поврх законског издржавања, није као губитак признавао давања фактичког издржавања, кад се оно није могло ослонити на законско издржавање.

III Одељак
Даља еволуција

I Одсек – Чехословачко право

1. Да би се решио проблем било је потребно изаћи из оквира аустријског права, као из једне врсте зачараног круга. Противречност у Законику (садржана у правилу §1387), колебљива и нејасна решења у судској пракси и супротстављеност становишта у правној теорији, онемогућавала су да се угледа излаз. Потребно је било да се и проблем накнаде штете у случају смрти разматра на другачији начин и да се траже нови путеви за његово решење.

2. Један прагматичан приступ примењен је у чехословачком праву. После Првог светског рата и издвајања Чехословачке из Аустро-

Угарске, право у новој држави изабрало је другачији пут од аустријског. Док је у Аустрији правило из §1327 Законика било извор неразмрсивих спорова у теоријским расправама и исходиште нејасне и колебљиве судске праксе, у Чехословачкој су судови усвојили јединствен став и доследно га спроводили. Како у великом Кланговом коментару АГЗ-а сведочи Вајс (Weiss), у устаљеној пракси чехословачких судова, у случају насилне смрти даваоца издржавања, преживела издржавана лица имала су право (захтев) не само на накнаду износа који је погинули био дужан да им даје по закону, него и на износ који им је он у стварности пружао (по правилу то је био износ изнад законске обавезе издржавања).

3. То је, као што је напоменуто (речено), било једно практично решење. Уз то, приметно, сасвим је у складу са једним од два супротстављена тока мишљења у аустријској правној доктрини. Није без значаја напоменути да је и у оквирима аустријског права, један од најистакнутијих поборника ове струје мишљења, био управо угледни чешки правник Антоњин Ранда (Randa)[43].

4. Док су у Чехословачкој напори били усмерени на тражње излаза путем судске праксе, у Пољској су били знатно замашнији, јер су се догађали на законодавном плану. Разлика између два приступа била је очигледна, и кад је реч о ауторитету органа и у погледу значаја предузетих мера. Ако су у Чехословачкој скромне измене извели судови, у Пољској је то учинио Сејм (законодавни орган). Разлика у садржини нових решења била је сразмерна разлици ауторитета, који их је доносио. У Чехословачкој измене су биле скромне, готово стидљиве, што није чудно кад се има у виду да су их спроводили судови. У Пољској оне су задирале у основе правила, што не изненађује кад се узме у обзир да их је доносио орган са највишим законодавним ауторитетом - пољски Сејм (Скупштина).

[43] У време кад су се припремале измене и допуне (Новеле) аустријског Грађанског законика, Ранда је о овом питању писао на следећи начин: „Према нацрту Ревизије (од 1912. године) § 1327 требало би да гласи – „мора се и преживелима о чијем се издржавању преминули по закону бринуо, накнадити оно што им је због тога измакло.“ Оваква формулација предодређује тумачење (Mihurko, GZ 1911 N° 41) по коме би обим захтева у првопоменутом смислу био (унапред) ограничен, што никако не може бити правично. Требало је, дакле, реч фактички (tatsächlich) унети у текст.“ Anton Ritter von Randa, Die Schadenersatзpflicht nach österreichishen Rechte, dritte vermehrte Auflage, Wien 1913, стр. 218.

II Одсек – Пољско право

5. Нове идеје у систем правила о накнади штете услед губитка издржавања унесене су у пољски Законик о облигацијама из 1934. године. Да би се могао оценити њихов домашај, најбоље је приказати их у целини:

> Чл. 162 §1. У случају смрти жртве настале услед телесне повреде или нарушења здравља, онај који је обавезан на накнаду дужан је да надокнади трошкове лечења и сахране лицу које их је подмирило.
>
> § 2. Лица према којима је преминули имао законску обавезу издржавања и у којима је у стварности пружао издржавање, имају право да захтевају од одговорног лица на основу накнаде за измаклу добит да им плаћа ренту, која се израчунава према њиховим потребама, према приходима и вероватној дужини живота преминулог као и према вероватној дужини његове обавезе издржавања.
>
> § 3. Поред тога, родитељи, тазбина, пупиле (деца под старатељством) и остала блиска лица којима је преминули добровољно и редовно давао средства за живот (пружао издржавање), могу тражити да им се додели рента, ако их околности, а нарочито из поређења имовинског стања оштећених лица и имовинског стања одговорног лица, произилази да оваква накнада одговара захтевима правичности.

У Законику је најпре речено да је у случају смрти повређеног, до које је дошло услед телесне повреде, или оштећења здравља, починилац дужан да накнади трошкове лечења и трошкове сахране, То правило је општег карактера и било је прихваћено у аустријском Грађанском законику, као и у низу других закона.

6. Исто тако је општеприхваћено, између осталих и у аустријском праву, правило да лица према којима је преминули имао законску обавезу издржавања, имају право да од починиоца (одговорног лица) захтевају да им плаћа ренту, као накнаду штете за изгубљено издржавање. Та рента се израчунава према њиховим потребама, према приходима и вероватној дужини живота преминулог, као и према вероватној дужини његове обавезе издржавања.

7. Новина у односу на Аустријски грађански законик је правило у пољском Законику о облигацијама (чл. 162 ст. 3) према којем родитељи, сродници и друга блиска лица којима је пострадали редовно

и добровољно давао средства за живот, могу захтевати додељивање ренте, уколико према околностима, а нарочито ако би с обзиром на имовно стање оштећених и одговорног починиоца, оваква накнада била правична.

8. На тај начин је учињен први велики корак у еволуцији накнаде штете трећим лицима, Ако су у аустријском праву захтев за накнаду штете према починиоцу могла да поднесу само лица која су имала законско издржавање, према пољском Законику такву могућност су добила и лица, која су имала добровољно издржавање. Правило у Законику омогућавало је да се укину многе нелогичности (какве су постојале у аустријском праву) и да се у судској пракси доносе правичније одлуке.

9. Законско проглашавање могућности да се поднесе захтев за накнаду штете, која се састоји у губитку вредности добијених на основу добровољних давања, означило је велики корак на путу уклањања бескрајних расправа у правној теорији и колебања у судској пракси. Сада је законодавцу призната легитимност захтева за накнаду изгубљених вредности на основу добровољних давања, напоредо са право на накнаду вредности добијених на основу законског издржавања.

10. На овај начин су (две врсте) установе законског и добровољног (како се назива у пољском Законику) издржавача, приближене, али нису изједначене. Наиме, лица која имају законско право издржавања стичу у случају погибије даваоца *право* да захтевају накнаду штете од починиоца. Насупрот томе, лица која је давалац доборовољно издржавао, *могу тражити* да им се досуди накнада штете у виду ренте. Први имају субјективно право на накнаду штете, други легитимну могућност да им се додели право на ренту, узимајући у обзир све околности, а нарочито сразмеру имовног стања, јер је таква накнада штете у складу са правичношћу.

11. Правило пољског Законика о облигацијама, по коме блиска лица могу захтевати накнаду штете на основу добровољног издржавања која су добијала од погинулог, означава преокрет у дотадашњем начину правичног размишљања. Признавање легитимности добровољног издржавања представљало је важну етапу у еволуцији појма накнаде штете због изгубљеног издржавања. Као и у неким другим приликама, показало се да одважан мисаони продор и нови приступ омогућавају једноставно уклањање наоко нерешивих проблема. У томе је вредност решења у пољском Законику о облигацијама.

12. Али, пољски законодаваавац заслужан за отварање нових путева у садржинском погледу застао је пред питањем назива. Наиме, у Законику се употребљавају изрази законско издржавање за износе која су лица добијала на име облигације издржавања и добровољно издржавање за вредности (износе) која су блиска лица добијала као драговољно давање од погинулог. Суштински, веома различите, терминолошки се ове две установе изједначавају. Тако се замагљује чињеница да присуствујемо рађању нове правне појаве.

13. По називу блиски, законско и добровољно издржавање су миљама далеко једно од другог. У правном смислу, може се говорити само о законском издржавању, које настаје из облигације издржавања. Добровољно издржавање је contradictio in adiecto. Издржавање не може бити добровољно. Стога, ако је нешто добровољно давано или дато, то није добровољно издржавање, јер то једноставно не може бити. Једноставно, реч је о добровољном давању, а не о добровољном издржавању. У томе је смисао нове правне појаве, а којим именом ћемо је назвати то је питање правне терминологије. У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, по угледу на Скицу, употребљен је израз „помагање“.

IV Одељак

Завршни чин еволуције

I Одсек - Захтев поверилаца преминулог лица против починиоца

1. У случају телесне повреде или оштећења здравља, настаје према општим правилима облигациони однос између починиоца у улози дужника и повређеног као повериоца. Починилац, као штетник дужан је да накнади штету у виду трошкова лечења и других потребних трошкова у вези са лечењем, као и зараду изгубљену због неспособности за рад. Починилац дугује накнаду штете повређеном и та облигација настаје као и у другим случајевима проузроковања штете између њега и повређеног, дакле inter partes. За треће лица, овај однос је res inter alios acta. Трећи се у овом случају могу појавити у својству (пуномоћника) законских заступника, или евентуално наследника, ако повређени умре.

2. Трећа лица се, ипак могу појавити у спору против починиоца убиства и по свом сопственом праву. То ће се десити кад је погинули био њихов дужник, а они његови повериоци. У том случају починилац је проузроковао штету у два правца: непосредно према повређеном и његовим наследницима и посредно (рикошетом) према трећима који су повериоци преминулог.

Проузроковање смрти лица које је било дужник у облигацији, починилац је посредним путем повредио право потраживања његових (дужникових) поверилаца.

3. Али, захтев за накнаду штете против починиоца убиства не припада свим могућим повериоцима погинулог дужника. Преминули је могао дуговати многима: могао је купити аутомобил на кредит па га није отплатио у целости; узети новац на зајам па дуговати известан износ; бити послодавац, па остати дужан радницима, а што је још горе радници због његове смрти могу остати без запослења и сл.

Нико од њих се не може обратити починиоцу убиства и захтевати накнаду претрпљене штете. Сви они су упућени да се у складу са општим правилима, појаве у наследном поступку и тако затраже намирење својих потраживања.

4. Из мноштва поверилаца која ја преминуло лице као дужник могао имати, правни поредак издваја примаоца издржавања и помагања и додељује му привилегован положај у односу на све остале. Ова погодност се признаје зато што је издржавање, посматрано са тачке повериоца, субјективно право које се заснива на потреби. Свака друштвена заједница је заинтересована да сви њени чланови могу да живе од свога рада. Лицима која нису у стању да својим радом стичу средства за живот, зато што нису способна за рад и немају уопште или немају давана средства за живот, у правном поретку се установљава законска облигација издржавања. Потребита лица постају повериоци права на издржавање, које треба да им обезбеде блиска лица као дужници из те облигације (брачни друг или ванбрачни партнер, родитељи у односу на децу, деца у односу на родитеље, браћа и сестре, сродници по усвојењу и тазбини). На тај начин се у друштвеној заједници омогућава подмиривање (задовољавање) егзистенцијалних потреба лица неспособних за привређивање. Из истог разлога, у случају погибије даваоца издржавања, као дужника, законодавац признаје повлашћени положај примаоцима издржавања, тиме што им додељује право да захтевају накнаду штете од починиоца убиства, да не би дошло до прекида у задовољавању потреба.

5. Повлашћени положај у односу на остале повериоце, признаје се у Преднацрту (као што је то било и у Скици, а затим и у Закону о облигационим односима) лицима која је преминули помагао. Шта је довело до тога да се две по називу потпуно различите установе изједначе у погледу основа за накнаду штете? Помагање је добровољно давање средстава за живот потребитом лицу. По том елементу оно има сличности са издржавањем. Обе врсте означавају давање средстава за живот неком лицу, без накнаде, ради задовољавања његових потреба. У случају убиства даваоца помагања, као и издржаваоца, законодавац настоји да не дође до прекида у задовољавању потреба издржаваних али и помаганих лица. Стога, помагање као и издржавање представља основ захтева за накнаду штете.

6. Поред наведене сличности у битном обележју, између двеју наведених установа постоје значајне разлике. Овде ће тачке разграничења бити само наведене, док ће у даљем тексту бити подробније разматране. Разликовање двеју врста састоји се у основи у следећем:

а) Издржавање је правна обавеза; помагање је добровољно давање

б) Издржавање настаје на основу закона; помагање настаје једностраном изјавом воље,

в) Издржавање обезбеђује подмиривање основних егзистенцијалних потреба; помагање омогућава задовољавање потреба на вишем нивоу

г) Издржавање је субјективно право примаоца; помагање није субјективно право.

7. Кад се имају у виду разлике између издржавања и помагања, али и њихова сличност у погледу битног елемента, задовољавања основних (код издржавања) или виших потреба код помагања, онда се могу лакше разумети правила о накнади штете због проузроковања смрти даваоца.

8. Та правила изложена су у Преднацрту на следећи начин:

„1. Лица које је погинули издржавао или помагао, као и она која су по закону имала право захтевати издржавање од погинулог, имају право на накнаду штете коју трпе губитком издржавања или помагања.

2. Ова штета накнађује се плаћањем новчане ренте, чији се износ одмерава с обзиром на све околности случаја, а који не може бити већи од онога што би оштећени добијали од погинулог да је остао у животу.

3. Суд одређује време за које ће одговорно лице плаћати

ренту, али оно не може бити дуже од времена за које би погинули вероватно живео да није било насилне смрти.“

Наведене одредбе су од речи од речи предузете из Скице, због унутрашње вредности правила. Идеје Михаила Константиновића садржане у овим одредбама, а нарочито стварање појма помагања (уместо раније прихваћене категорије „добровољног издржавања“) представљале су нови значајан корак у еволуцији накнаде штете због губитка издржавања (или помагања).

II Одсек – Права лица која је погинули издржавао или помагао

а) Лица које је погинули издржавао

10. Ово је основно правило и њиме се уређује најважнији и најчешћи случај. Право да захтевају накнаду штете од починиоца убиства имају најпре лица која је погинули издржавао. Између тих лица као прималаца издржавања и преминулог постојала је облигација издржавања, а он ју је као дужник уредно испуњавао. У овом случају присутна су оба елемента: прималац је добијао издржавање, дакле оно је било остваривано као чињеница, а уз то је као поверилац у облигацији имао субјективно право на издржавање.

11. Лице које је лишило живота даваоца издржавања, пореметило је тај однос јер су преживели повериоци изгубили издржавање као имовинску вредност (подразумевајући уз њу и субјективно право као вредност). Штета се у овом примеру састоји у губитку издржавања (прецизније у губљењу сукцесивних оброка издржавања), које је раније пристизало, а сад, после (убиства) смрти даваоца издржавања је изостало. Стога накнада, коју оштећена лица као повериоци имају право да захтевају од починиоца, треба да попуни празнину насталу услед погибије даваоца издржавања.

б) Право лица која су имала право на издржавање

12. У другом случају право на накнаду штете (због убиства даваоца) имају лица, која су по закону имала право захтевати издржавање

од преминулог даваоца. Ако је прво правило јасно и једноставно, ово друго представља праву енигму. Чини се као да је мисао недоречена или да је реченица недовршена. Њен природан наставак гласио би по прилици овако, иако га нису остваривала.

13. Отуда, да би се идеја о другој врсти лица, као поверилаца у овом случају, могла разумети у потпуности, потребно је да се изрази целовито. Дакле, право на накнаду штете због насилне смрти дужника из облигације издржавања имају и лица, која су по закону, истина, имала субјективно право на издржавање, иако га у стварности нису добијала.

14. Према једном мишљењу, правила се разликују по томе што се у првом примеру говори о издржавању као о фактичком стању, а у другом као о праву. Чини се да је разграничење наведено суптилније: прва категорија лица имала је право на издржавање и издржавање у стварности, а друга, само чисто право без стварног вршења. Ако се наведене две категорије ставе једна поред друге, разумно је претпоставити да право на издржавање постоји и у првом случају. Оно није поменуто, јер би оптерећивало текст, а професор Константиновић је водио рачуна о стилу и избегавао натрпавање сувишних речи. Томе треба додати, да би помињање права и код прве категорије умањивало ефекат помало необичног правила да голо субјективно право (без имовинске садржине) може да буде основ за накнаду штете. Једноставно речено, у овом другом случају, преминули није испуњавао своју обавезу, а лица, која су по закону имала право на издржавање, нису захтевала испуњавање обавезе. Тако се дошло до ситуације да нека лица могу имати субјективно право на издржавање, али без издржавања као материјалне чињенице.

15. Кад се уочи разлика између двеју поменутих ситуација и утврди да обе категорије лица имају право на накнаду штете, поставља се питање у чему се састоји штета у првом, а у чему у другом случају? Кад је реч о лицима која су добијала издржавање у стварности, одговор је јасан и једноставан: штету означава губитак издржавања у вредности коју су добијали до смрти преминулог. Износи које су раније добијали, а сад су због погибије даваоца пресахнули, означавају празнину (а присетимо се да је штета заправо празнина) коју накнада треба да попуни.

16. За разлику од првог примера, лица која су имала законско право на издржавање, не могу истицати да су изгубила издржавање, кад га у стварности нису примала. У првом случају, штету означава губитак издржавања, у другом губитак права на издржавање. Прва категорија лица, претрпела је штету у облику имовинске вредности, друга у облику

(субјективног) права као правне вредности. Субјективно право, које је лице имало да захтева издржавање, не престаје невршењем. Ако лице, као поверилац права на издржавање није захтевао испуњење обавезе од преминулог у једном одређеном раздобљу то не значи да не може да га захтева у било ком тренутку. Уосталом, поверилац се не може одрећи права на издржавање, а његово пропуштање да захтева испуњење обавезе од дужника, не значи престанак права.

17. Према правилима предложеним у Преднацрту (као уосталом и у Скици, из које заправо и потичу), повреда субјективног права на издржавање, сама по себи означава штету особене врсте. Када повреди права прети губитак материјалне садржине, као што је случај са првом категоријом лица (код које је и повређено право и изгубљено издржавање) имовински изглед штете потискује у други план и затамњује повреду права.

в) Право лица које је погинули помагао

18. Трећа категорија лица, која имају право на накнаду штете од починиоца су лица која је погинули помагао. Ако је у првом случају реч била о изгубљеном издржавању које су оштећена лица у животу остваривала, а у другом о повређеном субјективном праву на издржавање којим се поверилац није користио у пракси, у овом трећем случају, нема говора о издржавању ни стварном издржавању ни о праву на издржавање, него је реч о правној појави сасвим друге врсте. Основ захтева за накнаду штете од починиоца је помагање, које је погинули пружао помаганим лицима.

19. Ако већ друга категорија лица, која имају само голо субјективно право, може да зачуди, још више изненађује трећа категорија, јер ова лица нити су добијала издржавање нити имају уопште, било какво, субјективно право. Њих је преминули помагао за време живота, и ту врсту давања ова лица истичу као легитиман захтев да им починилац убиства накнади.

20. Појам помагања је неуобичајен и у правној теорији у смислу како је одређен у почетку у Скици и потом у Закону о облигационим односима. У Преднацрту је после темељитог проучавања предложен и за будуће право. Редактори текста сматрају да ова новина, а реч је о истинској новини, представља завршни чин у еволуцији идеје о правима трећих лица на накнаду штете.

21. Наиме, основ њиховог захтева за накнаду штете је помагање. У том погледу између издржавања и помагања постаје извесна сличност. Обе врсте означавају имовинска давања, која су ова лица као корисници добијали од преминулог. Али, помагање није издржавање. Далеко од тога! Издржавати неко лице, правно, као обавеза, значи задовољавати његове основне потребе (становање, одевање, обућа, развој, школовање, више образовање, здравствена нега и сл.) у границама сопствених (својих) могућности. Помагати, насупрот томе, значи повремено нешто драговољно давати, као додатак издржавању или одвојено од њега, колико прилике дозвољавају у складу са слободним нахођењем (помагаоца) даваоца. Као што се може уочити, посматране појаве, иако изражавају бригу давалаца о корисницима изражену кроз пружање имовинске потпоре, и то им је заједничко, у многим важним обележјима битно се разликују.

Закључак

22. Издржавање је правна обавеза, помагање је добровољно давање. Облигација издржавања ствара право потраживања за примаоца издржавања, као повериоца у облигацији, а обавезу за даваоца као дужника. Правни однос између наведених лица одређен је на једној страни потребама повериоца, а на другој имовинским могућностима дужника.

23. Она има велики друштвени значај и због тога има изузетно место и улогу у правном систему. Без такве правне установе, немоћна лица пала би на терет друштвене заједнице и њених институција (азили за болесне и немоћне људе, прихватилишта и сиротишта) са мањим изгледима за вођење достојанственог живота, а у крајњем случају препуштене злој (худој) судбини.

24. Помагање има знатно мањи значај од обавезе издржавања посматрано са друштвеног становишта. Његова улога огледа се у давању додатних средстава, којим се могу допунити износи добијени на име издржавања (ради задовољавања основних потреба на вишем нивоу или ради задовољења неких виших потреба – културних, спортских, уметничких). Та средства могу давати дужници обавезе издржавања, кад им то прилике дозволе и кад усхтедну да уз оно што морају да дају додају и износе које не морају, али хоће да дају. Ваља напоменути да

даваоци помагања (помагаоци) могу бити не само дужници обавезе издржавања него и трећа лица (на пример: богати ујак у Сједињеним Америчким Државама хоће и помаже нећака тако што му плаћа трошкове студирања на неком од престижних америчких универзитета). Стога, у случају убиства оца и ујака, починилац ће бити дужан да накнади штету преживелом лицу због губитка издржавања од преминулога оца и због губитка помагања од погинулог ујака.

25. Насупрот томе, помагање није правна обавеза. Помагалац је слободан да одређена имовинска средства да примаоцу или да их не да. Приликом доношења одлуке он се може руководити разлозима (митовима) доброчинства и просуђивањем целисходности. Али, управо ови елементи унутрашњег карактера, показују да никакве спољне правне обавезе нема. Ако се ишта у вези са правом може поменути, то су моралне или друштвене дужности. Али се и њихов утицај може реализовати смо кроз унутрашњу сферу помагаоца, који може и не мора бити осетљив на ту врсту разлога.

Иначе у аустријском и нашем праву, како у судској пракси тако и у правној теорији овај изглед помагања (као добровољног давања) био је замагљен терминолошким лутањима. За добровољна давања, одвојено или још чешће уз издржавање, коришћени су изрази помоћ у издржавању, фактичко или добровољно издржавање.

26. Обавеза издржавања омогућава задовољавање основних потреба лица, која немају средства за живот и нису способна за рад. У томе је разлог друштвене рационалности облигације издржавања. Без такве правне институције, немоћни људи пали би на терет друштвене заједнице са много слабијим изгледима за вођење достојанственог живота.

27. Издржавање као облигација има обележја одређености по којима се издваја из реда свих осталих врста. Право повериоца одређено је његовим потребама на једној страни и могућностима дужника на другој страни. Отуда ће потребе повериоца бити задовољавање могућности дужника, а не у оном обиму које би оне изискивале. Облигација издржавања је установљена у облику једне гипке равнотеже између потреба и могућности, при чему поверилац има право на мању од две вредности (а то је по правилу могућност дужника).

28. Помагање није уопште облигација, и помагалац нема никакву обавезу. То је однос који настаје на основу једностране изјаве воље даваоца помагања. Али, како је у природи једнострана изјава, да како је дата, тако може бити повучена (па и опозвана), помагање се остварује

испуњењем изјаве даваоца. Па и тада још није реч о помагању, него о једнократној помоћи или о дару. Помагање, као што облик речи указује, претпоставља трајно или учестало давање, у сваком случају у више наврата, а не у једном. О питању да ли постоји помагање, и колико појединачних давања је потребно, да се о њему може говорити, одлучиће суд на основу свих околности.

29. Издржавање представља субјективно право лица које је поверилац у облигацији. Проузроковањем смрти (погинулог као) дужника (у облигацији издржавања), починилац је повредио једно субјективно право и тако причинио штету. Штета се кад је реч о издржавању може састојати или у губитку издржавања као имовинске вредности, или у губитку права на издржавање као правне вредности, при чему се субјективно право не помиње али се његово постојање претпоставља.

30. Помагање није субјективно право, и по томе његов губитак не представља штету због повреде субјективног права. Али, то не значи да нема никакве штете. Када прималац добровољног давања изгуби помагање, због тога што је починилац проузроковао смрт помагаоца (даваоца помагања) он је претрпео штету. Ту врсту штете прималац помагања осећа као стварни губитак. Кад је реч о чињеничном стању нема никакве сумње о његовом постојању. Једино питање је како правно објаснити у чему се састоји штета, кад губитак помагања није повреда субјективног права. У нашој правној теорији је губитак помагања дефинисан као повреда легитимног правног интереса, а у Скици је предвиђен као врста штете (чл. 124).

Литература

– Обрен Станковић, Накнада штете у облику ренте, “Службени лист”, Београд, 1975.
– Пресуда Врховног суда Народне Републике Србије, Гж 2609/56, од 8. јануара 1957. године, Збирка судских одлука, књига II, свеска 1, одлука бр. 52.
– Др Никола Микуландура и Душан М. Анђелковић, Збирка одлука Врховних судова донетих у кривичном и грађанском поступку 1953-1955, Београд 1957, стр. 237-238, одлука бр. 238.
– Решење Врховног суда Хрватске, Гж. 998/68, од 24. маја 1968, Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у грађанским предметима у години 1967. и 1968, Загреб, 15 просинца, 1968, стр. 15, № 63.

– Одлука Врховног суда Хрватске, Гж 3115/69, од 15. јула 1970. године, Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у години 1970, стр. 9, № 46.
– Одлука Врховног суда Хрватске, Гж 820/71, од 5. априла 1971, Преглед судске праксе у години 1972, Прилог "Наше законитости", 1/1972, Загреб, 1972, стр. 15-16, № 59.
– Одлука Врховног суда Србије у Београду, Гж. 388/67, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Београд, бр. 12/1968, стр. 13, № 36.
– Одлука Врховног суда Србије, Одељење у Новом Саду, Гж. 910/1966, Гласник Адвокатске коморе Војводине 11/1966,
– Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, Гж 471/71, од 25. јануара 1972. године, Билтен Врховног суда Босне и Херцеговине, бр. 1972, Сарајево, октобар 1972,
– Решење Савезног врховног суда Рев. 3141/62, од 13. новембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 307;
– Пресуда Савезног врховног суда Рев. 2611/62 од 28. децембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII.
– Решење Савезног врховног суда Рев 3141/62 од 13. новембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука бр. 307;
– Пресуда Савезног врховног суда Рев 2611/62 од 28. децембра 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска 3, одлука број 308;
– Решење Врховног суда Југославије Рев 2845 од 3. децембра 1963. године, Збирка судских одлука, књига VIII, свеска 3, одлука број 330.
– Пресуда Врховног суда Југославије Рев 57/68 од 16. априла 1968. године, Збирка судских одлука, књига XIII, свеска 2, одлука број 160.
– Пресуда Врховног суда Југославије Рев 57/68, Збирка судских одлука, књига XIII, свеска 2, одлука број 160,
– Пресуда Врховног суда Југославије Рев 57/68,
– Пресуда Врховног суда Војводине Гж 1563/69 од 26. фебруара 1970. године, Збирка судских одлука, Књига XV, свеска 3, одлука 287.
– Пресуда Врховног суда Југославије Рев 615/70 од 15. Јула 1970. (којом је потврђена пресуда ВС Војводине Гж 1563/69), Књига XV, свеска 3, одлука 287.
– Одлука Врховног суда Војводине Гж 1313/71 од 8. јула 1972. године, Зборник судске праксе 7-8/1972, одлука број 753.
– Пресуда Врховног суда Југославије Рев 235/72 од 22. јануара 1973. године, Збирка судских одлука, Књига XVIII, свеска 2, одлука број 139.

– Josef Krainz, System Des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Aus dessen Nachlass herausgegeben und redigiert von L. Pfaff, Dritte Auflage, besorgt ven Armin Ehrenyweig, Zweiter Band, Das Obligationon, Familien un Erbrecht, Manz'sche Verlags und Universitats Buchhandlaung, Wien, 1900.
– Moriz von Stubenrauch, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche herausgegeben von Max Schuster v. Bonnott und Karl Schreiber, Achte umgearbeitete Auflage, Zweiter Band, Wien 1903, Manz.
– Karl Wolff, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Band, Dreissigstes Hauptstück, Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung, Wien, Druck und Verlag der Österrechischen Straatsdruckerei, 1935.
– Anton Ritter von Randa, Die Schadenersatзpflicht nach österreichishen Rechte, dritte vermehrte Auflage, Wien 1913.

Academician prof. Miodrag V. Orlić, Ph.D.

EVOLUTION OF THE RIGHT TO COMPENSATION OF DAMAGE DUE TO LOSS OF SUSTAINABILITY

Summary: *According to the §1327 Austrian Civil Code: Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetz zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden.*

(Article 1327. If death occurs from bodily harm, all expenses connected therewith must be satisfied and in addition there must be paid any amounts lost to any survivors for whose maintenance the deceased had to provide by order of the Law. Translated in English by Paul L. Baeck, for Parker School of Foreign and Comparative Law, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, New York, 1972).

The person who committed homicide has to reimburse the costs of maintenance for the survivors whom the deceased was obliged to provide.

The problem has been, ever since (from III Novella in 1916) how to interpret the wording „was ihnen dadurch entgangen ist" in connection with „... Unterhalt der Getötete nach dem Gesetye zu sorgen hatte."?

(The problem, by the way, could not appear clearly in the English version).

Is it the sum paid for a legal obligation only (gesetzliche Unterhaltsverpflichtung) or the whole amount, including willingly provided money (freiwillige Unterhalt)?

The legal theory in Austria has been divided on this issue, ever since. (Krainz v. Stubenrauch's Commentar; Wolff v. Ehrenzweig, and more recently: Koziol & Gschnitzer v. Velser, Zöchling-Jud).

In order to overcome this debate, the efforts have been made to try to find a solution, outside Austria.

The first result was achieved in the Polish Code of Obligations (1934) recognizing willingly paid maintenance art. 162 §3 (alongside the legal, mandatory one, art. 162 §2). The second, and final step was made in the

famous Draft (Skica) by Professor Konstantinović in 1969 in Serbian Law, introducing the new concept of willing support (pomaganje - instead of willingly paid maintenance, being a contradictio in adiecto).

Key words: *Obligation of maintenance; Austrian Law § 1327; Polish Code of obligations, art 162; Draft (Skica) by Professor Konstantinović; Concept of supporting.*

UDK 656.61:347.218.2(497.5)
doi 10.7251/PR6924305B
Originalni naučni članak

POMORSKO DOBRO REPUBLIKE HRVATSKE (POJAM, SADRŽAJ I STATUS)

Dr. sc. Dragan Bolanča[1]

Apstrakt: *Novi hrvatski Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama stupio je na snagu dana 23. srpnja (jula) 2023. godine. U ovom radu autor detaljno opisuje neke osnovne značajke novog zakonskog akta, a to su pojam pomorskog dobra, sadržaj (sastavnice) pomorskog dobra, te pravni status pomorskog dobra kao stvari.*

Ključne riječi: *Republika Hrvatska, pomorsko dobro*

1. UVOD

Materija pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj regulirana je ***Zakonom o pomorskom dobru i morskim lukama*** (dalje - ZPDML),[2] a njime se uređuju pojam i pravni status pomorskog dobra, zaštita pomorskog dobra, određivanje njegovih granica, evidencija i upis pomorskog dobra u katastru i zemljišnoj knjizi, imovinskopravna pitanja, upravljanje, upotreba pomorskog dobra, kon-

---

[1] Redoviti profesor u trajnom zvanju, Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu (Hrvatska)

[2] Vidi "Narodne novine", br. 83/23. ZPDML je stupio na snagu 29. srpnja 2023. god. kada je prestao važiti istoimeni *Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama* iz 2003. god. ("Narodne novine", br. 158/03., 100/04., 141/06., 38/09., 123/11., 56/16. i 98/19, dalje ZPDML '03.) - pobliže o derogiranom 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.

cesije za gospodarsko korištenje pomorskog dobra, morske plaže, sidrišta i privezišta, pojam i razvrstaj morskih luka, lučko područje, lučke djelatnosti, luke otvorene za javni promet i osnivanje lučkih uprava, luke posebne namjene te nadzor nad provedbom ZPDML-a (čl. 1., st. 1.). Cilj je ZPDML-a uspostavljanje integralnog, kvalitetnog i transparentnog sustava zaštite, upravljanja i korištenja pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj (čl. 1., st. 2.).

2. POJAM POMORSKOG DOBRA

U postupku objašnjavanja pojma pomorskog dobra, valja krenuti od odgovarajućih ustavnih odredaba, koje razlikuju dvije kategorije dobara s posebnim pravnim uređenjem. Naime, URH u odredbama čl. 52., st. 1. određuje da su "*more, morska obala i otoci*, *vode*, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva" proglašeni za **dobra od interesa za Republiku Hrvatsku**. To je prva kategorija dobara kojima je neposredno ustavnom odredbom dan status dobara od interesa za Republiku Hrvatsku. Osim toga, ustavna norma omogućuje da se zakonom proglasi da su takva dobra i stvari koje su "*zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobito kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja"*. Navedene dobra i stvari spadaju u drugu kategoriju, jer im URH omogućava da im se zakonom dade status dobara od interesa za Republiku Hrvatsku, pa da dobiju njezinu osobitu zaštitu.

Bilo da su takvima proglašena neposredno na temelju URH, bilo da je to urađeno zakonom na temelju ustavnog ovlaštenja, ta se dobra stavljaju pod poseban pravni režim, kroz koji će se ostvarivati njihova osobita zaštita. Naime, "zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu iskorištavati i upotrebljavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici, te naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti" (čl. 52., st. 2.). To znači da se za pojedine vrste stvari koje su proglašene dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku zakonom određuju posebna pravila iskorištavanja i uporabe tih stvari, čime se uspostavlja posebno pravno uređenje tih stvari.[3]

[3] Vidi **Nikola Gavella**: „Pravni režim nekretnina i njegova usklađenost s ustavnim poretkom i zahtjevima tržišnog gospodarstva", *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse - Godišnjak 5*, Zagreb, 1998., str. 54., **Nikola Gavella - Tatjana Josipović - Igor Gliha - Vlado Belaj - Zlatan Stipković**: *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 53. - 59., **Nikola Gavella**: „Građansko pravo i posebna pravna uređenja za određene vrste dobara", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5-6, 2012., str. 1445. - 1490., **Nikola Gavella**:

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (dalje - ZVDSP)[4] uklanja ustavnu pravnu prazninu[5] u definiranju dobara od interesa za Republiku Hrvatsku, pa propisuje da u dobra od interesa za Republiku Hrvatsku spadaju opća dobra i javna dobra. **Opća dobra** (*res communes omnium*) su stvari koje po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih, kao što su atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i *moru te morska obala* (čl. 3., st. 2.). Stvari koje su po namjeni vrlo slične općim dobrima, ali za razliku od njih mogu biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava jesu javna dobra (čl. 4., st. 1.). **Javna dobra u općoj uporabi** (*res publicae in publico usu*) su stvari namijenjene uporabi svih (npr. ceste, parkovi, mostovi i sl.), dok su **javna dobra u javnoj uporabi** stvari koje neposredno služe izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova (npr. zgrade, vozila, oružje i sl.).[6]

Prema odredbama ZPDML-a pomorsko dobro je ***opće dobro od interesa*** za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu, a upotrebljava se i koristi pod uvjetima i na način propisan ZPDLM-om (čl. 4., st.1.). Pomorsko dobro je u upotrebi svih i svatko ima pravo, pod jednakim uvjetima, služiti se pomorskim dobrom u skladu s njegovim osobinama, prirodi i namjeni, osim kad je ZPDLM-om drukčije propisano (čl. 4., st. 5.).

„Pogled unatrag na uspostavu novog stvarnopravnog uređenja u hrvatskom pravnom poretku - namjere i postignuća, uspjesi i neuspjesi", Zbornik radova "Dvadeset godina hrvatskoga stvarnopravnog uređenja", Zagreb, 2018., str. 30. – 33.

[4] Vidi "Narodne novine RH", br. 91/96., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 143/12., 152/14., 81/15. - pročišćeni tekst, 94/17.)

[5] Zanimljivo je da Degan smatra da je čl. 52. Ustava RH tekst kojem se ne zna prava svrha (vidi **Vladimir Đuro Degan**: *Pravna narav pomorskog dobra*, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 171, 2017., str. 11.).

[6] Vidi **Martin Vedriš - Petar Klarić**: *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1998., str. 239. - 240., **Damir Aviani**: „Privatno korištenje dobara od javnog interesa u Republici Hrvatskoj: domet i ograničenja", Zbornik radova *Pravo i vrednovanje javnih dobara*, Split, 2008., str. 213. - 240., **Desanka Sarvan - Mladen Žuvela**: „Nekretnine u vlasništvu pravnih osoba javnog prava", Zbornik radova "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse - *Godišnjak 17*, Zagreb, 2010., str. 25. - 32., **Robert Peček**: „Prestanak statusa javnog dobra", *Informator*, Zagreb, br. 4805, 2000, str. 19; **Božidar Jelčić**: *Javno dobro*, "Rječnik javnih financija i financijskog prava", Zagreb, 1981, str. 84. - 85., **Nikola Gavella - Tatjana Josipović - Igor Gliha - Vlado Belaj - Zlatan Stipković**: *Stvarno pravo*, svezak prvi, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 140. - 142. **Nikola Gavella**: „Građansko pravo i posebna pravna uređenja za određene vrste dobara", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5-6, 2012., str. 1464. i dalje.

3. SADRŽAJ (SASTAVNICE) POMORSKOG DOBRA

Iz zakonske definicije vidljivo je da se sadržaj pomorskog dobra može općenito podijeliti na tri osnovne sastavnice, a to su vodena sastavnica, podmorje i kopnena sastavnica (čl. 6. ZPDML-a). Navedeni zakonski članak propisuje što sve obuhvaća pojam pomorskog dobra *ex lege.*

3.1. Vodena sastavnica

Vodena komponenta obuhvaća unutarnje morske vode i teritorijalno more Republike Hrvatske (čl. 6., st. 1. ZPDML-a). Vanjska granica teritorijalnog mora predstavlja granicu pomorskog dobra s morske strane (čl. 6., st. 5. ZPDML-a).[7]

3.2. Podmorje

Navodeći da pomorsko dobro čine unutarnje morske vode i teritorijalno more, ZPDML naglašava da u to dobro spada i **njihovo** dno, podzemlje i podmorje (čl. 6., st. 1.). S obzirom da se u hrvatskoj pravnoj literaturi riječ *podmorje* upotrebljava kao sinonim riječi morsko dno i podzemlje,[8] u pitanju je primjer nepotrebnog pleonazma. Morsko dno i morsko podzemlje ispod unutarnjih morskih voda i teritorijalnog mora, podvrgnuto je punoj suverenosti Republike Hrvatske kao obalne države (čl. 6., st. PZ-a '04.).[9]

3.3. Kopnena sastavnica

Kopneni dio pomorskog dobra je pojas kopna uz more koji je po svojoj prirodi u neposrednoj vezi s morem i prema namjeni i načinu upotrebe služi uobičajenom korištenju i upotrebi mora kao općeg dobra, a širok je najmanje

---

[7] **Degan** (*op. cit*., str. 15. -16.) smatra da nije ispravno putem zakona proglašavati pomorskim dobrom sve prostore unutarnjih morskih voda i teritorijalnog mora obalne države, jer to vodi ka konfuziji pravnih instituta. Stoga bi, po njemu, u pomorsko dobro trebalo obuhvatiti samo one dijelove mora koji su bitni za djelatnosti koje se odobravaju koncesijom.

[8] Tako **Budislav Vukas**: *Podmorje*, Pomorska enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, sv. 6, 1983., str. 137. - 138., **Davorin Rudolf**: *Podmorje, morsko dno i podzemlje mora*, Terminologija međunarodnog prava mora, Pravni fakultet, Split, 1980., str. 203., **Boris Krivokapić**: *Podmorje*, Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010., str. 774.

[9] I ovdje **Degan** (*op. cit*., str. 16.) ističe da bi se pomorsko dobro trebalo ograničiti samo na one dijelove morskog dna koji su obuhvaćeni koncesijom.

šest metara od crte srednjih viših visokih voda mjereno vodoravno (čl. 6., st. 3. ZPDML-a). Crtu srednjih viših visokih voda utvrđuje Hrvatski hidrografski institut (čl. 6., st. 6. ZPDML-a).

Pomorsko dobro obuhvaća **dio kopna** koji je po svojoj prirodi namijenjen općoj upotrebi i koji je određen takvim, kao i sve što je s tim dijelom kopna trajno spojeno na površini ili ispod nje i čine ga nekretnine koje su po prirodnim obilježjima, izgledu, namjeni, položaju i načinu upotrebe: morska obala, morske plaže,[10] sprudovi,[11] rtovi,[12] hridi,[13] grebeni,[14] otočići[15] koje

[10] **Morska plaža** je prirodni ili izgrađeni i uređeni kopneni i pripadajući morski prostor pomorskog dobra koji služi za boravak, rekreaciju i kupanje te s tim povezane aktivnosti (čl. 3., st. 1., toč.17. ZPDML-a).

[11] **Sprud** je nakupina pijeska i ostalog sedimenta u obliku manjeg izduženog otoka u moru. Nastaje u blizini niskih pješčanih (ili sedimentnih) obala, taloženjem tog istog pijeska na neki podvodni greben, zbog djelovanja valova, struja i vjetra. Sprudova nema uz stjenovite obale i tamo gdje je visina plimnog vala viša od dva i pol metra.

[12] **Rt** je izbočina kopna ili otoka u more, najčešće s naglašenim i strmim obalama. Nastaje djelovanjem selektivne abrazije (destruktivnim djelovanjem morskih valova kojima se ruši i potkapa obala) - vidi *Rt*, Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990., str. 699.

[13] **Hrid** je prirodno nastali dio kopna okružen morem, površine manje od 0,01 km^2, vidljiv iznad površine mora - čl. 5., toč. 3. ***Zakona o otocima*** („Narodne novine RH“, br. 116/18., 73/20. i 70/21., dalje - ZO). U pomorskom međunarodnom javnom pravu, hridi (engl. *rocks*) su ogoljeli otočići (stijene) na kojima je, za razliku od grebena, moguć ljudski opstanak - vidi **Rudolf**, *op. cit*., str. 64.

[14] **Greben** je prirodno nastali dio kopna okružen morem, površine manje od 0,01 km^2, povremeno potopljen ispod površine mora (čl. 5., toč. 4. ZO-a). O pojmu grebena (engl. *reefs*) u pomorskom međunarodnom javnom pravu vidi ***ibid,*** str. 60. - 61.

[15] **Otočić** je prirodno nastali dio kopna okružen morem, površine od 0,01 km^2 do 1 km^2 (čl. 5., toč. 2. ZO-a). O pojmu otočića (engl. *isles*) u pomorskom međunarodnom javnom pravu - ***ibid,*** str. 192.

za vrijeme nevremena prekrivaju najveći valovi, žala,[16] luke,[17] lukobrani,[18] rive,[19] molovi,[20] valobrani,[21] nasipi,[22] privezišta,[23] gatovi,[24] morske solane,[25]

[16] **Žalo** je niska, šljunkovita ili pjeskovita morska obala (čl. 3., st. 1., toč. 30. ZPDML-a). Žal (*žalo) je pojas podmorskog reljefa koji se nalazi uz obalnu crtu, ima amfibijski karakter, jer je za visoke vode pokriven morem, a za niske vode ostaje iznad razine mora. Žal je izložen mehaničkom djelovanju morske vode. Naziva se i obalno područje ili litoral - vidi Žal,* Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990., str. *955.*

[17] **Morska luka** je morski i s morem neposredno povezani kopneni prostor na kojem su utvrđene granice lučkog područja, a sastoji se od izgrađenih i neizgrađenih obala, lukobrana, uređaja, postrojenja i drugih objekata namijenjenih pristajanju, sidrenju i zaštiti plovnih objekata, ukrcaju i iskrcaju putnika i tereta, uskladištenju i drugom manipuliranju teretom, proizvodnji, oplemenjivanju i doradi robe te obavljanju ostalih gospodarskih djelatnosti koje su s tim djelatnostima u međusobnoj ekonomskoj, prometnoj ili tehnološkoj vezi (čl. 3., st. 1., toč. 16. ZPDML-a).

[18] **Lukobran** je građevinski objekt u moru, redovito spojen s kopnom, koji štiti luku od valova - detaljnije *Lukobran,* Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990., str. 438.
ibid, str. 438. Lukobran spada u lučku podgradnju (infrastrukturu) - čl. 3., st. 1., toč. 10. ZPDML-a.

[19] **Riva** je infrastrukturna operativna obala s odgovarajućim akvatorijem koja služi za prihvat plovnih objekata isključivo u svrhu ukrcaja i iskrcaja putnika i tereta, te spada u ***izdvojene lučke objekte*** kojima upravlja lučka uprava (čl. 3., st. 1., toč. 6. ZPDML-a.).

[20] **Mol** je infrastrukturna operativna obala s odgovarajućim akvatorijem koja služi za prihvat plovnih objekata isključivo u svrhu ukrcaja i iskrcaja putnika i tereta, te spada u ***izdvojene lučke objekte*** kojima upravlja lučka uprava (čl. 3., st. 1., toč. 6. ZPDML-a.).

[21] **Valobran** je građevinski objekt ispred luke ili obale, a potpuno je od nje odvojen - *vidi Lukobran,* Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990., str. 438.

[22] **Nasip** je kopno nastalo nasipavanjem mora (čl. 3., st. 1., toč. 18. ZPDML-a.).

[23] **Privezište** je izdvojeni i samostalni, infrastrukturni objekt (ponton, gat, mol, riva i sl.) duljine najviše 50 metara ukupno upotrebljive operativne obale i dio morskog akvatorija izvan lučkog područja (čl. 3., st. 1., toč. 25. ZPDML-a.).

[24] **Gat** je infrastrukturna operativna obala s odgovarajućim akvatorijem koja služi za prihvat plovnih objekata isključivo u svrhu ukrcaja i iskrcaja putnika i tereta, te spada u ***izdvojene lučke objekte*** kojima upravlja lučka uprava (čl. 3., toč. 6. ZPDML-a.). Gat je samostalna hidrograđevina ili dio unutrašnje lučke hidrograđevine (operativne obale) za pristajanje brodova i obavljanje lučkih operacija. Stoji okomito ili koso (rjeđe) na obalu, može biti masivne konstrukcije (u većini slučajeva), u obliku poprečne estakade ili pontonski - detaljnije *Gat*, Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990., str. *238.*

[25] **Morska solana** je industrijski uređaj za dobivanje soli iz mora na plitkim razvijenim obalama u području s povoljnom klimom i povoljnim morskim mijenama - pobliže ***ibid***, str. 752.

ušća vodotoka koji se izlijevaju u more i kanali spojeni s morem, uključujući i građevine koje su trajno povezane s pomorskim dobrom i njegova su pripadnost (čl. 6., st. 1. ZPDML-a).

Morska obala je osnovna kategorija kopnene komponente. **Morska obala** se proteže od crte srednjih viših visokih voda i obuhvaća pojas kopna koji je ograničen crtom do koje dopiru najveći valovi za vrijeme nevremena, na čije prirodno obilježje i izgled utječe more, a koji je prema svom položaju i izgledu u izravnom kontaktu s morem (čl. 6., st. 2. ZPDML-a).

Sve građevine koje su trajno povezane s pomorskim dobrom i njegova su pripadnost, spadaju u pomorsko dobro. Također, pomorsko dobro su i sve nekretnine u obuhvatu lučkog područja (čl. 6., st. 4. ZPDML-a). Nadalje, ZPDML posebno pojašnjava status pomorskih svjetionika.[26] Oni koji se nalaze na pomorskom dobru njegov su sastavni dio i imaju status pomorskog dobra (čl. 7., st. 1. ZPDML-a).[27] Međutim, i svi pomorski svjetionici koji se ne nalaze na pomorskom dobru, ali su u funkciji sigurnosti plovidbe, smatraju se pomorskim dobrom zajedno sa zemljištem koje služi redovnoj upotrebi zgrade pomorskog svjetionika (čl. 7., st. 3. ZPDML-a).

4. STATUS POMORSKOG DOBRA KAO STVARI

Pomorsko dobro je izvan pravnog prometa, i na njemu se ne može steći pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi (čl. 5., st. 1. ZPDML-a),[28] pa su stoga ništetni svi pravni poslovi sklopljeni suprotno stavku 1. ovoga članka (čl. 5., st. 5. ZPDML-a). Pomorsko dobro ne može biti

[26] O pravnom statusu svjetionika i njihovom upravljanju vidi **Iva Tuhtan Grgić**: *Svjetionici - pravni status i upravljanje de lege lata i de lege ferenda,* "Poredbeno pomorsko pravo,", Zagreb, br. 175, 2021., str. 67. - 109., **Antonija Perković**: *Pomorski svjetionici - nekada i danas*, "Kapetanov glasnik", Split, br. 33, 2017., str. 71. - 74.

[27] Ovim pomorskim svjetionicima upravlja pravna osoba osnovana posebnim propisom kojim se uređuje osnivanje društva za upravljanje pomorskim svjetionicima te je ta pravna osoba ovlaštena pomorske svjetionike koji su pomorsko dobro gospodarski koristiti sukladno tom propisu (čl. 7., st. 2. ZPDML-a). Navedenom zakonskom odredbom se upućuje na ***Zakon o plovputu***, u kojem se detaljno razrađuju prava i obveze pravne osobe osnovane za upravljanje svjetionicima (a to je Plovput d.o.o Split), koja ima i mogućnost gospodarski koristiti pomorske svjetionike u skladu s tim posebnim propisom.

[28] Pobliže **Ante Perkušić**: *Pomorsko (opće) dobro i na njemu osnovana prava u zemljišnim knjigama*, „Naše more", Dubrovnik, br. 1-2, 2005., str. 13. - 21., **Ante Perkušić**: *Opće dobro i na njemu osnovana prava u zemljišnim knjigama*, „Pravni vjesnik", Osijek, br. 3-4, 2003., str. 79. - 90.

predmet ugovora o zakupu niti ugovora o najmu (čl. 5., st. 2. ZPDML-a).[29] Građevine i drugi objekti na pomorskom dobru koji su trajno povezani s pomorskim dobrom njegova su pripadnost (čl. 5., st. 3. ZPDML-a).

S obzirom da je pomorsko dobro *res extra commercium*, nitko se ne može pozivati na zaštitu povjerenja u istinitost i potpunost zemljišne knjige u odnosu na nekretninu koja je pomorsko dobro po samoj zakonskoj definiciji iz odredaba članka 6. (čl. 5., st. 4. ZPDML-a). Ova se zakonska odredba temelji na dugogodišnjoj zabrani stjecanja vlasništva na pomorskom dobru. Naime, s obzirom da je pomorsko dobro, kao opće dobro na kojem se ne može steći pravo vlasništva niti druga stvarna prava, u hrvatski pravni sustav uvedeno još davne 1939. godine *Uredbom sa zakonskom snagom*,[30] a takav status je zadržan u svim propisima koji su naknadno doneseni, stjecanje prava vlasništva na morskoj obali nije moguće već gotovo stotinu godina.[31] Stoga je zakonodavac logično propisao da se u odnosu na pomorsko dobro nitko ne može pozivati na zaštitu povjerenja u zemljišne knjige.

4.1. Pravni status živih i neživih prirodnih bogatstava u/na pomorskom dobru

4.1.1. Pravni status morskih riba, školjaka, rakova, koralja i drugih morskih organizama (živih prirodnih bogatstava)

Pomorski zakonik Republike Hrvatske iz 1994. god. (dalje - PZ ’94.), koji je bio na snazi do donošenja ZPDML-a ‘03., u odredbi čl. 49., st. 2. pomorskim dobrom *inter alia* smatrao je *”u moru i pomorskom podzemlju živa i neživa prirodna bogatstva, ribe, rude i dr.”*. Dakle, ribe i drugi morski

[29] Nekretnine na pomorskom dobru nisu u pravnom prometu, pa nije moguća njihova prodaja, zamjena, darovanje, unošenje nekretnina kao ulog u društvo, zasnivanje fiducijarnog vlasništva, zasnivanje hipoteke, služnosti, niti davanje u najam ili zakup - vidi **Dragan Bolanča**: *Problem stvarnih prava na pomorskom dobru (bitne novine hrvatskoga pomorskog zakonodavstva),* “Poredbeno pomorsko pravo”, Zagreb, br. 169, 2015., str. 327. - 358., **Vanja Seršić - Jakob Nakić**: *Pravni problemi morske obale (u svjetlu europskog i hrvatskog prava)*, “Poredbeno pomorsko pravo”, Zagreb, br. 169, 2015., str. 359. - 391.

[30] Detaljnije **Dragan Bolanča**: *Pravni status morskih luka kao pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet, Split, 2003., str. 17. - 22., **Goran Vojković**: *Pomorsko dobro i koncesije*, Hrvatski hidrografski institut, Split, 2003., str. 40. - 45., **Branko Kundih**: *Hrvatsko pomorsko dobro u teoriji i praksi*, Hrvatski hidrografski institut, Rijeka, 2005., str. 241. - 245.

[31] Vidi **Bolanča**, *op. cit.*, str. 22. - 40.r4

organizmi kao živa prirodna bogatstva, te rude kao neživa prirodna bogatstva, činili su vodeni dio općeg (pomorskog) dobra.

ZPDML '03. u odredbi čl. 3., st. 3. više izričito nije navodio ribe i rude, jer su u kopneni dio pomorskog dobra spadala "*u moru i morskom podzemlju živa i neživa prirodna bogatstva"*.[32] Time je zakonodavac i dalje u sastav pomorskog dobra svrstavao ribe, školjke, rakove i koralje (kao živo prirodno bogatstvo) i rude (kao neživo prirodno bogatstvo), pa ribe i drugi nabrojani morski organizmi nisu bili stvari u stvarno pravnom smislu koje su bile sposobne biti objekti ičijih stvarnih prava, pa tako ni prava vlasništva. Ipak, činjenica je da su se ribolovom oduvijek iz mora i podmorja prisvajali ribe, školjke i sve drugo što je živo prirodno bogatstvo. Prigodom morskog ribolova zbivaju se dva čina, koji redovito koincidiraju: izdvajanje zasebnih stvari iz općeg dobra (zasebnih riba, rakova, školjaka i dr.), te njihovo prisvajanje. Prvim činom izdvajanja iz općeg dobra nastaje zasebna stvar (npr. određena riba) koja je kao takva sposobna biti predmetom prava vlasništva. Naime, ta je stvar u prvi mah, nakon što je nastala izdvajanjem - ničija stvar (*res nullius*), a upravo stoga što je ničija, sposobna je (prikladna) za to da je se u vlasništvo stekne prisvojenjem (okupacijom).[33] Drugi čin je upravo prisvajanje (aprehenzija) te stvari, a pravni učinak tog čina je u prvom redu stjecanje posjeda prisvojene stvari. Onaj tko je ničiju stvar činom izuzeća stekao u svoj samostalni posjed redovito će tim putem okupacijom steći tu stvar u svoje vlasništvo. Pri tome je potrebno da taj drugi čin bude poduzet s namjerom da se stekne u vlasništvo stvar u pogledu koje se čin poduzima, te da su ispunjene sve ostale opće i posebne pretpostavke za to stjecanje iz ZV-a.[34]

---

[32] Pojedini autori navode pet različitih izvora prirodnog bogatstva u moru i podmorju: 1. živi svijet životinja u moru (fauna mora), 2. živi svijet morskih biljaka (morska flora), 3. sama morska voda s obzirom na njen kemijski sastav, 4. morsko dno i morsko podzemlje s proizvodima (nafta, plin, rude), 5. mehanička snaga i osobine gibanja mora (more kao proizvođač energije) - tako **Vanja Seršić**: *Koncesije na pomorskom dobru*, Novi informator, Zagreb, 2011., str. 142. - 143., **Srđan Srdar**: „Morsko bogatstvo Jadrana i njegovo iskorišćivanje", *Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti*, Zagreb, 1960., str. 2.

[33] ZV predviđa da će se prisvojenjem steći vlasništvo *„na pokretnoj stvari koju nitko nema u svom vlasništvu…"*(čl. 131., st. 1.) - pobliže **Nikola Gavella - Igor Giha**: *Uvod u stvarno pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1991., str. 99. - 100.

[34] Prema ***Zakonu o morskom ribarstvu*** ("Narodne novine RH, br. 62/17. i 14/19.) dopuštenost morskog ribolova ovisi o tome ima li ribolovac povlasticu za mali obalni ribolov (čl. 3., toč. 3.), odobrenje za gospodarski ribolov (čl. 26.) ili dozvolu za rekreacijski ribolov (čl. 3., toč. 17.) i sportski ribolov (čl. 3., toč. 27.) tj. dopuštenost određuje javna vlast. Međutim, dopuštenost (nedopuštenost) ribolova ne utječe na stjecanje vlasništva riba i

Za razliku od dva prethodno derogirana zakonska akta, sadašnji pozitivni ZPDML '23. u okviru definicije pomorskog dobra (kopnene ili vodene sastavnice) uopće ne spominje dosadašnje pojmove živog i neživog prirodnog bogatstva, riba, ruda i dr., što znači da oni nisu pomorsko dobro *ex lege.* Pošto npr. ribe nisu dio voda u kojima žive, nisu ni dio mora i podmorja koje je opće dobro, nego su *res nullius,* pa se na njima kao na ničijim stvarima, može steći vlasništvo činom prisvojenja i okupacije.

4.1.2. Pravni status ruda (neživih prirodnih bogatstava)

Rude su bile pomorsko dobro, kako *expressis verbis* u PZ- '94. (čl. 49., st. 2.), tako i u okviru pojma neživo prirodno bogatstvo u ZPDML-u '03. (čl. 3., st. 3.). Pošto ih sadašnji ZPDML '23. ne spominje na bilo koji način, jasno je da rude nisu opće (pomorsko) dobro.

Što su rude, govori nam ***Zakon o rudarstvu*** (dalje - ZR),[35] koji ističe da je rudno blago **dobro od interesa za Republiku Hrvatsku**, ima njezinu osobitu zaštitu i iskorištava se pod uvjetima i na način koji su propisani tim zakonom (čl. 4., st. 1.). Rudnim blagom, u smislu ZR-a, smatraju se sve organske i neorganske mineralne sirovine koje se nalaze u čvrstom, tekućem ili plinovitom stanju u prvobitnom ležištu, u nanosima, jalovištima, talioničkim troskama ili prirodnim rastopinama, a koje zakon supsumira pod pojam **mineralne sirovine**[36] (čl. 4., st. 3.). Inače, rudno blago (mineralne sirovine) je u

---

školjaka kao ničijih stvari. Naime, povlastica (odobrenje odnosno dozvola) za ribolov po svojoj je pravnoj naravi dopuštenje za obavljanje ribolova, dakle dopuštenje za izdvajanje iz općeg (pomorskog) dobra. To nije dopuštenje za stjecanje vlasništva prisvajanjem, jer prisvojitelj postaje vlasnikom ničije stvari na temelju zakona, ako se ispune sve zakonske pretpostavke za stjecanje u vlasništvo ničije stvari koju je prisvojio (čl. 131. ZV-a).To će se dogoditi po sili zakona, makar je izdvajanje iz pomorskog dobra (riba, školjaka i dr.) nedopušteno, pa čak i kada je kažnjivo, jer ta nedopuštenost i kažnjivost ne utječe neposredno na građanskopravne, stvarnopravne učinke prisvojenja - opširnije **Nikola Gavella**: „O stjecanju vlasništva prisvajanjem morskih riba i drugih morskih organizama*", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1-2, 2008., str. 113. - 127.

[35] Vidi "Narodne novine RH, br. 56/13., 14/14. i 52/18.

[36] Mineralnim sirovinama, u smislu odredbe čl. 5. ZR-a, smatraju se: 1. energetske mineralne sirovine: 1.1 *ugljikovodici* (*nafta*, *prirodni plin*, plinski kondenzat i zemni vosak), 1.2. fosilne gorive tvari: ugljen (treset, lignit, smeđi ugljen, kameni ugljen), asfalt i uljni škriljavci; radioaktivne rude; geotermalne vode iz kojih se može koristiti akumulirana toplina u energetske svrhe, osim geotermalnih voda koje se koriste u ljekovite, balneološke ili rekreativne svrhe i druge namjene, na koje se primjenjuju propisi o vodama, 2. mineralne

vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 4., st. 2.).[37]

ZR se odnosi se na istraživanje i eksploataciju mineralnih sirovina koje se nalaze u zemlji ili na njezinoj površini, *na* riječnom, jezerskom ili *morskom dnu ili ispod njega u unutarnjim morskim vodama ili teritorijalnom moru Republike* Hrvatske ili u području epikontinentalnog pojasa Republike Hrvatske (čl. 1., st. 1.).[38] Iznimno, za eksploataciju građevnog pijeska i šljunka iz morskog dna uz odredbe ZR-a, *primjenjuju se i propisi o pomorskom dobru* kao i propisi kojima se uređuje postupanje i nadležnost u morskim i podmorskim prostorima nad kojima Republika Hrvatska ima suverenitet ili suverena prava i jurisdikciju (čl. 1., st. 3. ZR-a). U postupku davanja odobrenja za istraživanje mineralnih sirovina radi davanja koncesije za eksploataciju mineralnih sirovina i u postupku davanja koncesije za eksploataciju mineralnih sirovina, primjenjuju se odredbe ZR-a, a na pitanja koja nisu njime uređena, primjenjuju se odredbe Zakona o koncesijama (čl. 2., st. 1. ZR-a).

Mineralne sirovine su kao javno dobro u vlasništvu Republike Hrvatske pravno odvojene od podmorja (morskog dna i podzemlja) kao pomorskog

---

sirovine za industrijsku preradbu: grafit, sumpor, barit, tinjci, gips, kreda, kremen, kremeni pijesak, drago kamenje, bentonitna, porculanska, keramička i vatrostalna glina, feldspati, talk, tuf, mineralne sirovine za proizvodnju cementa, karbonatne mineralne sirovine (vapnenci i dolomiti) za industrijsku preradbu, silikatne mineralne sirovine za industrijsku preradbu, sve vrste soli (morska sol) i solnih voda, mineralne vode iz kojih se mogu pridobivati mineralne sirovine, osim mineralnih voda koje se koriste u ljekovite, balneološke i rekreativne svrhe ili kao voda za ljudsku potrošnju i druge namjene, na koje se primjenjuju propisi o vodama, brom, jod, peloidi, 3. mineralne sirovine za proizvodnju građevnog materijala: tehničko-građevni kamen (amfibolit, andezit, bazalt, dijabaz, granit, dolomit, vapnenac), građevni pijesak i šljunak iz neobnovljivih ležišta, *građevni pijesak i šljunak iz morskog dna*, ciglarska glina, 4. arhitektonsko-građevni kamen, 5. mineralne sirovine kovina. Detaljnije vidi **Vanja Martinac**: *Mineralne sirovine iz mora,* Kemijsko-tehnološki fakultet, Split, 2023., str. 1. - 394., **Josip Crnički - Boris Šinkovec**: „Nemetalne mineralne sirovine Hrvatske“, *Rudarsko - geološki naftni zbornik*, Zagreb, br. 1, 1993., str. 21. - 37.

[37] Opširnije **Tatjana Josipović**: „Rudno blago (mineralne sirovine)“, *Zbornik radova „Nekretnine kao objekti imovinskih prava*“, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 111. - 115. Vidi također *Rude*, Pravni leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 2007., str. 1427.

[38] ZR uređuje gospodarenje mineralnim sirovinama i planiranje rudarske gospodarske djelatnosti, istraživanje i utvrđivanje rezervi mineralnih sirovina, izradu i provjeru rudarskih projekata, eksploataciju mineralnih sirovina, davanje koncesije za eksploataciju, građenje i uporabu rudarskih objekata i postrojenja, izradu rudarskih planova i izvođenje rudarskih mjerenja, sanaciju otkopanih prostora, naknadu za koncesiju, naknadu štete, mjere osiguranja, sigurnosti i zaštite, stručnu spremu za obavljanje određenih poslova u rudarstvu, upravni i inspekcijski nadzor, prekršajne odredbe i druga pitanja (čl. 1., st. 2. ZR-a).

(općeg) dobra, bez obzira što su sastavni dio tog dobra, pa se *in concreto* na njih uvijek primjenjuju odredbe ZR-a kao *lex specilaisa*, čak i u slučaju kada se taj zakonski akt poziva na propise o pomorskom dobru. Naime, pravilo da je rudno blago (mineralne sirovine) u vlasništvu Republike Hrvatske, vrijedi neovisno o tome tko je vlasnik zemljišta u kojem se nalaze mineralne sirovine, što bi predstavljalo iznimku od pravila o pravnom jedinstvu nekretnine.[39]

5. ZAKLJUČAK

Kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, pomorsko dobro je opće dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu, a upotrebljava se i koristi pod uvjetima i na način propisan ZPDML-om '23. U pogledu sadržaja pomorskog dobra, zakon ga dijeli na tri osnovne sastavnice, a to su vodena sastavnica, podmorje i kopnena sastavnica. S obzirom da je pomorsko dobro *res extra commercium*, na njemu se ne može steći pravo vlasništva, niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi, a također pomorsko dobro ne može biti predmet ugovora o zakupu, niti ugovora o najmu.

LITERATURA:

– Branko Kundih: Hrvatsko pomorsko dobro u teoriji i praksi, Hrvatski hidrografski institut, Rijeka, 2005., str. 7. - 267.
– Nikola Gavella: Pravni režim nekretnina i njegova usklađenost s ustavnim poretkom i zahtjevima tržišnog gospodarstva, "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse - Godišnjak 5", Zagreb, 1998.
– Nikola Gavella - Tatjana Josipović - Igor Gliha - Vlado Belaj - Zlatan Stipković: Stvarno pravo, svezak prvi, Narodne novine, Zagreb, 2007.

[39] Tako **Petar Simonetti**: *„Nekretnine kao objekt prava vlasništva i prava građenja", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, 2009., str. 54. - 55. **Tatjana Josipović**: „Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, 2009., str.145. Kao što je već navedeno, rude (mineralne sirovine) su u prijašnjem zakonodavstvu nesumnjivo bile pomorsko dobro, pa su zbog kontradiktornih rješenja u koliziji bili pomorski i rudarski propisi. Teorija je i tada isticala da u konkretnom slučaju prednost uvijek ima *Zakon o rudarstvu* - pobliže **Ivo Grabovac**: „Koncesija (odobrenje) za istraživanje i iskorištavanja mineralnih sirovina na morskom dnu i u morskom podzemlju Republike Hrvatske s posebnim osvrtom na temelj odgovornosti", *Zbornik radova sa savjetovanja "Pravni problem instituta pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na luke otvorene za javni promet*", Split, 1998., str. 99. - 108., **Kundih**, *op. cit*., str. 196. - 197.

– Nikola Gavella - Igor Giha: Uvod u stvarno pravo, Pravni fakultet, Zagreb, 1991.
– Nikola Gavella: O stjecanju vlasništva prisvajanjem morskih riba i drugih morskih organizama, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu", br. 1-2, 2008., str. 113. - 127.
– Nikola Gavella - Tatjana Josipović - Igor Gliha - Vlado Belaj - Zlatan Stipković: Stvarno pravo, Informator, Zagreb, 1998.
– Nikola Gavella: Građansko pravo i posebna pravna uređenja za određene vrste dobara, "Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu", br. 5-6, 2012., str. 1445. - 1490.,
– Nikola Gavella: Pogled unatrag na uspostavu novog stvarnopravnog uređenje u hrvatskom pravnom poretku - namjere i postignuća, uspjesi i neuspjesi, Zbornik radova "Dvadeset godina hrvatskoga stvarnopravnog uređenja", Zagreb, 2018.
– Vladimir Đuro Degan: Pravna narav pomorskog dobra, "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 171, 2017.
– Martin Vedriš - Petar Klarić: Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 1998.
– Damir Aviani: Privatno korištenje dobara od javnog interesa u Republici Hrvatskoj: domet i ograničenja, Zbornik radova "Pravo i vrednovanje javnih dobara", Split, 2008., str. 213. - 240.
– Desanka Sarvan - Mladen Žuvela: Nekretnine u vlasništvu pravnih osoba javnog prava, Zbornik radova "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse - Godišnjak 17", Zagreb, 2010., str. 25. - 32.
– Robert Peček: Prestanak statusa javnog dobra, "Informator", Zagreb, br. 4805, 2000.
– Božidar Jelčić: Javno dobro, "Rječnik javnih financija i financijskog prava", Zagreb, 1981.
– Budislav Vukas: Podmorje, Pomorska enciklopedija, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, sv. 6, 1983.
– Davorin Rudolf: Podmorje, morsko dno i podzemlje mora, Terminologija međunarodnog prava mora, Pravni fakultet, Split, 1980.
– Boris Krivokapić: Podmorje, Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Službeni glasnik, Beograd, 2010.
– Rt, Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990.
– Žal, Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990.

- Lukobran, Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990.
- Gat, Pomorski leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 1990.
- Rude, Pravni leksikon, Leksikografski zavod «Miroslav Krleža», Zagreb, 2007.
- Iva Tuhtan Grgić: Svjetionici - pravni status i upravljanje de lege lata i de lege ferenda, "Poredbeno pomorsko pravo,", Zagreb, br. 175, 2021., str. 67. - 109.
- Antonija Perković: Pomorski svjetionici - nekada i danas, "Kapetanov glasnik", Split, br. 33, 2017.
- Ante Perkušić: Pomorsko (opće) dobro i na njemu osnovana prava u zemljišnim knjigama, „Naše more", Dubrovnik, br. 1-2, 2005., str. 13. - 21.
- Ante Perkušić: Opće dobro i na njemu osnovana prava u zemljišnim knjigama, „Pravni vjesnik", Osijek, br. 3-4, 2003., str. 79. - 90.
- Vanja Seršić - Jakob Nakić: Pravni problemi morske obale (u svjetlu europskog i hrvatskog prava), "Poredbeno pomorsko pravo", Zagreb, br. 169, 2015., str. 359. - 391.
- Goran Vojković: Pomorsko dobro i koncesije, Hrvatski hidrografski institut, Split, 2003.
- Vanja Seršić: Koncesije na pomorskom dobru, Novi informator, Zagreb, 2011.
- Srđan Srdar: Morsko bogatstvo Jadrana i njegovo iskorišćivanje, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1960.
- Vanja Martinac: Mineralne sirovine iz mora, Kemijsko-tehnološki fakultet, Split, 2023., str. 1. - 394.
- Josip Crnički - Boris Šinkovec: Nemetalne mineralne sirovine Hrvatske, "Rudarsko - geološki naftni zbornik", Zagreb, br. 1, 1993., str. 21. - 37.
- Tatjana Josipović: Rudno blago (mineralne sirovine), Zbornik radova „Nekretnine kao objekti imovinskih prava", Narodne novine, Zagreb, 2004.
- Tatjana Josipović: Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo), "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", br. 1, 2009.
- Petar Simonetti: Nekretnine kao objekt prava vlasništva i prava građenja, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", br. 1, 2009.
- Ivo Grabovac: Koncesija (odobrenje) za istraživanje i iskorištavanja mineralnih sirovina na morskom dnu i u morskom podzemlju Republike Hrvatske s posebnim osvrtom na temelj odgovornosti, Zbornik radova sa savje-

tovanja ”Pravni problem instituta pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na luke otvorene za javni promet”, Split, 1998.
– 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.,
– Dragan Bolanča: Problem stvarnih prava na pomorskom dobru (bitne novine hrvatskoga pomorskog zakonodavstva), “Poredbeno pomorsko pravo”, Zagreb, br. 169, 2015., str. 327. - 358.
– Dragan Bolanča: Pravni status morskih luka kao pomorskog dobra u Republici Hrvatskoj, Pravni fakultet, Split, 2003.
– Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama Republike Hrvatske, “Narodne novine”, br. 83/23.

Dr. Dragan Bolanča[40]

MARITIME GOODS OF THE REPUBLIC OF CROATIA (CONCEPT, CONTENT AND STATUS)

Summary: *The new Croatian Act of Maritime Domain and Sea Ports came into force on July 23. 2023. In this paper the author describes some elementary significance of the new act: notion of maritime domain, contents of maritime domain and his legal status as civil thing.*

Key words: *Republic of Croatia, maritime domain.*

[40] Full Professor Faculty of Law, University of Split (Croatia)

UDK 341.324:504.61
doi 10.7251/PR6924321M
Originalni naučni članak

EKOLOŠKE I RATNE ŠTETE

Prof. dr Branko Morait[1]
Ma Ana Morait Praštalo[2]

***Sažetak**: U radu se istražuju posljedice ratnih dejstava kao uzročnika ratnih i ekoloških šteta. Ratna dejstva se kvalifikuju kao protivpravni uzročnik nastalih ekoloških šteta. Razmatra se i pitanje odgovornosti prouzrokovača ratnih šteta s obzirom na karakter ratnih dejstava. U radu se posebno analiziraju štetne posljedice NATO agresije na Republiku Srpsku i Saveznu Republiku Jugoslaviju i međunarodno-pravne i političke implikacije ovih protivpravnih presedana u međunarodno-pravnim odnosima. Obrađuje se i pitanje pravnog normiranja građanskopravne odgovornosti za ekološke delikte u unutrašnjem pravnom poretku Republike Srpske i Savezne Republike Jugoslavije. Posebno se istražuje postojanje uslova građansko-pravne odgovornosti za štete izazvane NATO bombardovanjem Republike Srpske i Republike Srbije nuklearnim otpadom. Na kraju se utvrđuje aktuelni značaj tzv. ekološke, popularne, tužbe za otklanjanje izvora opasnosti atomskog zagađenja teritorija Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine u slivu rijeke Une, koja je propisana odredbom člana 156. Zakona o obligacionim odnosima odnosno člankom 1047 Zakona o obveznim odnosima.*

***Ključne riječi:** nastanak štete, naknada štete, uklanjanje opasnosti štete, sudska nadležnost.*

1 Redovni profesor Univerziteta i sudija u penziji, brankomoraitbm@gmail.com
2 MA, ana.morait@gmail.com

Uvod

Prouzrokovati drugome štetu zabranjeno je kako prema pravnim normama tako i prema moralnom imperativu. Pričiniti štetu najčešće je posljedica nečijeg bezobzirnog i namjernog ili nepažljivog ponašanja. Radi se zapravo o nesputanom i bezobzirnom korišćenju slobode prekoračenjem granica koje su određene dobrim običajima, moralom i pravom. Granice mojih prava određene su granicama prava drugih subjekata u društvu. Svako je dužan da se uzdrži od postupaka kojima se može povrijediti ličnost ili imovina. Odavno je važeći univerzalni princip princip deliktne odgovornosti onih lica koja su prouzrokovala štetu drugima koji je, u osnovama i načelima, identično normativno-pravno propisan u svim pravnim sistemima i kod svih civilizovanih naroda na planeti Zemlji.

U novinarskom žargonu, opasnosti koje vrebaju svijet od škodljivih materija nazivaju se "peti jahač apokalipse". Ekološke štete možemo smatrati sinonimom šteta od škodljivih materija. Profesor Perović smatra da je i princip odgovornosti bez obzira na krivicu razvijen iz jedne moderne pojave koju naziva "opštom krivicom", jer svi smo mi učesnici društvenog života koji je, zahvaljujući razvoju nauke i tehnike, suočen sa brojnim rizicima zbog upotrebe opasnih stvari, vršenja opasnih djelatnosti i namjernog i svjesnog zagađivanja i uništavanja čovjekove okoline. Profesor Perović smatra da pravo nove vidove šteta, koje izazivaju tzv. ekološke katastrofe i koje prelaze državne i prirodne granice, nije u stanju da zaustavi. Odgovor se nalazi u razvoju nove, "ekološke", etike koju pozitivno pravo, svojim mjerama reparacije ili prevencije pod prijetnjom pravnih sankcija, nije u mogućnosti da ostvari.[3] Pravnici predlažu socijalizaciju odgovornosti, formiranje obaveznog osiguranja i socijalnih fondova iz kojih će se distribuirati obeštećenje žrtvama enormnih ekoloških šteta.[4] Samo opšta obzirnost prema sadašnjim i budućim generacijama, prema budućnosti naše planete i njenog opstanka može spriječiti univerzalnu opasnost od ekološke katastrofe koja prijeti svima i svakome, kako danas tako i sutra.[5]

---

[3] Perović, S. (1999) Pravo na obzirnost i naknada štete, *Zbornik radova sa savetovanja pravnika*, Budva, str. 18.

[4] Ibid., 20.; Šulejić, P. (1999) Osiguranje ratnih rizika, *Zbornik radova sa savetovanja pravnika*, Budva, str.23-34.

[5] Zakon o zaštiti životne sredine (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 71/2012, 79/2015 i 70/2020) Integralni – neslužbeni tekst: I OSNOVNE ODREDBE Član 1 Ovim zakonom uređuju se zaštita životne sredine radi njenog očuvanja, smanjivanja rizika za život

Državni organi Bosne i Hercegovine nadležni da osiguravaju zaštitu životne sredine su: Vijeće ministara BiH i Ministarstvo spoljne trgovine i ekonomskih odnosa kao i Ministarstvo inostranih poslova. U Republici Srpskoj: Vlada Republike Srpske i Ministarstvo za prostorno uređenje, građevinarstvo i ekologiju. Federacija BiH ima Ministarstvo za zaštitu okoliša.[6] Republika Srbija ima Ministarstvo zaštite životne sredine i Direktorat za radijacionu i nuklearnu sigurnost i bezbednost Srbije.

Vrijeme u kojem živimo suočava svijet sa brojnim ratovima u kojima zaraćene strane prijete nuklearnim oružjem. U našoj javnosti posebnu pažnju izazivaju posljedice NATO agresije bombama sa osiromašenim uranijumom bačenim na teritoriju Bosne i Hercegovine 1995. godine i na teritoriju Srbije 1999. godine. Danas, posebnu pažnju javnosti u Republici Srpskoj i Federaciji BiH, pored neriješenog pitanja otklanjanja posljedica razornog štetnog

i zdravlje ljudi, te osiguravanja i poboljšavanja kvaliteta života, zaštita svih elemenata životne sredine, informisanje i pristup informacijama u oblasti zaštite životne sredine, planiranje i zaštita životne sredine, strateška procjena uticaja i procjena uticaja na životnu sredinu, postupak izdavanja ekoloških dozvola i sprečavanja nesreća velikih razmjera, sistem eko-označavanja i upravljanje zaštitom životne sredine, finansiranje aktivnosti u vezi sa životnom sredinom, odgovornost za štetu nanesenu životnoj sredini, kao i prava i obaveze pravnih i fizičkih lica koja obavljaju djelatnosti utvrđene ovim zakonom. Član 2 Zaštita životne sredine sprovodi se u cilju: a) smanjenja korišćenja, sprečavanja opterećivanja, zagađivanja i narušavanja životne sredine, poboljšanja i obnove oštećene životne sredine, b) zaštite ljudskog zdravlja i poboljšanja uslova životne sredine za kvalitet života, v) održivog upravljanja, očuvanja i zaštite prirodnih resursa, racionalnog korišćenja resursa i takvog načina privrede kojim se osigurava obnova resursa, g) usklađenosti socijalnih, ekonomskih i drugih interesa Republike Srpske (u daljem tekstu: Republika) sa zahtjevima za zaštitu životne sredine, d) međunarodne saradnje u zaštiti životne sredine, đ) pružanja mogućnosti za inicijative i učešće javnosti u djelatnostima koje imaju za cilj zaštitu životne sredine, e) koordinacije privrede i integrisanja socijalnog i ekonomskog razvoja u skladu sa propisanim standardima za zaštitu životne sredine i ž) uspostavljanja i razvoja institucija za zaštitu i očuvanje životne sredine. Član 3 (1) Svako lice ima pravo na zdravu životnu sredinu. (2) Svako lice ima pravo na život u životnoj sredini podobnoj za zdravlje i blagostanje, te je individualna i kolektivna obaveza da se zaštiti i poboljša životna sredina za dobrobit sadašnjih i budućih generacija. Član 4 Odredbe ovog zakona odnose se na: a) sve elemente životne sredine (vazduh, vodu, zemljište, biljni i životinjski svijet, pejzaž, izgrađenu životnu sredinu) i b) sve vidove djelatnosti koje koriste prirodne resurse i opterećuju životnu sredinu, odnosno djeluju na životnu sredinu tako da predstavljaju opasnost od zagađivanja životne sredine, zagađuju životnu sredinu ili imaju negativan uticaj na životnu sredinu (poput buke, vibracija, radijacije, izuzimajući nuklearnu radijaciju, otpad itd.). https://advokat-prnjavorac.com.

[6] Zakon o zaštiti okoliša FBiH, *Službene novine FBiH*, 15/21.

dejstva upotrebljenog oružja sa tzv. "osiromašenim uranijumom", zaokupljaju i najnovije prijetnje iz susjedne Republike Hrvatske da uz samu granicu sa Bosnom i Hercegovinom izgradi skladište nuklearnog otpada.

Štetno djelovanje municije sa osiromašenim uranijumom

Tragičan događaj koji je izazvao neslućene i neotklonjene štete desio se u periodu između 30. avgusta i 13. septembra 1995.g. kada je 3.202 NATO aviona izručilo na teritoriju Republike Srpske 10.000 tona ubojnih sredstava, između kojih i municiju API PGU–14/B, koja predstavlja radijacionu opasnost za civilno stanovništvo i životnu sredinu. U ovu municiju ugrađen je osiromašeni uranijum koji je, u stvari, nuklearni otpadni materijal, čija radioaktivnost potiče od raspadanja uranijuma 235 i uranijuma 238 kao i njihovih potomaka. Uranijum i njegove soli spadaju u grupu veoma toksičnih materija. Prema međjunarodnim propisima uranijum je svrstan u drugu grupu radionukleida vrlo visoke radiotoksičnosti. Efekti dejstva ove municije na ljude mogu biti fatalni. Pored razaranja tkiva ranjavanjem dolazi i do kontaminacije. On izaziva dermatitis, oštećenja bubrega, akutne nekrotične arterijske lezije, pa čak i smrt. Inhalacija sitnih čestica u pluća može da prouzrokuje karcinom.[7]

Kako uspostaviti odgovornost NATO snaga za ekološke štete? Prognoze su upitne. S jedne strane stoji princip, inaugurisan Poveljom OUN, po kojem ova svjetska organizacija ne snosi naknadu štete u takvim i sličnim slučajevima. OUN uživa imunitet. To je nesporna činjenica koja je rukovodila tvorce Povelje OUN, lidere zemalja antihitlerovske koalicije, da normiraju ovu materiju na opisani način. Međutim, tvorci povelje nisu ni slutili da će doći dan kada će Svjetska organizacija služiti kao pokriće liderima tzv. novog svjetskog poretka da samostalno preduzimaju ratna dejstva bez odobrenja Savjeta bezbjednosti OUN. Od OUN oni, tobože, traže mandat da izvršavaju njene, od njih nametnute naloge. Među tim nalozima našao se i zahtjev NATO avijaciji da, prema iznuđenom mandatu od OUN, bombarduje srpske ciljeve u Bosni. Međutim, to je izvršeno najprljavijim oružjem, s najvećom dozom poniženja protivnika, nuklearnim otpadom!

Naš izvanredni stručnjak, docent dr Zoran Stanković, patolog sa VMA, ne ulazeći u problem deliktne odgovornosti, predlagao je mjere koje bi trebalo da se provedu kako bi se djelimično i neophodno otklonile posljedice dejstva radioaktivne municije na ljude u Republici Srpskoj. Doc. dr Z.

[7] Vrhovac, D., Barać, G. (1998) *Novi prelom*, 31.avgust 1998. str. 22-23.

Stanković poručivao je da je NATO, kao najbolji poznavalac upotrebljenog oružja, "nuklearnog otpada", trebalo da organizuje i finansira prikupljanje svih neeksplodiranih granata i dijelova minsko-eksplozivnih sredstava i organizuje njihov transport u zemlje porijekla (koje su izvršile granatiranje), s obzirom da je municija s osiromašenim uranijumom takozvani "nuklearni otpad" koji treba vratiti njihovim vlasnicima.[8] Koliki je to cinizam da se transport i eksport nuklearnog otpada u treće zemlje vrši jednostrano i samovoljno, bez naknade za pogođenu zemlju i njen narod, uz pomoć artiljerijske municije! Docent Stanković, svojevremeno je razumno predlagao da OUN, kao naredbodavac granatiranja, opremi bolnice u Banjoj Luci, Sokocu i Trebinju savremenom medicinskom opremom za otkrivanje i liječenje posljedica bombardovanja projektilima sa osiromašenim uranijumom.[9] Kao što smo već spomenuli, NATO i OUN odbijaju poziv za sopstvenu odgovornost za štetu, u ovom slučaju.

Ovom prilikom, možemo se podsjetiti na dijalog vođjen na Kopaoniku, pravničkom Olimpu, decembra 1996. između Zorana Basraka, dipl. pravnika iz Javnog pravobranilaštva Republike Srpske i francuskog profesora prava, dr Žana Ozera, koji, prema stenogramu diskusije, glasi: -Zoran Basrak: "Nadam se da je profesor upoznat da je Republika Srpska bombardovana od strane NATO snaga i da se u sastavu tih NATO snaga nalazila avijacija Francuske. Pa u tom smislu objektivne odgovornosti Francuske, kao države, odnosno Evropske unije za štetu koju su nanijeli Republici Srpskoj, kao i civilima, koji su direktno pretrpjeli materijalnu i nematerijalnu štetu od tog bombardovanja." -Dr Žan Ozer: "Štete koje su prouzrokovane u ratu, kada bi se neko obratio sa tužbenim zahtijevom protiv lica koje je izvelo akt bombardovanja, ono bi moglo da navede, kao opravdanje, dakle, kao razlog kojim se otklanja njegova odgovornost, naredbu koju je dobio da takvu radnju izvrši. Ona bi ga oslobađala od odgovornosti. Ako je reč o odgovornosti država, to pitanje

[8] Prema onovremenim informacijama, planirano osnivanje tri istraživačka centra (Banja Luka, Pale i Doboj), uz pomoć stručnjaka iz inostranstva, uz već prikupljena donatorska sredstva je zamrlo. Navodi se da dr Stankoviću nije bio dozvoljen, od strane političkih faktora, dalji rad u Republici Srpskoj. Obrazloženje takve nerazumne odluke bilo je, "da se srpski narod ne bi iseljavao". Ko je mogao da donese odluku o prikrivanju istine? "Tadašnji predsjednik RS je lično zatražio da se ne objave podaci o posledicama bombardovanja osiromašenim uranijumom", kazala je Branka Jovanović iz Nove zelene stranke. Zašto? "Da se ne uništi poljoprivreda u Republici Srpskoj", govorio je." (Navedeno prema NIN-u od 29. jula 1999. g., str. 25.

[9] *Ibid*.

se reguliše međunarodnim pravom."[10] Profesor Ozer je vjerovatno mislio na Poglavlje VII Povelje OUN koja omogućuje primjenu sile u međunarodnim odnosima, pod, u njoj navedenim pretpostavkama. A, moguće da je mislio i na eventualne međudržavne bilateralne sporazume kojima se reguliše snošenje ratne štete.

Ratne štete

Kod tzv. "ratnih šteta", odnosno, za našu temu preciznije kazano, ratnih dejstava kao uzroka nastanka štete, nužno je postojanje, odnosno utvrđivanje protivpravnosti ratnih dejstava. Prema doktrini međunarodnog prava i interpretacijama međunarodno-pravnih izvora koji uređuju pitanje odgovornosti za nanošenje štete, odbrambeni rat nije zabranjen.

S druge strane, Poveljom OUN zabranjena je svaka primjena sile, pa tako i agresivni rat i oružani sukob.[11]

Pod pojmom (definicijom) ratne štete odnosno štete koja nastane u oružanim sukobima, obuhvaćeno je umanjenje imovine neke države i sprječavanje njenog zakonomjernog povećanja, kao i umanjenje postojeće ili sprječavanje izvjesnog budućeg povećanja imovine njenih građana i pravnih lica registrovanih u datoj državi i nanošenje fizičkog ili psihičkog bola ili straha njenim državljanima-građanima.[12] Radi se o poznatim kategorijama materijalne i nematerijalne štete prouzrokovane fizičkim i pravnim licima kao i samoj državi koja je međunarodno-pravno priznat subjekt, entitet ili pravno lice međunarodnog prava.

Profesor Pak ističe[13] da je domen ratnih šteta, mogućnosti njihove naknade i sva druga pitanja vezana za legitimaciju stranaka, nadležnost foruma odlučivanja i mjerodavnog prava u pogledu pravničkog iskustva oskudan. Ističe se dilema oko sudske nadležnosti: da li tužiti pred međunarodnim forumom (Sud pravde u Hagu) ili nacionalnim sudom. Profesor Pak ističe da je u pitanju problem javnog prava, a ne međunarodnog privatnog prava, te da bi se nacionalni forum mogao oglasiti nenadležnim. A pravilan izbor nadležnosti značio bi već pola obavljenog posla u odbrani žrtava. Što se tiče pasivne

[10] *Pravni život*, br. 1-2/1997., str. 416.
[11] Mihailović, N., Petrović, Z. (1998) *Ratne štete i reparacije*, Beograd, str. 67.
[12] *Ibid*., str. 68.
[13] Pak, M., (1999) Naknada štete prouzrokovane oružanom akcijom NATO u Jugoslaviji, *Zbornik radova sa savetovanja pravnika*, 4-8. septembar 1999.g., Budva.

legitimacije i ovdje postoji dilema: da li tužiti države članice NATO saveza solidarno ili NATO kao pravno lice pred sudom u sjedištu ove organizacije.[14]

Aktivno su legitimisana sva pravna i fizička lica iz zemlje, žrtve agresije.[15] Odgovornost za posljedice agresije koju pokrene vlada(r) snosi i njegov narod. Profesor Pak ističe, "ako sud, koji prihvati raspravljanje o meritumu, nađe da je jugoslovenska vlada svojom politikom izazvala (skrivila) agresiju (prema nekoj viktimološkoj formuli: "kriv je ubijeni a ne ubica") tada sud može, na osnovu generalne supstitucije, odbiti prihvatiti aktivnu legitimaciju svih mogućih tužilaca koji potiču iz SRJ".

Ako se oružana akcija NATO kvalifikuje kao ratno stanje između suverenih država, na osnovu takve kvalifikacije moguće je isključiti primjenu materijalno-pravnih pravila o građansko-pravnoj odgovornosti i primijeniti samo međunarodna pravila, Ženevske i druge konvencije kojima se uređuju posljedice ratnog stanja.[16]

Kao i za svaki drugi obligaciono-pravni zahtjev, tražbinu na naknadu prouzrokovane štete, potrebno je dokazati postojanje uslova odgovornosti: - postojanja štete; - pričinjavanje prouzrokovane štete deliktnom ili protivpravnom radnjom (u ovom slučaju dejstvom protivpravnih akata - agresivnih oružanih dejstava druge države) i postojanje uzročne veze između tih agresorskih, protivpravnih akata i nastale (ekološke) štete. Jedno od najtežih pitanja građansko-pravne odgovornosti za ratne štete je utvrđivanje uzročne veze između uzroka, koji se u domenu osiguranja naziva ratni rizik, a obuhvata ratno stanje, ratne radnje, i ratne operacije i nastale štete.[17]

---

[14] *Ibid*., str. 39.

[15] Međunarodna konferencija: *Regionalna saradnja u oblasti građanskog sudskog postupka sa međunarodnim elementom*, Banja Luka, 2009. godine.

[16] U domenu osiguranja smatra se da činjenica da postoji RATNO STANJE nije dovoljna da se šteta koja je pokrivena osiguranjem smatra kao posljedica ratnog rizika. Potrebno je da je do štete došlo RATNIM DEJSTVIMA, RATNOM RADNJOM. Naš Zakon o obligacionim odnosima prihvatio je izraz: RATNE OPERACIJE ("*Warlike operation", "operation de guerre")*. Riječ je o radnjama koje po svojoj prirodi nisu ratne, ali u posebnim okolnostima dobijaju karakter neprijateljskih postupaka. (Prof. dr Predrag Šulejić: *"Osiguranje ratnih šteta*" navedeni zbornik, str. 26, 27, 28.

[17] Profesor Šulejić, umjesto teorije "*causa proxima",* koja uzrokom smatra hronološki najbliži događaj nastupjeloj šteti, a koja je prihvaćena u pomorskom pravu, za ratne štete predlaže upotrebu teorije odlučujućeg uzroka "*cause determinante"* po kojoj treba tražiti odlučujući uzrok, bez obzira na hronologiju događaja; drugim riječima, ne zahtijeva se da je ratni rizik bio jedini uzrok štete, ni da je on bio neposredan i direktan, već je dovoljno da je bio odlučujući i dominantan, što nas približava teoriji prevalirajućeg uzroka. *Ibid.*, str. 29.

Kao jedan od neophodnih uslova javlja se i onaj koji ujedno ima i funkciju osnova odgovornosti. Osnov odgovornosti države za ratnu štetu može biti kako subjektivni (krivica) tako i objektivni (kauzalitet ili stvoreni rizik). Možemo preliminarno zaključiti da osnov odgovornosti druge države za ekološke (ratne) štete ulazi u domen tzv. objektivne odgovornosti, odgovornosti koja proističe iz činjenice prouzrokovanja štete i za koju se ne zahtijeva dokazivanje i utvrđivanje krivice. Krivica se, u domenu objektivne odgovornosti za prouzrokovanu štetu, apstrahuje, jer je preduzimanje štetne aktivnosti tako teško nepravo ili negacija prava da se oštećenom trebaju stvoriti povoljni procesni uslovi, a šteta potiče od krajnje opasnih sredstava i dejstava, tj. razorne, ubilačke i nehumane upotrebe takvih sredstava vođenja rata.

Nakon završetka Drugog svjetskog rata pojam: *naknada ratne štete*, zamijenjen je pojmom: *reparacije.* Reparacija se definiše kao novčana obaveza koju pobjednička država ili strana ima pravo da zahtijeva od pobijeđene države ili strane za pretrpljenu štetu. Pravni osnov plaćanja reparacija je izvršeni delikt međunarodnog prava, a reparacije se kvalifikuju kao međunarodno-pravne sankcije. U dosadašnjoj istoriji ratovanja o plaćanju reparacija odlučivalo se mirovnim ugovorima. Ratne štete odnosno reparacije plaćale su samo pobijeđene države.

Prema svemu dosad izloženom mogućnosti naknade ratne štete zavise od dvije osnovne okolnosti: 1) da je šteta nastala agresivnim ratnim dejstvima države-agresora, i

2) da je napadnuta strana (država žrtva agresije) izašla iz sukoba sa agresorskom stranom protiv koje se branila, tj. vodila odbrambeni rat.

Prva okolnost se, prema dosadašnjoj praksi u međunarodnim odnosima, konstatovala od strane Savjeta bezbjednosti OUN. Međutim, nakon agresije NATO pakta na SRJ, Savjet bezbjednosti OUN je potpuno istisnut iz svoje funkcije očuvanja mira koja mu je povjerena Poveljom OUN. Usljed toga, pred SB OUN nije se ni iznosilo pitanje utvrđivanja očevidne agresije snaga NATO pakta na suverenu državu SRJ.[18]

Prema svemu što smo naveli, o odgovornosti za ratnu štetu, kao kategoriji međunarodnog javnog prava, može se odlučivati mirovnim sporazumom

[18] Kao što je danas poznato, planom NATO bombardovanja obuhvaćeni su objekti na teritoriji Srbije u tri zone: zona 1-KiM i dio južno od 44. paralele linija Zaječar-Ljubovija); zona 2 dio Srbije južno od 44. paralele i zona 3-dio Srbije sjeverno od 44. paralele.

ili drugim međunarodno-pravnim ugovorom ili kroz uspostavljanje arbitraže sporazumom suprotstavljenih strana.[19]

Dejtonskim sporazumom za Bosnu i Hercegovinu pitanje ratne štete nije uređeno. Tako izlazi da je ovo pitanje, kao pravni problem, prepušteno unutrašnjem pravnom poretku, a sam sukob, koji je prethodio zaključivanju Dejtonskog sporazuma, nije okvalifikovan kao međunarodni, već kao unutrašnji oružani sukob-građanski rat. O odgovornosti Bosne i Hercegovine za štetu proisteklu iz djelovanja NATO snaga odlučivao je Sud BiH. U svojoj odluci je naveo da "imunitet međunarodnih snaga ne oslobađa državne vlasti od odgovornosti za štetu ukoliko međunarodne snage djeluju kao predstavnici države u održavanju mira i sigurnosti ili implementaciji međunarodnog sporazuma."[20]

Što se tiče riješavanja problema koji od tada nastaju na prostorima bivše SRJ, a sada Republike Srbije neizvjesno je kako će se i da li će se pitanje ratne štete riješavati. Da se kao izlaz iz sukoba SRJ i NATO pakta zaključio međunarodni mirovni sporazum, strane su trebale biti država SRJ i države NATO pakta koje su izvršile oružanu agresiju na teritoriju SRJ. Koncept tog ugovora je još uvijek nejasan, a njegovo zaključivanje neizvjesno.

Za iznošenje spora pred Međunarodni sud pravde u Hagu ili međunarodnu *ad hoc* arbitražu nužan je sporazum strana u sukobu da pristaju na taj izabrani forum za riješavanje njihovog spora.

U poznatoj međunarodno-pravnoj praksi Savjet bezbjednosti OUN je Rezolucijom broj 687 od 3. aprila 1991. g. utvrdio da je Irak izvršio agresiju na Kuvajt i da je zbog toga odgovoran za svu ratnu štetu koja je od tog

---

[19] Ekolog svjetskog glasa, FRANC VEBER, uputio je pismo-protest Bilu Klintonu da prekine agresiju na SRJ, obustavi bombardovanje i povuče se iz rata koji je zapalio u Evropi."Kada bi Evropljani mogli da vam se obrate, gospodine predsedniče, oni bi vam preneli svoj revolt što Amerika, u zaklonu na svom dalekom kontinentu, trošeći stotine miliona dolara dnevno pored vojnih ciljeva bombarduje i bolnice, škole, fabrike, administrativne zgrade, mostove, rezidencijalne četvrti, crkve, manastire, albanske i srpske izbeglice, i što planiraju hladno, uvek pod plaštom "humanitarne akcije" hemijsko i radioaktivno zagađenje velikih delova evropskog kontinenta udarajući danas po rafinerijama i hemijskoj industriji, a sutra po nuklearnim centralama. (...) Rekli bi vam da uništavate zemlju, faunu, floru, okolinu ne samo Srba, već i Albanaca. Da uništavate njihove živote, zdravlje, nade, dela, materijalna i društvena dobra i njihove duhovne i kulturne korene. Rekli bi vam da prouzrokujete hiljadu puta veću katastrofu od one koju pretendujete da suzbijete." (Navedeno prema "Politici" od 24. IV 1999. g.).

[20] Sud BiH, Bilten br. 4/2014, Presuda Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj: Gž-159/10 od 15.03.2011. godine.

protivpravnog akta, međunarodno-pravnog delikta, nastala. Očito je u slučaju agresije NATO pakta na SRJ ona ostala usamljena, izolovana i unaprijed osuđena. Zbog konstelacije međunarodnih snaga i odnosa u toku stvaranja tzv. "novog svjetskog poretka" potpuno je neizvjesna sudbina eventualnog zahtjeva SRJ za nadoknadom ratne štete (reparacije) koju zbog NATO agresije u ogromnim razmjerima trpi SRJ.[21]

Kako zaključuju Mihailović i Petrović u navedenom autorskom radu: "Činjenica da su pravo na naknadu štete u toku istorije ostvarivale i mogle ostvarivati samo države pobednice, među kojim su se nalazile i mogle nalaziti i države agresori, pokazuje svu nesavršenost međunarodnog prava i njegovih mogućnosti, koje su se u krajnjoj konsekvenciji svodile na pravo jačega." Nad ovim valja zastati i dobro promisliti: šta i kako dalje!?

Mogućnosti prevencije ekoloških šteta

Gotovo da nam prethodno izlaganje i ne daje za pravo da posebno izdvajamo neku novu kategoriju šteta, koja nije već obuhvaćena štetama od škodljivih materija kojima smo obuhvatili i atomske štete.[22] Ipak, pod ovim naslovom namjeravamo ispitati mogućnosti otklanjanja šteta koje, svojim razornim posljedicama, napadaju eko-sisteme života, ali čija bi reparacija, na klasičan način, uspostavljanjem obligacionog odnosa na naknadu štete, bila nemoguća ili neprimjerena. Tragični efekti koje postižu moderni prouzroko-

[21] Kapetan Adolfo Luis Martin de la Hos, jedan od španskih pilota aviona F-18 koji je učestvovao u bombardovanju Jugoslavije, otvorio je srce i novinaru Hose Luisu Moralesu dao intervju za nedeljnik *Artikulo 2.* U tom intervuju, (prema navodu u "Reporter" od 16. juna 1999. g.) on je, između ostalog, posvjedočio i ovo: "Ni jedan komentator nema pojma šta se stvarno dogodilo u Jugoslaviji. Jedna zemlja je uništena novim oružjem, otrovnim gasovima koji slabe organizam, površinskim bombama koje se lansiraju padobranima, uranijumskim bombama, crnim napalmom, sterilizacijom i trovanjem zasejanih polja, otrovnim gasovima i nekim oružjem koje ni mi još ne poznajemo."
Ovaj iskaz treba uzeti ozbiljno, radi toga da se vlasti, radi umirivanja naroda, ne bi okrenule embargu na informacije, metodu dezinformisanja javnosti iz "viših ciljeva", kao što je već bilo postupljeno u vrijeme "černobiljske katastrofe".

[22] Portparol NATO pakta izvještavajući novinare u Briselu na pitanja zašto se bombarduju civilni ciljevi, izbjegličke kolone ili izbjeglički kampovi ne jednom nego više puta o tome s posebnim cinizmom govorio je da se radi o jednoj, tobože, novoj vrsti štete: KOLATERALNOJ, što bi trebalo da znači: usputnom i nenamjernom greškom. Ovakve izjave nisu nikakva opravdanja teških prekršaja međunarodnog humanitarnog prava koja se čine sredstvima za masovno i neselektivno ubijanje.

vači masovnih napada na eko-sisteme dovode u pitanje primjerenost klasičnih sredstava građansko-pravne zaštite oštećenih lica, a njihova primjena može izazvati čak i podsmjeh žrtava i javnog mijenja. Ekološke štete prevazilaze primjenu imisione zaštite koju pruža susjedsko pravo, koje je razvilo stvarnopravne tužbe protiv vlasnika nekretnine iz koje se emituju štetne imisije.[23] Klasična građanskopravna zaštitna sredstva, formulisana kao svojinske i posjedovne tužbe, utemeljena su na zaštiti svojinskih prava i pravnih interesa vlasnika nekretnina. Zagađivanje čovjekove okoline je širi fenomen od štetnih imisija koje vrijeđaju susjedska prava vlasnika i posjednika nekretnina na mirno uživanje. Savremeno zagađivanje čovjekove okoline pogađa ne samo susjedska zemljišta i nekretnine nego najširi krug lica i imovine.

U pravno-tehničkom, unutrašnjem smislu, stvarnopravna susjedska imisiona zaštita je uzorna u samom sadržaju zahtjeva koji se u njima postavlja. U biti zahtjeva je uklanjanje izvora opasnosti, a u drugom planu je, akcesorni, zahtjev za naknadu štete. Kao što je poznato, obligacionopravna tužba na naknadu štete sanira posljedicu koja je već nastala, ali ne dira u uzrok nastanka štete. Njoj nije cilj da ukloni, iz svagdašnjeg života opasnu stvar ili opasnu djelatnost koja je dovela do štete. Drugim riječima, ista opasna stvar ili opasna djelatnost, koja je već nekom trećem licu prouzrokovala štetu, može to ponoviti nebrojeno puta, ako njen imalac isplati oštećenim licima naknadu štete! Stoga je i obligacionopravni koncept zaštite nedostatan, kao i stvarnopravni, da uklanja ekološku opasnost koja se nad cijelim čovječanstvom nadvila.[24] Stoga, stvarnopravni oblici imisione zaštite nisu primjereni modernim vidovina imisionih dejstava.

Kao osnovni cilj zaštite kod ekološke opasnosti nastanka štete je prevencija. To nije tipično za sferu građanskopravne odgovornosti. Ali, to nije tipično ni za krivičnu odgovornost. I kod krivične odgovornosti kazna stiže *post festum*, tj. tek nakon što je krivično djelo izvršeno i dokazano. U krivičnom pravu kažnjavanje za pokušaj ima privid elementarne prevencije. Kod ekoloških šteta bolje je da do njih uopšte ne dođe jer, kako smo prethodnim izlaganjem nastojali obrazložiti, one se javljaju i kao "genetičke, anonimne

[23] Morait, B. (1988) Građansko-pravni aspekti zaštite životne sredine, *Komuna*, Beograd, broj 2/l988. g.

[24] U Srbiji je od 1989. na snazi zakonska zabrana izgradnje nuklearnih elektrana, uvedena kao reakcija na akcident u Černobilju 1986. Prema autorskom tekstu Ministarke rudarstva i energetike Republike Srbije, poslanički prijedlog za ukidanje moratorijuma zahtijevaće pokretanje ozbiljne javne rasprave da se u Srbiji nuklearna energija razmatra kao opcija koja može doprinijeti stabilnosti snabdijevanja. (Politika, 14. april 2024. g.).

i zakašnjele štete". Dakle, ukoliko pravo želi da im se efikasno suprotstavi, tada mora koristiti sredstva koja bi njihovo nastupanje spriječila, prema onoj narodnoj: "bolje je spriječiti nego liječiti". Klasične štete je moguće "liječiti" i novčanom naknadom a moguće je i u potpunosti izvršiti restituciju. Međutim, ekološke štete su najčešće nepopravljive i restitucija se naknadom ne može postići.

Iz tih razloga je u sistem pravila Zakona o obligacionim odnosima propisana i tzv. "popularna tužba". Ovu tužbu može podnijeti svako lice i postaviti zahtjev tuženome da ukloni izvor opasnosti iz kojeg prijeti znatnija šteta samom tužiocu ili neodređenom broju lica. Pored toga, tužilac iz popularne tužbe može zahtijevati da se obustavi djelatnost odnosno da se tuženi uzdrži od obavljanja djelatnosti od koje dolazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se ove neželjene i neprijatne posljedice ne mogu spriječiti drugim odgovarajućim mjerama.

Prema tome, "popularna tužba", koja je propisana u Zakonu o obligacionim odnosima još 1978. godine, nije tužba za naknadu štete, nego tužba za sprječavanje nastanka štete.[25] U ranijoj literaturi postojalo je shvatanje da se i kod uklanjanja opasnosti zapravo radi o naknadi štete (Vuković). Uporedo sa zahtjevom za uklanjanje opasnosti, ZOO uređuje i klasični odštetni zahtjev, kada od izvora opasnosti koji se ne može ukloniti nastupi šteta za okolinu i treća lica.

Što se tiče visine naknade štete u ZOO je usvojeno riješenje koje dozvoljava naknadu samo prekomjerne štete, ukoliko štetu prouzrokuje vršilac opštekorisne djelatnosti za koju je dobijena dozvola nadležnog organa. Znači da dio tako nastale štete neminovno snosi sam oštećeni. Ovaj koncept je suprotan dosadašnjem razvoju odštetnog prava koje je polazilo stalno od što potpunije zaštite oštećenog. Prihvaćena je argumentacija koju je iznio profesor Milošević u citiranoj monografiji. Međutim, izgleda da je moguće pomiriti i zaštitu oštećenih i dozvoljeno djelovanje štetnika. Mali je broj lica koja vrše opštekorisnu djelatnost. Besmisleno bi bilo sve robne proizvođače, sva preduzeća koja proizvode i prodaju robu radi sticanja profita, smatrati preduzećima od opštedruštvenog značaja. Većinom su to preduzeća koja vrše društvenu funkciju, ali je njihov interes individualan i profiterski. Oni ne nastupaju na tržištu zato što žele da čine dobročinstva, nego zato što žele

[25] Morait, B. (1988) Uklanjanje opasnosti u sistemu obligacionog prava, referat za *Savjetovanje Deset godina Zakona o obligacionim odnosima*, Kopaonik, 15,16,17-XII-1988. g. str. 16.

da profitiraju.[26] Nesumnjivo da to vrijedi u tržišnoj privredi zasnovanoj na privatnom kapitalu i privatnom preduzetništvu kojom smo se tranzicijom i privatizacijom priključili.

Dakle, od lica ili štetnika koji ne vrši opštekorisnu djelatnost mogu se uputiti dva zahtijeva: -prvi, da naknadi štetu u punom obimu, i -drugi, da preduzime društveno opravdane mjere da se spriječi nastupanje štete ili da se ona smanji.[27]

Iz ovog vidimo da je zakonodavac, prilikom donošenja Zakona o obligacionim odnosima, nastojao da osjeti puls modernog vremena, ali da ni obligacionopravnim sredstvom zaštite (tužbom za naknadu štete), kao ni zahtjevom da se ukloni opasnost štete (popularnom tužbom), nije dosljedno i radikalno pristupio problemu, jer je, nizom materijalno-pravnih pretpostavki, "otupio oštricu" ovih građansko-pravnih sredstava i "poštedio" najkrupnije i najopasnije zagađivače čovjekove okoline u našem društvenom okruženju. A nije teško zaključiti koji je interes važniji: - nesmetano, ali štetno obavljanje "opštekorisne djelatnosti" ili, - zdravlje ljudi, kako ove tako i slijedećih generacija. Davno je rečeno da je čovjek mjera svih stvari. Otuda moramo zaključiti i poručiti da ono što je opasno za čovjeka i njegovu životnu sredinu nije korisno za čovječanstvo, tj. nije opštekorisno.

Zbog prirode ekoloških šteta, koje se često javljaju kao posljedica ratnih dejstava, pokrenute su inicijative za formiranje međunarodnog ekološkog suda, čiji koncept je izradio JUNFEB, a prihvatila SANU kao buduću osnovnu aktivnost Odbora za ekologiju SANU.[28] Pored toga prezentovan je i projekat izrade katastra degradiranih prostora koji su izazvani bombardovanjem SRJ. Ove inicijative trebala je da prihvati i da prati i Republika Srpska.

---

[26] Iz redova ekologa koji imaju potpuniji uvid na situaciju sa terena stalno se ističe da su zagađivači velika opasnost za ljudski rod i da se ekološkom zaštitom ne treba baviti formalno, konferencijaški, nazdravičarski i svečarski. O ekologiji, zagađenju i opstanku valja govoriti kroz iskustva onih čije je zdravlje ugroženo ili kroz istraživanje uzroka zagađenosti i opasnosti na licu mjesta; u fabrici, u gradu, na radnom mjestu, itd. Naravno, sa stručnjacima kojima je draža istina nego cehovska solidarnost i naučna uobraženost. A institucije zaštite su malokrvne, slabašne, sa nedovoljno stručnjaka i volje da se bore za istinu, a i kad je saznaju, "vežu konja gde im gazda kaže!" (Intervju sa Zoranom Bojovićem u "Politici" od 30. agusta 1998. g.). Prema njihovom mišljenju, norme o zaštiti životne sredine, uglavnom štite uloženi kapital i nadmenost naučnika, a ne prag osetljivosti života.

[27] Morait, B. Pretpostavke (uslovi) podizanja zahtjeva da se ukloni opasnost štete, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci*, broj XIII/89, str. 27-34.

[28] Prema izvještaju "Politike" od 20. aprila 1999.g.

Najzad, s aspekta građanskih subjektivnih prava, koja su nesumnjivo povrijeđena usljed ratnih dejstava i akata agresije, nas interesuje sudbina eventualnih odštetnih zahtjeva prema državama Evropske unije odnosno zemljama članicama NATO saveza država odnosno NATO saveza u cjelini, kao posebnog pravnog subjekta u koji su udružene pojedine države kao članice. To su neposredni zahtjevi fizičkih i pravnih lica van tzv. postupka "diplomatske protekcije" u kojem država zastupa prava pojedinaca u odnosu na druge subjekte međunarodnog prava. Fizičko ili pravno lice može da podnese tužbu za naknadu štete u građanskom postupku i tuži državu, odnosno nadležno ministrstvo, tj. ministra odbrane.

U svim pravnim sistemima EU važi pravilo prioriteta krivičnog postupka u odnosu na građanski postupak, što znači da ukoliko se u građanskom postupku pokaže da spor podliježe krivičnom postupku, građanski parnični postupak se suspenduje sve do konačne odluke suda u krivičnom postupku.[29]

U krivičnom postupku, ako je šteta pretrpljena usljed agresije posljedica izvršenog krivičnog djela i ukoliko se utvrdi krivična odgovornost i izrekne kazna[30], krivični sud ima pravo da dosudi odštetu žrtvi. Pošto u zemljama EU

[29] **Glava XXIX** Krivična djela protiv životne sredine (Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 64/17, 104/18-odluka US, 15/21, 89/21, 73/21, 73/23, 9/24-odluka US)
Zagađivanje životne sredine **Član 370**
(1)Ko suprotno propisima o zaštiti, očuvanju i unapređenju životne sredine zagadi vazduh, zemljište ili vodu u većoj mjeri ili na širem prostoru, kazniće se kaznom zatvora od šest mjeseci do tri godine. / (2) Ako je usljed djela iz stava 1. ovog člana došlo do uništenja ili znatnog oštećenja šumskih i drugih biljnih zajednica i njihovih staništa na širem prostoru ili je životna sredina zagađena u toj mjeri da je ugroženo zdravlje ljudi ili životinja, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do pet godina. / (3) Ako su djela iz st. 1. i 2. ovog člana učinjena nehatno, učinilac će se kazniti za djelo iz stava 1. ovog člana kaznom zatvora do dvije godine, a za djelo iz stava 2. ovog člana kazniće se kaznom zatvora od šest mjeseci do tri godine.
Zagađivanje životne sredine otpadnim materijama Član 371
(1) Ko suprotno propisima prerađuje, odlaže, odbacuje, sakuplja, skladišti, uvozi, izvozi ili prevozi opasan otpad, nuklearni materijal ili druge radioaktivne supstance ili opasne materije ili u tome posreduje ili sa njima postupa na način koji može trajnije ili u znatnoj mjeri ugroziti kvalitet vazduha, zemljišta, vode ili šuma, ili u znatnoj mjeri ili na širem području može ugroziti biljke ili životinje, ili može ugroziti život ili zdravlje ljudi, kazniće se kaznom zatvora od jedne do pet godina.

[30] Kobajica, S. Politika kažnjavanja za ekološka krivična djela-quo vadis Federacija BiH, *Pravna misao* (Sarajevo), broj 3-4 /2020, 7. ističe kako su sudovi novčane kazne pretežno izricali u nižim iznosima, a mjere sigurnosti sporadično. Okosnicu sudske politike kažnjavanja za ekološka krivična djela je činila uslovna osuda.

tužilaštva konačno odlučuju o pokretanju krivičnog postupka, a pošto su tužilaštva zavisna od izvršne vlasti, u ovim osjetljivim pitanjima kada žrtve agresije tuže "njihove" države, tj. izvršne vlasti odnosno vlade agresorskih država, postoji bojazan da tužilaštva neće biti naklonjena pokretanju krivičnih postupaka u takvim slučajevima. Zbog toga su preliminarni izgledi na uspjeh krivičnih prijava ili direktnih tužbi za naknadu štete neizvjesni.[31] Pozicije oštećenih će izgledati povoljnije ukoliko sud koji prihvati svoju nadležnost za procesuiranje zahtjeva za naknadu štete, koji je potkrepljen činjeničnim stanjem kakvo je nastalo kao posljedica NATO oružanih akcijama na područjima Republike Srpske i SR Jugoslavije odnosno Republike Srbije i podvede ih pod pravila materijalnog prava o građjansko-pravnoj odgovornosti. Opšte je prihvaćeno koliziono pravilo u svim državama da se na vanugovornu odgovornost primjenjuje pravo zemlje gdje je šteta nastala (*lex loci delicti*). Lica koja su pretrpjela štetu u oružanim akcijama preduzimanim nedozvoljenim ratnim sredstvima (kasetnim bombama, projektilima sa osiromašenim uranijumom ili nuklearnim bojevim mecima, i sl.) imaju, smatra se, dobre izglede da budu obeštećena, jer su takve radnje protivpravne po odgovarajućim međunarodnim konvencijama.[32]

Prikupljanje dokaza i potkrepljivanje argumentacije za utuženje

Bilo bi neophodno, koliko još jučer, da se dozvoli prikupljanje i sistematizovanje podataka o šteti, da se preduzme alarmiranje svjetske javnosti preko medija, da se u ove akcije uključe istaknuti stručnjaci kao i domaće i strane nevladine organizacije. Humani, profesionalni i racionalni prilaz mogao bi dovesti do uspjeha odštetnih zahtjeva što bi bila značajna pobjeda koja bi otklonila besplodno političko-ideološko prepucavanje i diskvalifikacije, prebacivanje krivice i paušalne satanizacije. Nije ozbiljna tvrdnja da će "svijet da uvidi grešku" i da će nam dati za pravo. Bilo kakav prodor, bilo na individualnom ili državnom planu u pravcu pravnog priznanja pretrpljene štete značio bi mnogo za dalji razvoj ove vrste odgovornosti za ratne i ekološke štete imao bi preventivno dejstvo na ovakve atake u budućnosti, kako

[31] Prema medijskim izvještajima, „hiljade ljudi širom Velike Britanije okupilo se danas na plažama, rekama i jezerima zahtijevajući promjenu nivoa zagađenja vode u zemlji...nakon izveštaja da su milioni litara kanalizacije ispumpani u Vindermir u okrugu jezera tokom 10 sati u februaru. London je rekao da je stanje potpuno neprihvatljivo i da Agencija za životnu sredinu ima ovlašćenje da pokrene krivično gonjenje." Sajt „Politika", nedelja, 19.05.2024. u 00,10.

[32] Pak, M., *op.cit.*, str. 44.

bi nasilje prestalo biti pratilac politike i savremenih međunarodnih odnosa. Politički faktor bi trebao podržati pravničku aktivnost, a ne pokušati da ih iz političkih obzira ili kvazi diplomatskih razloga obustavi. Iskustvo u prošlosti je poučno s obzirom na nemogućnost ratnih i civilnih zarobljenika u vrijeme nakon Drugog svjetskog rata da ostvare odštetu od Njemačke za pretrpljena zlodjela i razne vrste eksploatacije. Kao što je poznato famozni "Brionski sporazum Tito-Brant" poslužio je u prošlosti njemačkim sudovima kao osnov oglašavanja nenadležnim u sporovima za naknadu štete pokrenutim u SRNj od strane oštećenih jugoslovenskih građana. Oni su isticali da se Jugoslavija u svojstvu generalnog supstituta odrekla prava na naknadu štete, jer je tim sporazumom dobila kapital-pomoć na ime obeštećenja i povoljne trgovinske aranžmane sa SRNj.[33] Poznato je da pojedinačno građani od toga nisu vidjeli nikakvu konkretnu naknadu štete.

Pod naslovom "Stravične posljedice NATO bombardovanja! U telima Srba nađeno 500 puta veća koncentracija osiromašenog uranijuma!" nailazimo na izjavu advokata Srđana Aleksića, da je kod dvoje građana Srbije oboljelih od kancera u organizmu pronađena koncentracija osiromašenog uranijuma 238.500 puta veća od dozvoljene, što je direktan dokaz uzročne veze između NATO bombardovanja osiromašenim uranijumom i stravičnih posljedica na ljudsko zdravlje koje će se odraziti i na buduća pokoljenja. Uprkos proteka 25 godina od NATO bombardovanja i tri godine od predaje prve od ukupno 35 tužbi protiv NATO Višem sudu u Beogradu, nije donijeta nijedna presuda protiv agresora, a tužioci, žrtve oboljele od kancera, nisu dobile naznake pravde." Kako saopštava advokat Srđan Aleksić, u pripremi je još 100 tužbi i za svakog oštećenog tražiće se odšteta od minimum 100.000 EUR kao simbolična naknada za neotklonjivu štetu. NATO je uložio prigovor imuniteta pozivajući se na sporazum koji je potpisao sa vladom Republike Srbije 2005. godine. Uprkos toj činjenici, advokat S. Aleksić smatra da se imunitet ne može primijenjivati retroaktivno, niti se za ratni zločin može retroaktivno eskulpirati. Zakon o obligacionim odnosima sadrži odredbe o uslovima odgovornosti za opasne stvari ili opasne djelatnosti. Propisana je pretpostavka uzročnosti[34], prema kojoj: "šteta nastala u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom djelatnošću smatra se da potiče od te stvari, odnosno djelatnosti, izuzev ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete." Kao što se vidi iz citirane zakonske odredbe, teret dokazivanja nepostojanja uzročne veze između

[33] Pak, M., *op.cit*., str. 40.
[34] Čl. 173. ZOO.

štetnog djelovanja opasne stvari ili djelatnosti i nastale štete leži na štetniku. ZOO odgovara i na pitanje: ko odgovara za štetu? "Za štetu od opasne stvari odgovara njen imalac, a za štetu od opasne djelatnosti odgovara lice koje se njom bavi."

Kako otkloniti prijeteću opasnost nastanka budućih atomskih šteta?

U današnje vrijeme nadvila se nova opasnost povodom odluke vlade Republike Hrvatske da izgradi skladište nuklearnog otpada na lokaciji Trgovska gora u neposrednoj blizini Novog Grada u Republici Srpskoj uz rijeku Unu. Bivša vojna kasarna JNA "Čerkezovac" na Trgovskoj gori je cca udaljena 900 metara od toka rijeke Une i dva kilometra od Novog grada. Uz obalu rijeke se nalaze poljoprivredna imanja i stambeni objekti. U radijusu mogućeg štetnog djelovanja sadržaja nuklearnog otpada usljed prirodnih ili društvenih katastrofa iz pomenute lokacije obitava cca 360.000 stanovnika Bosne i Hercegovine iz oba entiteta kao i veliki broj stanovnika Republike Hrvatske oko mjesta Brod na Uni i Hrvatske Kostajnice. Štetni uticaj na životnu sredinu na području eventualnog budućeg štetnog dejstva sadržaja odlagališta nuklearnog otpada na Trgovskoj gori vidi se u životnoj ugroženosti lokalnog stanovništva kako na zdravlje ljudi tako i na njihovu poljoprivrednu djelatnost kojom se lokalno stanovništvo većinski bavi, jer će biti dalekosežno ugrožena isplativost poljoprivredne proizvodnje zdrave hrane, njenog korišćenja i plasmana na tržište što je već sada prisutno kroz pojavu otkazivanja poslovne saradnje sa kupcima i plasmana poljoprivrednih proizvoda nabavljačima. Potencijalno su ugroženi svi eko-sistemi o kojima vodi brigu resorno Ministarstvo životne sredine Republike Srpske, tj. vode, vazduh, klima, priroda, buka, hemikalije, održivi resursi i na kraju ljudsko zdravlje i život. Opasnost se usložnjava spoznajom da je područje trusno i već ranije pogađano razornim zemljotresima.[35] Najzad, opasnost koju eventualno buduće odlagalište nuklearnog otpada emituje sastoji se u problemima koji mogu proisteći u toku transporta nuklearnog otpada iz nuklearne elektane Krško do Trgovske gore. Transportno sredstvo moraće preći put kroz Sloveniju i Hrvatsku. Planeri su

[35] Prema pisanju portala telegraf.rs od 25.4.2024, 19.31 "Fukušima je ostala "zamrznuta u vremenu" nakon snažnog zemljotresa i cunamija koji su proizveli jednu od najgorih nuklearnih katastrofa u istoriji. Potres jačine 9,0 Rihtera zatresao je japanski grad 11. marta, posle čega su talasi od 10 metara savladali odbranu od mora, presekli dotok struje i izazvali topljenje reaktora u obližnjoj elektrani. Vlasti su evakuisale oko 160.000 stanovnika iz ovog područja, od kojih mnogi nikada nisu mogli da se vrate kućama, prenosi Daily Mail."

morali biti svjesni opasnosti koja prati transport takvog opasnog materijala i mogućeg saobraćajnog udesa u kojem bi učestvovalo transportno sredstvo koje prevozi opasni otpad. Najrazumnije je skladištenje nuklearnog otpada uz elektranu Krško, jer se tako izbjegavaju transportne opasnosti. U medijima se nagovještava da je odlagalište samo priprema za izgradnju atomske centrale na istom lokalitetu, što bi dodatno trebalo da alarmira nadležne institucije da počnu energično i permanentno djelovati u ispunjavanju svojih nadležnosti. Upitno je koliko je problem odlagališta nuklearnog otpada dobio prostora u Strategiji zaštite životne sredine od 2022-2032. koju je pripremilo resorno ministarstvo vlade Republike Srpske?

Prema izjavi advokata Aleksandra Jankovića iz Novog Grada[36] "vremena je sve manje, a nadležni u Bosni i Hercegovini nisu poduzeli sve mjere koje im stoje na raspolaganju po pitanju Trgovske gore, mjesta uz rijeku Unu, na granici sa BiH u blizini Novoga Grada. Radi se o izgradnji Centra za zbrinjavanje RAO na lokaciji bivše kasarne „Čerkezovac". Republika Hrvatska završava pripreme, jer je samo dva koraka dijele od ispunjavanja potrebnih uslova, studije procjene uticaja na okolinu i pribavljanja tehničke dokumantacije, što su aktivnosti u toku. Izabrani su i dobavljači i potpisani ugovori." S druge strane, Savjet ministara BiH je formirao ekspertski i pravni tim, ali njihove aktivnosti, po izjavi A. Jankovića, idu dosta sporo i bez pravih efekata, je je SM BiH tek 23. februara 2023. godine usvojio "Strategiju pravnog interesa BiH u vezi sa pitanjem odlaganja radioaktivnog otpada", koja, umjesto prijedloga mjera sa rokovima i nosiocima aktivnosti sadrži zaključke, što je, po mišljenju A. Jankovića, pogrešan red koraka. Nadalje, prema A. Jankoviću, navedena strategija je neprimjenjiva, jer bi tek trebalo donijeti akcioni plan provođenja Strategije, što je samo dodatno gubljenje vremena. A. Janković, nadalje, smatra da je Bosna i Hercegovina trebala koristiti mogućnosti ESPOO Konvencije (Konvencija o procjeni uticaja na okolinu preko državnih granica i povezani protokol) koju su potpisale Bosna i Hercegovina i Republika Hrvatska. Ostavljena je mogućnost upućivanja tužbe i pokretanja spora pred Međunarodnim sudom pravde ili arbitražnim tribunalom, ali BiH i RH nisu potpisale arbitražnu klauzulu da u slučaju sporova prihvataju nadležnost Međunarodnog suda pravde (ICJ) i/ili arbitražu. Pored toga, advokat A. Janković predlaže nadležnim organima u Bosni i Hercegovini pokretanje postupka pred Komitetom za implemetaciju ESPOO Konvencije pismenom pritužbom da jedna strana (RH) krši preuzete obaveze. Ako strane RH i BiH ne

[36] Prema portalu „Slobodna Bosna"(slobodna-bosna.ba 13. april 2024. g.).

postignu dogovor o predmetu sporenja Bosna i Hercegovina se može obratiti Istražnoj komisiji Međunarodne agencije za nuklearnu energiju koristeći procedure iz Priloga IV uz ESPOO Konvenciju, u okvirima Zajedničke Konvencije o bezbjednosti upravljanja radioaktivnim otpadom i diplomatskim putem upoznati IAEA ili tražiti sazivanje vanredne konferencije država potpisnica.

Zaštita od zagađivanja životne sredine kao ljudsko pravo

Najnovija prilika za utuženje država zbog ugrožavanja zdravlja ljudi zbog nepreduzimanja odgovarajućih mjera zaštite ljudskih prava ukazala se odlukom ESLJP u Strazburu. Najviši evropski sud utvrdio je da je Švajcarska prekršila ljudska prava time što nije usporila uticaj globalnog zagrijavanja. To je značajna presuda koju su pozdravili klimatski aktivisti iako je sud odbacio druga dva slučaja za koje su se aktivisti nadali da bi mogla prisiliti vlade da zaštite svoje građane od uticaja klimatskih promjena. U slučaju koji je pokrenula grupa aktivistica pod nazivom Klima Seniorinnen ili Starije žene za zaštitu od klimatskih uticaja, Evropski sud za ljudska prava (ECHR) u Strazburu je u utorak, 9. aprila 2024. godine odlučio da Švajcarska nije ispunila svoj cilj u smanjenju emisija ugljika i da mora djelovati kako bi to riješila. Grupa od 2.000 Švajcarkinja dobila je tužbu protiv države u vezi s klimatskim promjenama pred ECHR-om, u presudi koju su stručnjaci pozdravili kao "monumentalnu". Sud se složio s KlimaSeniorinnen da su neuspjesi švajcarske vlade u borbi protiv emisija ugljika prekršili dužnost vlasti da zaštite građane od "ozbiljnih štetnih učinaka" svijeta koji se brzo zagrijava. Aktivisti su pobijedili prema članu 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, za koji je sud utvrdio da pokriva dužnost vlada da zaštite pojedince od uticaja klimatskih promjena. Sud je presudio da Švajcarska ima "kritične nedostatke" u svojim planovima za smanjenje emisija gasova s efektom staklene bašte i primijetio da zemlja nije ispunila prethodne ciljeve emisija. "Švicarske vlasti nisu djelovale na vrijeme i na odgovarajući način kako bi osmislile i provele relevantne zakone", rekao je Sud u presudi koja je izrečena 9. aprila 2024.[37]

Kao ilustracija ponašanja državnih organa liberalno–demokratskog društva, imamo primjer kod nas da je, uprkos apelima predstavnika lokalne zajednice Lopare i istupa načelnika opštine u Narodnoj skupštini Republike Srpske, odbijena deklaracija o protivljenju otvaranja rudnika litijuma i drugih

[37] 11. april/travanj, 2024. https://www.slobodnaevropa.org/a/presuda-evropskog-suda-za-ljudska-prava-klimatske-promjene/32899004.html (Skinuto sa internet 16.5.2024. 12:48).

elemenata na području opštine Lopare. Time je otvoren put da Vlada Republike Srpske dodijeli koncesiju kompaniji "Arkore", kao nosiocu prava na istraživanje. Već u toku istraživanja nastale su poražavajuće posljedice po okolinu koje se ogledaju u presušenim izvorima pitke vode, erozije zemljišta i izbijanja podzemnih voda, a tek bi otvaranje rudnika izazvalo katastrofalne posljedice u lokalnoj zajednici.[38]

Zaključak

Na kraju izlaganja treba se podsjetiti na filozofske reminiscencije Frojnda po kojem je vladajuća ideja u filozofiji istorije ideja dekadencije koja je obuzela Zapad. Po njemu, na Zapadu se moral i pravo transformišu u moralizirajuću retoriku, a religija utapa u ispraznu religioznost. Evropa koja je bila prva i jedina u otkrivanju novih svjetova, naučnih izuma, tehničkih pronalazaka i prava, doživljava sada dekadentni pad i potkopava principe i strukture koje su je učinile moćnom. Frojnd sumnja u progres istorije čovjećanstva. Ideologija progresa je vjerovala da ovaj razvoj nauke vodi čovjeka ka pravdi i miru, nekoj vrsti "svjetovne eshatologije". Kako to vjerovati nakon dva svjetska rata u ovom vijeku? Pred udarom nasilja i nemoći pravnog sistema nije moguće vjerovati u jedan vjekovima gomilan civilizacijski i moralni progres, s pravom poručuje Frojnd.

Domaći pravni stručnjaci, prije svih navedeni advokati, Aleksić i Janković, ulažu svoju energiju i znanje kako bi pomogli žrtvama pogođenim u slučaju NATO bombardovanja osiromašenim uranijumom tako i u slučaju izgledne opasnosti nastanka štete zbog izgradnje hrvatskog odlagališta nuklearnog otpada uz rijeku Unu, neposredno uz granicu sa teritorijom Bosne i Hercegovine. Nadati se uspjehu ovih pojedinačnih napora pravničkih poslenika, ali i uspjeha u alarmiranju svih nadležnih organa i tijela u Bosni i Hercegovini kao i u Republici Srbiji da ulože dodatne napore i upotrijebe sva pravna i politička sredstva da se ovi slučajevi nastale štete i prijeteće opasnosti nastanka štete riješe i otklone.[39]

[38] Prema pisanju „Dnevnog avaza", 26.5.2024. g.

[39] Novinarski poslenici angažovano upozoravaju javnost na aktivnosti koje se vode od hrvatske strane kako bi se olakšalo uspostavljanje odlagališta nuklearnog otpada na Trgovskoj gori. Tako Nemanja Vukojević obaviještava da Hrvatska donacijama, preko Fonda za finansiranje razgradnje i zbrinjavanja radioaktivnog otpada i istrošenog nuklearnog goriva Nuklearne elektrane „Krško" (Fond NEK) dijeli 150.000 KM (75.000 euro) u Dvoru na UNI (RH). Novac se dijeli javnim pozivom mještanima, katoličkoj crkvi, osnovnoj školi,

S aspekta postojanja materijalno-pravnih uslova uspostavljanja građansko-pravne odgovornosti NATO-a mora se pozitivno odgovoriti. Bez obzira na odsustvo odgovarajuće aktivnosti državnih organa koju je zagovarao pok. dr Stanković,[40] ostala je nada da će aktivnost pojedinaca, oštećenih lica, njihovih pravnih zastupnika i udruženja građana[41] donijeti satisfakciju žrtvama za neotklonjive štete.[42]

Što se tiče opasnosti neotklonjive štete koja prijeti od eventualnog otvaranja odlagališta nuklearnog otpada na Trgovskoj gori, naveli smo da je zapažena inertnost i neefikasnost državnih organa i formiranih ekspertskih timova da na međudržavnom i međunarodnom planu koriste sva raspoloživa sredstva predviđena međunarodnim konvencijama i diplomatskim akcijama kako bi otklonili prijeteću opasnost nastanka buduće štete. Podsjećamo da je Zakon o obligacionim odnosima propisao "zahtjev da se ukloni opasnost štete."[43] Prema tom propisu: "Svako može zahtijevati od drugoga da ukloni izvor opasnosti od koga prijeti znatnija šteta njemu ili neodređenom broju lica, kao

centru za rehabilitaciju, turističkoj zajednici, nogometnom klubu, lovačkom i ribolovačkom društvu, vatrogasnom društvu, domu za umirovljenike, udruženjima građana, ugostiteljima i ljekarskim ordinacijama. (preuzeto sa sajta: nezavisne.com/novo..., 16.05.2024 10,00.).

[40] Prema ministarki zdravlja Republike Srbije, dr Danici Grujičić: „Što se tiče državnog kordinacionog tela, nije se mnogo odmaklo od potpisivanja, jer ljudi koji su tada bili odgovorni, mislim više i ne žive u našoj zemlji. Cilj mi je da to u narednom perodu i oživimo i da to bude isključivo pitanje nauke i matematike, bez politike. Cilj je da obezbedimo istinite podatke, uradimo sve što možemo i našoj deci ostavimo zdravu zemlju." A statistika koju navodi D, Grujičić kaže: „Prema zvaničnim podacima, 1999. na teritoriji centralne Srbije bilo je nešto malo više od 19.625 obolelih, dok je danas taj broj oko 40.000 na čitavoj teritoriji Srbije. Treba uzeti u obzir i broj stanovnika, u Srbiji je 1999. živelo oko 7,5 miliona ljudi, a danas je nešto oko 6,5 miliona. U tome je ovaj podatak još tragičniji." I, dalje navodi: „Za sada imamo neke nezvanične podatke o broju obolelih Albanaca na KiM, mislim da bi se zarad istine o tome trebalo govoriti Brojke su katastrofalne, a oni iz političkih razloga to moraju da kriju."

[41] „Udruženje Srba iz BiH...pokrenulo je veliku akciju da u svet ode istina kako je avijacija NATO, ne štedeći civilno stanovništvo na bombardovanom području, upotrebljavala bombe sa radioaktivnim punjenjem i takav čin predstavlja ratni zločin. Nezavisni pravni i nuklearni eksperti potvrdili su da takav čin predstavlja ratni zločin, a lekarski izveštaji o povećanom obolevanju od raka, ali i drugih bolesti stižu svakodnevno." („Politika" 13. februar 1999. godine).

[42] „Naše društvo i dalje pokušava da pronađe način na koji će najzad početi da se suočava s nesumnjivom odgovornošću institucija čija je inertnost u velikoj meri stvorila atmosferu prihvatljivosti uzmicanja pred najrazličitijim oblicima nasilja." Vule Žurić,"Kulturni dodatak-Politika" 18.maj 2024.

[43] Čl. 156. ZOO.

i da se uzdrži od djelatnosti od koje proizilazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se nastanak uznemiravanja ili štete ne može spriječiti odgovarajućim mjerama. Sud će na zahtjev zainteresovanog lica narediti da se preduzmu odgovarajuće mjere za sprječavanje nastanka štete ili uznemiravanja, ili da se ukloni izvor opasnosti na trošak držaoca izvora opasnosti, ako ovaj sam to ne učini." Jugoslovenski zakonodavac je dalekosežno propisao tužbu kojom svako može tražiti da se ukloni opasnost štete. Činjenično stanje kakvo se danas dešava pred našim očima u pogledu formiranja izvora opasnosti štete ili uznemiravanja na Trgovskoj gori može biti podloga da nadležni sud primijeni navedenu odredbu Zakona o obligacionim odnosima.[44]

Hrvatski zakonodavac je donio Zakon o odgovornosti za nuklearnu štetu kojim je uredio pitanja odgovornosti za nuklearnu štetu koja nastaje kao posljedica korištenja nuklearne energije u mirnodopske svrhe, osiguranje te odgovornosti i druga jamstva za pokriće te odgovornosti.[45] U odredbama navedenog zakona kao "stranka ugovornica" navodi se država koja je stranka Bečke konvencije o građanskoj odgovornosti za nuklearnu štetu od 21. maja 1963. godine. Kao "nuklearno postrojenje", između ostalog se definiše "prostor na kojemu je nuklearni materijal uskladišten, osim privremenog uskladištenja takvog materijala tijekom prevoza. Daje se definicija "radioaktivnog proizvoda ili otpada" i "nuklearne štete." Kao "nuklearna šteta", navodi se: a) šteta uzrokovana smrću, tjelesnom ozljedom ili drugo narušavanje zdravlja čovjeka, gubitak ili oštećenje imovine, koja nastane ili je posljedica radioaktivnih svojstava ili kombinacije tih svojstava s otrovnim, eksplozivnim ili drugim opasnim svojstvima nuklearnog goriva ili radioaktivnih proizvoda ili otpada, koji se nalaze u nuklearnom postrojenju ili nuklearnog materijala koji je upućen u nuklearno postrojenje ili je u njemu proizveden ili se iz njega odašilje, b) šteta uzrokovana smrću, tjelesnom ozljedom ili drugo narušavanje zdravlja čovjeka, gubitak ili oštećenje imovine, koja nastane ili je posljedica drugog jonizijućeg zračenja, koje potječe od bilo kojega drugog izvora zračenja u nuklearnom postrojenju." "Nuklearna nezgoda" je događaj ili niz događaja istog podrijetla, koji uzrokuju nuklearnu štetu."[46] Zanimljiva je odredba članka 4. navedenog zakona koja je naslovljena "uzajamnost" i propisuje:

[44] Morait, B. (1987) Normativni značaj i praktična primjena zahtjeva da se ukloni opasnost štete, *Pravni život*, (Beograd) broj 8-9/1986. g.

[45] *Narodne novine* br. 143/98, 114/22, na snazi od 01.01.2023. g.

[46] Članak 2. Zakona o odgovornosti za nuklearne štete, NN, br. 143/98, 114/22, na snazi od 01.01.2023. g.

"kada je za štetu odgovoran korisnik postrojenja na području Republike Hrvatske za nuklearnu štetu nastalu na području druge države, primjenjuje se ovaj Zakon u onoj mjeri u kojoj se primjenjuje zakon druge države za nuklearnu štetu nastalu na području Republike Hrvatske, a za koju je odgovoran korisnik s područja druge države, odnosno u mjeri u kojoj je ta naknada predviđena višestranim ili dvostranim međunarodnim ugovorom, kojim su ta država i Republika Hrvatska međusobno obvezane."[47]

Iznos odgovornosti za štetu je 42.471.298,69 eura i snosi je korisnik.[48] Utvrđeni su slučajevi isključenja odgovornosti za ratne sukobe i elementarne nepogode(!)[49] i zbog krivice oštećenog lica.[50] Za odlučivanje o nuklearnoj šteti isključivo je mjesno nadležan sud na čijem se području nalazi nuklearno postrojenje odgovornog korisnika a ako je šteta nastala tokom transporta, pored mjesno nadležnog suda sjedišta nuklearnog korisnika i sud na čijem se području dogodila nuklearna nezgoda.[51] Pravo na naknadu nuklearne štete zastarjeva, u pravilu, protekom roka od deset godina od dana nastanka nuklearne nezgode.[52]" Na pitanja koja nisu uređena ovim Zakonom primjenjivat će se odredbe Bečke konvencije o građanskoj odgovornosti za nuklearnu štetu."[53] Po našem mišljenju ovim *lex spetialisom* nije isključena supsidijarna primjena Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske.[54]

Među pobrojanim organima javne vlasti Bosne i Hercegovine i entiteta za očekivati je snažnije i zapaženije angažovanje narodnih poslanika koje je, prema odjecima u javnosti, do sada bilo nedovoljno zapaženo. Na regionalnom planu zapaženi su napori naučnika u Republici Srbiji da organizuju naučni centar koji bi se bavio suzbijanjem štetnih dejstava bioloških I hemijskih toksina na zdravlje ljudi.[55]

---

[47] Članak 4. istog Zakona.

[48] Članak 8. istog Zakona.

[49] Članak 12. istog Zakona.

[50] Članak 14. istog Zakona.

[51] Članak 21. istog Zakona.

[52] Članak 24. istog Zakona.

[53] Članak 28. istog Zakona.

[54] Članak 1047. Zahtjev da se ukloni opasnost štete, Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine*, br. 35/2005, 41/08,125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, 155/23.

[55] Vladislav Volarević, redovni profesor Fakulteta medicinskih nauka u Kragujevcu, među nekoliko najistaknutijih naučnika u oblasti matičnih čelija u svijetu, uputio je nacionalnom tijelu za akreditaciju predlog za formiranje velikog srpskog i balkanskog centra koji bi se bavio suzbijanjem štetnih dejstava bioloških i hemijskih toksina na zdravlje ljudi i koji bi umrežio i druge balkanske države, njihove biološke i hemijske institute i fakultete, po

LITERATURA

- Prof. dr Mara Đukanović, (1991) *Ekološki izazov* (Beograd),
- Dr Borislav Jakšić, dr Marina Ilič, (2000) *Upravljanje opasnim otpadom* (Banja Luka),
- Sandra Kobajica, Politika kažnjavanja za ekološka krivična djela-*quo vadis* Federacija BiH, *Pravna misao* (Sarajevo), broj 3-4 /2020,
- Međunarodna konferencija, (2009) *Regionalna saradnja u oblasti građanskog sudskog postupka sa međunarodnim elementom* (Banja Luka),
- Mr Nikola Mihailović i dr Zdravko Petrović, (1998) *Ratne štete i reparacije*, Beograd,
- Dr Ljubiša Milošević, (1972) *Štete od škodljivih materija i pitanje naknade zih šteta*, Beograd,
- Morait, B., (1988) Građansko-pravni aspekti zaštite životne sredine, *Komuna* broj 2/1988. g.
- Morait, B, (1987) Građansko-pravne tužbe i ekološka (imisiona) zaštita, *Pravna misao*, Sarajevo, 3-4/1987. godine.
- Morait, B., (1989) Neka pitanja građanskopravne, a naročito obligacionopravne zaštite životne sredine, Referat izložen na savjetovanju: *Pravni aspekti zagađivanja životne sredine*, Zenica, 11-12. decembra 1987. godine., šapirografisano, str. 16. objavljeno novembra 1989. Udruženje pravnika Zenica,
- Morait, B., (1986) Normativni značaj i praktična primjena zahtjeva da se ukloni opasnost štete, *Pravni život*, Beograd, broj 8-9/1986.godine, 1987. g.
- Morait, B, Uklanjanje opasnosti u sistemu obligacionog prava, Referat za savetovanje: *Deset godina Zakona o obligacionim odnosima*, Kopaonik 15, 16 i 17.II.1988. g.
- Prof.dr Milan Pak, (1999) Naknada štete prouzrokovane oružanom akcijom NATO u Jugoslaviji, *Zbornik radova sa savetovanja pravnika*, (Budva),
- Prof. dr Slobodan Perović, (1999) Pravo na obzirnost i naknada štete, *Zbornik radova sa savetovanja pravnika*, (Budva),
- Predrag Šulejić, (1999) Osiguranje ratnih rizika, *Zbornik radova sa savetovanja pravnika*, 4-8 septembra, Budva,
- Dijana Vrhovac i Goran Barać (1998) *Novi prelom*, 31. avgust 1998. g. (Banja Luka)

uzoru na sličan centar koji postoji u Italiji. (navedeno prema „Politici“ od 9. juna 2024. g.).

Propisi i sudska praksa

- Krivični zakonik Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske" br. 64/17, 104/18-odluka US, 15/21, 89/21, 73/21, 73/23, 9/24-odluka US,
- Zakon o obveznim odnosima, „Narodne novine", br. 35/2005, 41/08,125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, 155/23,
- Zakon o odgovornosti za nuklearnu štetu Narodne novine 143/98, 114/22 na snazi od 01.01.2023. g.,
- Zakon o zaštiti okoliša FBiH, „Službene novine FBiH", 15/21,
- Zakon o zaštiti životne sredine, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 71/2012, 79/2015 i 70/2020),
- Sud BiH, Bilten br. 4/2014, Presuda Apelacionog odjeljenja Suda BiH broj : Gž-159/10 od 15.03.2011. godine

Prof. Branko Morait, Ph.D.[56]
M.Sc. Ana Morait Praštalo[57]

ENVIRONMENTAL AND WAR DAMAGE

Summary: *This paper examines the consequences of wartime actions as causes of war and environmental damage. Wartime actions are classified as unlawful causes of the resulting environmental harm. The issue of liability for the perpetrators of war damage is considered, taking into account the specific nature of wartime actions. The paper specifically analyzes the detrimental effects of NATO aggression on the Republic of Srpska and the Federal Republic of Yugoslavia, as well as the international legal and political implications of these unlawful precedents in international legal relations. Furthermore, the regulation of civil liability for environmental offenses within the domestic legal framework of the Republic of Srpska and the Federal Republic of Yugoslavia is addressed. Special attention is given to investigating the conditions for civil liability for damages caused by NATO bombing of the Republic of Srpska and the Republic of Serbia with nuclear waste. Finally, the current significance of the so-called ecological, popular lawsuit for the elimination of sources of atomic pollution in the territories of the Republic of Croatia and Bosnia and Herzegovina in the Una River basin, as prescribed by Article 156 of the Law on Obligations and Article 1047 of the Law on Obligations, is assessed.*

Keywords*: damage occurrence, damage compensation, risk elimination, judicial jurisdiction*

[56] Full professor at the Law Faculty of the University of Banja Luka and retired judge
[57] Master of Laws

УДК 338.246.025.88:347.232
doi 10.7251/PR6924347R
Оригинални научни чланак

(НЕ)ОДРЖИВОСТ КОНЦЕПТА „ДРЖАВНЕ ИМОВИНЕ“

Проф. др Дарко Радић[1]

Апстракт: *Уставни суд Босне и Херцеговине, оцјењујући уставност одређених закона усвојених у Народној скупштини Републике Српске, заузимао је различите ставове у погледу надлежности за уређење својинскоправних односа у Босни и Херцеговини, односно конструисао је појам „државна имовина“ и на тај начин генерисао конфузију у погледу расподјеле надлежности између заједничких инститиција БиХ и ентитета у БиХ, односно Брчко Дистрикта, доводећи у питање и правну сигурност у овој правној области. Аутор у овом раду, поред осврта на питање надлежности за уређење својинскоправних односа, као централни проблем поставља дефиницију појма „државна имовина“ (који је дефинисан у пракси Уставног суда БиХ) и разматра њене елементе, са циљем да се укаже на недосљедности и погрешке, које у ствари доводе у питање „државну имовину“ као правну категорију.*

Кључне ријечи: *имовина, државна имовина, својина, општа добра, јавна добра, добра од општег интереса.*

[1] Редовни професор на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци и судија Уставног суда Републике Српске.

1. УВОД

Иако је реформа стварноправних законодавстава у Босни и Херцеговини (даље: БиХ) успјешно окончана, чиме је заокружен систем прописа којима су ентитети у БиХ и Брчко Дистрикт уредили својинскоправне односе[2], у посљедњих неколико година креиране су одређене дилеме које веома озбиљно доводе у питање правну сигурност и уопште однос између различитих нивоа власти у БиХ, а специјално са становишта расподјеле законодавних надлежности. Парадокс је да је у конструисању наведеног проблема централна улога припала Уставном суду БиХ, институцији која је оцјењујући уставност одређених закона усвојених у Народној скупштини Републике Српске, произвела конфузију и довела у питање, не само правну сигурност, већ и разумијевање система расподијеле надлежности између заједничких институција БиХ, са једне стране, и ентитета у БиХ, односно Брчко Дистрикта, са друге стране.

2. О надлежности за уређење својинскоправних односа

У смислу расподјеле надлежности између заједничких институција у БиХ и осталих нивоа власти, одредбама члана III тачка 1. Устава БиХ, а по принципу позитивне енумерације, јасно је дефинисано који послови спадају у надлежност институција БиХ. У тачки 3. цитираног члана Устава БиХ, по принципу генералне клаузуле, одређено је да све државне функције и овлашћења која Уставом БиХ нису изричито додијељени институцијама БиХ, припадају ентитетима – Републици Српској (даље: РС) и Федерацији Босне и Херцеговине (даље: ФБиХ), а одредбом из тачке 5. истог члана, по принципу додатних надлежности, одређено је, између осталог, да ће БиХ преузети надлежност за све друге послове о којима се ентитети сложе или када је то потребно ради очувања суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног

[2] Закон о стварним правима, *Службени гласник РС*, бр. 124/08, 3/09 – испр., 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС, 107/19, 1/21– одлука УС и 119/21 – одлука УС (даље: ЗСП РС); Закон о стварним правима, *Службене новине ФБиХ*, бр. 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука УС (даље: ЗСП ФБиХ); Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта БиХ, 8/24 – пречишћени текст (даље: ЗВ БД).

субјективитета БиХ. Из ових одредаба Устава БиХ јасно произлази да је правно уређење својинскоправних односа у надлежности ентитетâ. У прилог овом закључку иду сљедеће чињенице: а) није изричито прописано да је то надлежност институција БиХ (чл. III тачка 1. Устава БиХ); б) ради се о надлежности која по принципу генералне клаузуле припада ентитетима (III тачка 3. Устава БиХ); в) Устав РС садржи експлицитну норму о надлежности РС да уређује својинскоправне односе; г) ентитети се никада нису споразумјели о преносу ове надлежности на ниво институција БиХ; и д) није ријеч о послу који се тиче очувања суверенитета, територијалног интегритета, политичке независности и међународног субјективитета БиХ (III тачка 5. Устава БиХ).

Потврду претходног закључка налазимо и у одлуци Уставног суда БиХ у предмету бр. У-5/98[3], којом је утврђено да је члан 68 тачка 6. Устава РС у сагласности са Уставом БиХ, односно у којој се јасно наводи: „У погледу оспорене одредбе члана 68. тачке 6. Устава Републике Српске, Уставни суд Босне и Херцеговине констатује да ова одредба додјељује Републици Српској овласт да уређује, између осталог, и имовинске и облигационе односе и заштиту свих облика имовине, тржиште и планирање. Ова одредба, која прописује надлежности законодавства Републике Српске, не крши уставне захтјеве који су претходно елаборирани у виду ограничења која произлазе из приватне имовине као институционалног гаранта и из тржишне привреде. Штавише, ова одредба се пажљиво придржава међудејства подјеле надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, позивајући се на компетенције на пољу привредних односа са иноземством које нису пренесене на институције Босне и Херцеговине. Члан 68. т. 6, стога, улази у оквире уставне подјеле надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, те је у сагласности са Уставом Босне и Херцеговине.“ Уставни суд РС је, такође, у предмету У-36/24 утврдио да РС припада надлежност за уређење својинскоправних односа на њеној територији.[4]

Међутим, Уставни суд БиХ касније заузима другачији став. Позива се на одредбу чл. I тач. 1 Устава БиХ – која се односи на континуитет БиХ по међународном праву[5], потпуно превиђајући значај дијела од-

[3] Друга дјелимична одлука у предмету бр. У-5/98 од 18. и 19.02.2000. године, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/00.

[4] Одлука У-36/24, *Службени гласник РС*, бр. 59/24.

[5] Чл. I тач. 1. Устава БиХ: „Република Босна и Херцеговина, чије је званично име од

редбе који се односи на чињеницу да БиХ наставља своје постојање као држава, али *са унутрашњом структуром измијењеном овим Уставом*. Дакле, и поред чињенице да цитирана норма Устава БиХ не потврђује постојање „државне имовине“ – што свакако није без значаја, неспорно је да иста не одређује питање власника било какве имовине, нити надлежност за уређење својинскоправних односа, што потврђује и став Венецијанске комисије.[6] Даље, Уставни суд БиХ своју аргументацију заснива и на Споразуму о питањима сукцесије[7], сматрајући да је БиХ у смислу континуитета у односу на СРБиХ власник све оне имовине која је по наведеном споразуму припала БиХ, занемарујући чињеницу да је у питању међународни мултилатерални уговор којим се дефинишу односи између уговорница, а не односи унутар сваке државе потписнице, јер то је ствар унутрашњег уређења и примјене устава сваке од страна уговорница (овдје подсјећамо на став Венецијанске комисије да се међународним уговором не може директно ријешити питање расподјеле имовине у БиХ, јер се ради о уставном питању– које би морало бити уређено уставом).[8] Коначно, Уставни суд БиХ сматра да је БиХ титулар имовине својих претходника (позивајући се на Социјалистичку Републику БиХ) и да је регулисање питања „државне имовине“ у искључивој надлежности БиХ.[9]

сада «Босна и Херцеговина», наставља своје правно постојање по међународном праву као држава, са унутрашњом структуром модификованом овим Уставом и са постојећим међународно признатим границама. Она остаје држава чланица Уједињених нација и може као Босна и Херцеговина задржати чланство или затражити пријем у организацијама унутар система Уједињених нација, као и у другим међународним организацијама.“

[6] Вид. пар. 4 Мишљења Венецијанске комисије (*Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina on the law of the Republika Srpska on the status of state property located on the territory of the RepublikaSrpska and under the disposal ban adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session, Venice, 14-15 october 2011)*.

[7] Међународни уговор којим су уређена питања сукцсије бивше СФРЈ, закључен између држава насталих дисолуцијом СФРЈ, 29.06.2001. године у Бечу, *Службени гласник БиХ – Међународни уговори*, бр. 10/01 и 8/09).

[8] Пар. 30. и 31Мишљења Венецијанске комисије.

[9] Тач. 32. и 44. Одлуке бр. У-8/19. Дакле, у поменутом случају, као и у ранијој Одлуци бр. У-1/11, Суд сматра да је искључива надлежност институција БиХ у регулисању питања „државне имовине“.

3. Елементи појма „државна имовина“

Дакле, иако се у Уставу БиХ уопште не помиње „државна имовина“, нити се говори о надлежности институција БиХ у погледу уређења својинскоправних односа[10], то није спријечило Уставни суд БиХ да у Одлуци У-1/11[11], установи категорију „државна имовина“ и да је дефинише на сљедећи начин: „*Државна имовина, иако је то облик својине који је по својој структури сличан грађанскоправној приватној својини, представља посебан правни концепт, те, из тог разлога, ужива посебан статус. Државна имовина је карактеристична по јавноправној природи односа субјекта коришћења те имовине, као и њеног титулара. Она обухвата, са једне стране, покретне и непокретне ствари које су у рукама јавне власти и које јој служе ради вршења власти, с друге стране, она може обухватати „јавно добро“ (морска вода и морско дно, ријечна вода и ријечна корита, језера, планине и друга природна богатства, јавна саобраћајна мрежа, саобраћајна инфраструктура, итд.). Као такво, „јавно добро“ може бити изузето из правног промета (res extra commercium) због свог значаја јер је то једини начин да буде сачувано и заштићено*.[12]

У односу на дату дефиницију „државне имовине“, износимо сљедећа запажања.

(i) Имовина, ко год да је њен титулар, не може бити облик својине. Имовина је скуп имовинских права (апсолутних и релативних), а право својине као стварно право (апсолутно право) представља само једно од права које улази у састав имовине. Према томе, имовина се не може представити као укупност покретних и непокретних ствари, јер титулар имовине – осим што је власник покретних и непокретних ствари – има и друга права (осим права својине), која улазе у састав његове имовине. Дакле, појам имовине је виши појам од појма својине (својина се може посматрати само као дио нечије имовине) и по свом садржају је шири од појма својине.[13] Другим ријечима, ради се о различитим категоријама.

---

[10] Тако и Мелиха Повлакић, „Коме припада градско грађевинско земљиште – поводом Приједлога Закона о грађевинском земљишту Федерације БиХ“, *ЗИПС* бр. 1446, година XLIII, 44.

[11] Одлука бр. У-1/11, *Службени гласник БиХ*, бр. 73/12.

[12] Тач. 62 и 82 Одлуке бр. У-1/11, односно тач. 30 Одлуке бр. У-16/20.

[13] О појму имовине вид. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, Номос, 1996, 140 – 158; Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, Номос, 1996, 140 – 145; М. Ведриш, *оп.цит.*, 66 – 68; Илија Бабић,

(ii) Имовина, па и када је њен титулар јавноправни субјект, не може се (нарочито уводећи као аргумент њену структуру) доводити у сличност са власништвом (Уставни суд БиХ каже: „грађанскоправна приватна својина“). Осим претходног аргумента, ваља имати на уму да се стварноправни прописи у БиХ, којима се уређује право својине, заснивају - поред осталог – на принципу једноврсности права својине. У том смислу, сви закони којима се уређују својина и својинскоправни односи садрже врло јасну и недвосмислену одредбу у којој се каже да постоји само једна врста права својине, без обзира о којем се носиоцу права својине ради.[14] Дакле, право својине је исто и једнако за све.[15] Како би се избјегла свака сумња у примјени права, законодавци у БиХ су се посебно осврнули на могућност да титулар права својине буде јавноправни субјект и предвидјели да јавноправни субјекти (јединица локалне самоуправе, кантон, ентитет, Дистрикт, држава, јавно педузеће, јавна установа) као носиоци права својине имају - као власници у правним односима - једнак положај као и други власници.[16] У погледу стицања, заштите и престанка права својине, сасвим је ирелевантно ко је титулар – у свим овим питањима закон се једнако примјењује за све субјекте права.[17] О једноврсности права својине постоји и неподијељено мишљење у домаћој правној теорији.[18] Поред тога, у правним системима у БиХ не постоји више права својине (грађанскоправна приватна својина, државна својина или нешто слично), па је самим тим беспредметно износити аргументе да између непостојећих категорија (не)постоје разлике.

(iii) „Државна имовина” није посебан правни концепт и самим

Раденко Јотановић, *Грађанско право – Увод у грађанско право*, Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, 2018, 193 – 195; Даница Попов, *Грађанско право – општи део*, Нови Сад, Правни факултет у Новом Саду, 2012, 163 - 167.

[14] Чл. 3 ст. 2 ЗСП РС, чл. 3 ст. 2 ЗСП ФБиХ.

[15] Душко Медић, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, Паневропски универзитет Апеирон и Удружење правника Републике Српске, 2019, 14 – 16.

[16] Чл. 22 ЗСП РС, чл. 22 ЗСП ФБиХ, чл. 15 ЗВ БД.

[17] Специфичност за јавноправног субјекта као титулара права својине постоји само у смислу чињенице да одлуку о располагању стварима у својини јавноправног субјекта доносе надлежни органи – што ни у ком смислу не утиче на положај јавноправног субјекта као носиоца права својине који као власник у правним односима има једнак положај као и други власници. Вид. Чл. 22 ст. 2 ЗСП РС, чл. 22 ст. 2 ЗСП ФБиХ, чл. 15 ст. 2 и 3 ЗВ БД.

[18] Вид. Д. Медић, *оп.цит.*, 14 – 16; И. Бабић, Р. Јотановић, *Грађанско право – Стварно право*, Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, 2020, 102 – 105.

тим не ужива посебан статус.[19] Полазећи од једноврсности права својине, те имајући у виду чињеницу да се у стварноправним прописима у БиХ не помиње, нити утврђује посебан правни концепт својине, односно да Устав БиХ не садржи појам „државна имовина“, не може се говорити о посебном статусу непостојеће категорије. Другим ријечима, тврдња Уставног суда БиХ о постојању посебног правног концепта морала би бити поткрепљена са најмање два аргумента: а) постојање регулативе „посебног правног концепта“ и б) елементи, односно специфичности „посебног правног концепта“ (по чему би се разликовао од других сличних категорија).

(iv) Имовину не може карактерисати, нити њен конституенс бити, јавноправна природа односа субјекта коришћења и њеног титулара. Јавноправни карактер титулара права својине (државе, ентитета, града, општине, јавне установе и сл.) не доводи до трансформације грађанскоправног односа у јавноправни однос. Супротно томе, јавноправни однос је онај у којем једна страна наступа са позиције ауторитета власти и има законско овлашћење да утврди обавезу другој страни или одлучи о неком праву другог учесника у односу. Другим ријечима, чињеница да је власник ствари јавноправни субјект, не омогућује му да у грађанскоправном односу поводом права својине намеће своју вољу и одлучује о правима и обавезама друге стране (другог учесника у том правном односу), односно да наступа са позиција ауторитета власти. Очигледно је да Уставни суд БиХ не прави разлику између *dominiuma* и *imperiuma*.

(v) Имовина не обухвата само покретне и непокретне ствари које су у државини титулара и које су у функцији вршења неке дјелатности. Позитивним законским прописима у БиХ јасно је наведено које ствари могу бити објекат права својине (ствари у смислу закона су материјални дијелови природе, који могу бити у власти физичког или правног лица, осим ако због својих природних својстава или ограничења на основу посебног закона нису подобне да буду објекат права својине и других стварних права).[20] Дакле, ако ствари имају одређена природна својства или су на основу посебног закона утврђене да као такве нису подобне да буду објекат права својине, онда и не могу бити објекат права својине – не могу бити у било чијем власништву. Све остале ствари су подобне да

[19] Осим у горе цитираним одлукама, Суд ово становиште понавља и у Одлуци бр. У-9/19 (тач. 38).

[20] Чл. 5 ст. 1 ЗСП РС, чл. 5 ст. 1 ЗСП ФБиХ, чл. 6 ст. 1 ЗВ БД.

буду објекат права својине које је једноврсно и исто за све. Према томе, чињеница да ли нека ствар служи за вршење власти потпуно је ирелевантна – ствар неком припада (у власништву је неког лица), без обзира да ли је титулар користи и у коју сврху је користи. Хипотетички, када би намјена ствари за вршење власти била релевантна за успостављање „државне имовине“ – што произлази из става Уставног суда, поставља се питање ко и када би одлучивао да ли нека ствар постаје власништво државе, односно да ли би држава право својине стицала по општим правилима стварноправног законодавства или на темељу одлуке државног органа или другог арбитра који одређену ствар „промовише“ као ствар која служи ради вршења власти? Тако би дошли до апсурдне ситуације, да успостављање власништва зависи од претходног питања - процјене да ли је ствар потребна ради вршења власти!

(vi) Одређивање титулара имовине не може зависити од вршења власти БиХ - по мишљењу Уставног суда БиХ - може за себе да задржи „јавно добро“ које није неопходно другим нивоима власти у извршавању њихових надлежности. По свему судећи, БиХ припада дискреционо право да одлучи да ли је неком нивоу власти у БиХ (административно-територијалном нивоу) неопходна нека имовина за извршавање својих надлежности, па да иста буде квалификована као „државна имовина“, али није јасно ко о томе доноси одлуку. Овакво резоновање Суда уводи нас у потпуну правну несигурност, јер: а) није извјесно шта све обухвата појам „јавно добро“; б) није јасно ко у име БиХ одлучује да ли је нека имовина нужна за дјелотворно вршење власти на неком административно-територијалном нивоу; и ц) ко је власник ствари до доношења одлуке о томе да ли је нека имовина нужна за дјелотворно вршење власти на неком административно-територијалном нивоу. Коначно, није без значаја напоменути да су компентенције власти у БиХ – нарочито у погледу извршне власти – концентрисане у институцијама ентитета (односно кантона у ФБиХ) и Брчко Дистрикта, а не институцијама БиХ. Вршење надлежности институција БиХ и извршавање међународних обавеза БиХ обезбјеђује се и финансира из буџета БиХ (у којем ФБиХ обезбјеђује 2/3, а РС 1/3 прихода).[21]

(vii) Не могу бити дио имовине оне ствари које не могу бити објекат права својине. У складу са позитивним прописима у БиХ (у ентитетима и Брчко Дистрикту), јавна добра су јавни путеви, улице, тргови и друго. Са друге стране, ваздух, вода у ријекама и језерима и мору нису јавна

[21] Вид. члан VIII Устава БиХ.

добра, већ су општа добра. Уставни суд БиХ не разликује ове категорије ствари. Општа добра не могу бити објекат права својине. Јавна добра не могу бити у нечијем власништву, јер је ријеч о стварима које су законом намијењене да служе свима под једнаким условима, осим када је законом другачије одређено. Ако нека ствар – по закону – не може бити објекат права својине (не може бити у било чијем власништву), не може бити нити у саставу „државне имовине". Наведени дијелови природе не могу бити у било чијем власништву, јер су због својих особина и значаја на употреби свима под једнаким условима. Осим што не препознаје разлику између општих добара и јавних добара, Уставни суд ствара додатну конфузију не препознајући (и не разликујући од претходно поменутих категорија) добра од општег интереса.[22] Тако нпр., овај суд врши *преквалификацију* пољопривредног земљишта из "добра од општег интереса" у "јавно добро" (а у неким елементима образложења нуди конструкцију „јавно добро од општег интереса").[23] Став да „заштита климатских услова живота" и „заштита других природних ресурса" не могу бити објекти права својине, нити дио имовине, није потребно образлагати.

(viii) Када је ствар ван правног промета, иста не може бити објекат права својине или неког другог права, док Уставни суд БиХ тврди да *јавно добро може бити изузето из правног промета (res extra comercium) због свог значаја јер је то једини начин да буде сачувано и заштићено*. Поред тога, јавна добра се не штите не само изузимањем из правног промета, већ и посебним законским уређењем (закони којима се уређују путеви, саобраћај, комунална инфрасруктура, итд.). Када је већ ријеч о заштити јавних добара, ваља напоменути да се то обезбјеђује посебним законима – којима се може утврдити да нека ствар због својих природних својстава или других разлога не може бити објекат права својине или да подлијеже посебним ограничењима у погледу коришћења, заштите или располагања. Дакле, разлози за изузимање из правног промета могу бити различити, те се не могу сводити на "чување и заштиту ствари" – то може бити само један од мноштва разлога због којих законодавац може посебним законом одлучити да ствар буде ван правног промета.

[22] О разликама између наведених категорија ствари вид. Медић, *оп.цит.*, 16 – 17.

[23] Да ствар буде интересантнија, Суд у образложењу Одлуке бр. У-8/19 полази од чињенице да је у чл. 92 Устава СРБиХ пољопривредно земљиште препознато као добро од општег интереса, па већ у наредној реченици образложења конституише нову категорију – до сада непознату у домаћој правној теорији и пракси – јавно добро од општег интереса (тач. 37).

4. Закључна разматрања

Разматрајући Устав БиХ, односно уставе ентитета и правни статус Брчко Дистрикта, као и релевантне законске прописе, очигледни су и јасни аргументи да је тешко са успјехом бранити став о надлежности инситуција БиХ да уређују својинскоправне односе.

Категорија „државна имовина“ не постоји у уставима у БиХ, нити у законима које су донијеле законодавне власти на било којем нивоу у БиХ. Појам „државна имовина“, како га је дефинисао Уставни суд БиХ, пати од бројних правних и логичких грешака, неконзистентан је и сам себи противрјечан, правно неодржив и потпуно непримјењив.

Имајући у виду претходне двије премисе, јасан је закључак да је Уставни суд БиХ својим одлукама изашао ван оквира својих надлежности, стварајући конфузију у смислу расподјеле надлежности између институција власти и доводећи у питање правну сигурност у области својинскоправних односа.

Попис литературе:

- Бабић, И. Јотановић, Р. *Грађанско право – Стварно право*, Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, 2020.
- Бабић, И. Јотановић, Р. *Грађанско право – Увод у грађанско право*, Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, 2018.
- Ведриш, М. *Основе имовинског права*, Загреб, Информатор, 1976.
- Медић, Д. *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, Паневропски универзитет Апеирон и Удружење правника Републике Српске, 2019.
- Попов, Д.*Грађанско право – општи део*, Нови Сад, Правни факултет у Новом Саду, 2012.
- Радић, Д. ”Развој грађанског права у БиХ”, *Правни живот бр. 32/2012*, 47 – 61.
- Станковић, О. Водинелић, В. *Увод у грађанско право*, Београд, Номос, 1996.
- Станковић, О. Орлић, М. *Стварно право*, Београд, Номос, 1996.
- Анекс 4 Општег оквирног споразума за мир у БиХ - Устав БиХ.
- Анекс 9 Општег оквирног споразума за мир у БиХ.
- Споразум о питањима сукцесије, *Службени гласник БиХ– Међународни уговори*, бр. 10/01 и 8/09).

– Оквирни закон приватизацији, *Службени гласник БиХ*, бр. 14/98.
– Закон о стварним правима, *Службени гласник РС*, бр. 124/08, 3/09 – испр., 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – одлука УС, 107/19 и 1/21 – одлука УС.
– Закон о стварним правима*, Службене новине ФБиХ*, бр. 66/13, 100/13 и 32/19 – одлука УС.
– Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта БиХ, *Службени гласник Брчко Дистрикта*, бр. 11/01, 8/03, 40/04 и 19/07.
– Закона о шумама Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 75/08, 60/13 и 70/20.
– Закона о пољопривредном земљишту, *Службени гласник РС*, бр. 93/06, 86/07, 14/10, 5/12 и 58/19.
– Закон о пољопривредном земљишту, *Службене новине ФБиХ*, бр. 52/09.
– Закона о пољопривредном земљишту, *Службени гласник Брчко Дистрикта*, бр. 32/04, 20/06, 10/07 и 19/07.
– Закон о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске и под забраном је располагања, *Службени гласник РС*, бр. 135/10.
– Закон о привременој забрани располагања државном имовином Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 18/05, 29/06, 85/06, 32/07, 41/07 и 74/07.
– Закон о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске и под забраном је располагања, *Службени гласник РС*, бр. 135/10.
– Одлуке бр. У-8/19, *Службени гласник БиХ,* бр. 16/20.
– Одлука бр. У-9/19, *Службени гласник БиХ*, бр. 16/20.
– Одлука бр. У-1/11, *Службени гласник БиХ*, бр. 73/12.
– Одлука бр. У-5/98, *Службени гласник БиХ*, бр. 12/00.
– Одлука бр. У-16/20, *Службени гласник БиХ*, бр. 49/21.
– Одлука У-36/24, *Службени гласник РС*, бр. 59/24.
– *Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina on the law of the Republika Srpska on the status of state property located on the territory of the RepublikaSrpska and under the disposal ban adopted by the Venice Commission at its 88th Plenary Session (Venice, 14-15 october 2011)*.

Prof. Darko Radic, Ph.D.[24]

THE (UN)SUSTAINABILITY OF THE CONCEPT OF „STATE PROPERTY“

Abstract: *The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, in assessing the constitutionality of certain laws adopted by the National Assembly of the Republic of Srpska, has taken different positions regarding the authority to regulate property rights relations in Bosnia and Herzegovina. Specifically, it has constructed the concept of "state property," which has generated confusion regarding the distribution of competencies between the joint institutions of Bosnia and Herzegovina and the entities within Bosnia and Herzegovina, including the Brčko District, thereby raising concerns about legal certainty in this area of law. In this paper, the author, in addition to addressing the issue of authority over the regulation of property rights relations, focuses on the definition of the term "state property" as the central problem and examines its elements, with the aim of highlighting inconsistencies and errors that, in fact, deconstruct the given concept.*

Keywords: *property, state property, ownership, common weal, public property, goods of general interest.*

24 PhD, Professor, University of Banja Luka, Faculty of Law

UDK 347.232:347.51
doi 10.7251/PR6924359B
Pregledni naučni članak

OSLOBOĐENJE OD OBJEKTIVNE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

Prof. dr Ilija Babić[1]

***Apstrakt*:** *Autor u radu određuje pojam objektivne odgovornosti za štetu, njen začetak u rimskom pravu i Dušanovom zakoniku, a zatim njeno širenje počevši od pojave opasnih mašina i prve industrijske revolucije. Primenom vše metoda saznavanja i tumačenja prava, oslonjajući se na sudsku praksu, nastoji da potpunije objasni razloge oslobođenja od objektivne odgovornosti za štetu: 1. višu silu, 2. radnju oštećenika i 3. radnju trećeg. Posebnu pažnju posvećuje najčešćem razlogu oslobođenja od objektivne odgovornosti za štetu – višoj sili koju razgraničava od slučaja. Ovim radom autor nastoji da upotpuni, čini se do sada nedovoljna i ponekad nejasna, izlaganja u teoriji o ovom institutu.*

Ključne reči: *objektivna odgovornost, opasna stvar, opasna delatnost, oslobođenje od objektivne odgovornosti, viša sila, radnja oštećenika, radnja trećeg; neotklonjiv događaj.*

I. Pojam objektivne odgovornosti

Objektivna[2] odgovornost za štetu zasniva se na uzročnosti, riziku stvorenom u vezi sa opasnom stvari ili opasnom delatnošću, nezavisno od krivice. Pravila o objektivnoj odgovornosti primenjuju se i na druge vidove odgovornosti za štetu propisane zakonom. Za razliku od subjektivne odgovornosti za štetu i oborive pretpostavke o krivici štetnika, objektivna odgovornost predviđa

---

[1] Redovni profesor univerziteta u penziji.
Imejl: prof.ilijababic@gmail. com.

[2] Nlat. *obiectivus,* stvarni, predmetni, od *obiectum,* stvar, predmet.

oborivu pretpostavku uzročnosti - da šteta potiče od opasne stvari i opasne delatnosti. Da bi oštećeni ostvario naknadu štete, mora dokazati da mu je opasna stvar ili opasna delatnost prouzrokovala štetu te da postoji odgovarajuća uzročna veza između štete i opasne stvari ili opasne delatnosti. Nije potrebno da dokazuje krivicu odgovornog lica za tu štetu. Za štetu koja nastane u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom delatnošću, pretpostavlja se da potiče od te stvari ili opasne delatnosti – član 173. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO).[3] Za štetu od opasne stvari odgovara njen imalac, lice koje je imaocu oduzelo stvar na protivpravan način, lice kome je imalac poverio stvar da se njome služi, ili lice koje je dužno da je nadgleda, a nije kod njega na radu (v. čl. 174–176. ZOO). Lice koje se bavi opasnom delatnošću odgovara za štetu koja potiče od te delatnosti. Pravila o objektivnoj odgovornosti primenjuju se na štete u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom delatnošću, izuzev kad o pojedinim vrstama štete, koje takođe potiču od opasne stvari ili opasne delatnosti, postoje posebne odredbe. Tako su posebnim odredbama ZOO regulisani: odgovornost proizvođača stvari sa nedostatkom, odgovornost u slučaju udesa izazvanog motornim vozilom, odgovornost za ekološku štetu, odnosno pretnju tom štetom itd.

Pravila koja regulišu odgovornosti po osnovu krivice predviđaju situacije u kojima je šteta prouzrokovana ali i radnje lica koje isključuju protivpravnost i njegovu obavezu da štetu nadoknadi. Protivpravnost mogu isključiti sledeće radnje: nužna odbrana, stanje nužde, otklanjanje štete od drugog (član 161. ZOO), dozvoljena samopomoć (čl. 162. ZOO), pristanak oštećenika (član 163. ZOO), radnje nadležnih organa u javnom interesu. Po pravilu isključena je odgovornost za štetu nastalu slučajem osim kad je zakonom ili ugovorom određeno da štetnik odgovara za štetu i u tim situacijama. Viša sila je uvek osnov za isključenje odgovornosti za štetu po osnovu krivice.

Za razliku od pravila o odgovornosti po osnovu krivice, objektivna odgovornost za štetu je stroža. Od objektivne odgovornosti za štetu može biti oslobođen mogući dužnik naknade štete ako obori zakonsku pretpostavku da

[3] *Službeni list SFRJ,* br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ, 57/89*, Službeni list SRJ,* br. 31/93 i *Službeni list RS,* br. 18/20. Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Beograd 2013, str. 10-13; Slobodan Stanišić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Banja Luka 2012, str. 85-86; Jakov Radišić, *Obligaciono pravo – opšti deo,* Beograd 2000, str. 244-246; Bogdan Loza*, Obligaciono pravo – opšti dio*, Beograd 2000, str. 226-228; Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo*, Zagreb 2009, str. 612-615; Mihailo Konstantinović, „Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu“, *Pravni život*, br. 9–10/1992, str. 1157; Boris Vizner, *Građansko pravo*, Zagreb 1962, str. 559-564; Grupa autora*, Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (urednici: Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1980, str. 480-484.

šteta nastala u vezi sa opasnom stvari i opasnom delatnošću od nje potiče.[4] U tome će uspeti ako dokaže da je uzrok štete viša sila ili radnja oštećenog ili radnja trećeg lica (čl. 177. ZOO). Radnje oštećenog i trećeg lica, međutim, moraju imati obeležja više sile.

II. Začetak objektivne odgovornosti u rimskom pravu i Dušanovom zakoniku

U rimskom pravu postojali su elementi objektivne odgovornosti za prouzrokovanu štetu. Opšte načelo naknade štete ne poznaje Zakon XII tablica. Ono je usvojeno tek u Akvilijevom zakonu (*Lex Aquilia*) koji je donet u III veku pre naše ere. Prema ovom zakonu za štetu se, u početku, odgovaralo ako između radnje i posledice postoji neposredna veza i ako je šteta naneta činjenjem. U klasičnom periodu ovaj zakon se primenjivao i na posredne posledice i ako je šteta nastala nečinjenjem. Najstariji oblik odgovornosti prema *Lex Aquilia* bio je objektivan. Razlog za naknadu štete nije krivica nego zaštita pravedne raspodele dobara između strana. Kad je ova ravnoteža narušena suprotno pravu i pravdi (*damnum iniuria datum*)[5] primenjuje se korektivna pravda da bi se uspostavila narušena ravnoteža. Mišel Vile (Michel Villey) opravdano ističe da su ova rešenja rimskog prava inspirisana Aristotelovom filozofijom.[6] Ako je pravedna raspodela dobara narušena – prouzrokovana je šteta suprotno pravu i pravdi – korektivna pravda ima za cilj da tu neravnotežu smanji. Krivica nije bila nužan uslov da bi se odgovaralo za štetu. Tako je odgovornost bez krivice nastajala za štetu pričinjenu padom crepa ili za štetu koju su učinile sluge *pater familias*-a[7]. Za pojedine vrste štete (kvazidelikte)

---

[4] Jakov Radišić, *op.cit*., str. 250-251.

[5] Mišel Vile, "Istorijska skica za reč odgovoran" u zborniku *Odgovornost individualna i kolektivna*, Beograd 2008, str. 56.

[6] Mišel Vile, str. 56. Uticaj Aristotelove *Nikomahove etike* na rimsko pravo o naknadi štete je očevidan. U ovom delu on detaljno raspravlja o pravdi i pravednosti (korektivnoj, komutativnoj i distributivnoj pravdi): „Pošto je onaj ko krši zakon nepravedan, a onaj ko ga poštuje pravedan, jasno je da je sve ono što je zakonito u izvesnom smislu i pravedno"... „Pravedno je, dakle, proporcionalno (srazmerno), a nepravedno ono što se ogrešuje o proporciju"... „Zato sudija nastoji da takvu nepravednost koja se ogrešuje o jednakost izjednači" – Aristotel, *Nikomahova etika* (prevod: Miloš N. Đurić), Beograd 1970, str. 113, 118. i 120.

[7] Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2004, str. 384, 395–399; Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo,* Beograd 1960, str. 115; Miroslav Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2005, str. 366; Ante Romac, *Rječnik rimskog prava*, Zagreb 1989, str. 194, 297, 298; Mišel Vile, *Rimsko pravo*, Beograd 2001, str. 97-98.

u Justinijanovom pravu odgovaralo se i bez krivice. Pretorsku tužbu *actio in factum* mogao je podneti oštećeni protiv imaoca (držaoca) kuće, stana ili broda iz kojih je nešto izbačeno ili proliveno, te je na taj način naneta šteta njegovoj imovini ili telu (uključujući i slučaj da je time on ubijen). Za štetu je odgovarao imalac (držalac) kuće, stana ili broda i bez krivice. Justinijan je ove slučajeve uvrstio u kvazidelikte.[8]

Dužnik (štetnik) je oslobađan odgovornosti za štetu ako je ona nastala usled više sile koja je označavana rečima *vis maior* ili *casus maiores. Vis maior* je neizvesna okolnost koja se nije mogla predvideti, a kada se mogla predvideti, nije se mogla sprečiti (*Casus est maior cuius humana infirmitas resistere non potest – Gaius, D. 44, 7, 1, 4* – Događaj kome se ljudska snaga ne može odupreti, smatra se višom silom). Kao *vis maior* smatrani su: potres, poplava, oluja, napad razbojnika, upad neprijatelja, brodolom, požar, grom, epidemija i slične prirodne katastrofe). Viša sila se razlikovala od slučaja (*casus* ili *casus fortuitus*). Slučaj je buduća i neizvesna okolnost nastala bez volje dužnika, koja je prouzrokovala štetu ili zbog koje ugovor nije mogao biti ispunjen (bekstvo roba ili životinje, oštećenje stvari od trećeg lica i drugo). Bitno obeležje više sile je nesavladivost (i kada se događaj može predvideti), a slučaja nepredvidivost. Ako je neizvršenje obaveze dužnika, koja je bila određena *in specie*, nastalo zbog više sile, dužnik je bio oslobađan svake odgovornosti prema poveriocu.[9]

Posebnu vrstu objektivne odgovornosti predviđa Dušanov zakonik.[10] Član 102. Dušanovog zakonika (Struški prepis) određuje: „Ako se gde dogodi bilo kome gostu ili trgovcu, ili kaluđeru, te mu uzme što razbojnik, ili lopov, ili bilo kakva smetnja, da svi ti idu k Carstvu mi da im plati Carstvo mi što budu izgubili.“ Ugostiteljska delatnost se počinje snažnije razvijati posle ukidanja „priselice“ (pravo predstavnika vlasti koji putuju da imaju smeštaj i ishranu u gradovima). Predstavnici vlasti koji putuju u gradove išli su na smeštaj i hranu gostioničaru „stanjaninu“ kao što je to predviđeno u članu 125.

---

[8] Dradomir Stojčević, *op. cit.,* str. 193; Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1974, str. 29, 289, 303; O. Stanojević, *op. cit*., str. 404-406.

[9] Dragomir Stojević, *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd 1960, str. 147; Ante Romac, *op. cit.,* str. 618. i str. 91; Ivo Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd 1970, str. 273; Obrad Stanojević, *op. cit.,* str. 334; Marijan Horvat, *op. cit.,* 222.

[10] „Закон благоверного цара Стефана“, Dušanov zakonik (prvi i glavni deo) donet je na državnom saboru u Skoplju 21. maja 1349. Drugi deo donesen je u obliku novela na državnom saboru u Seru 1354 – Videti: Dragoslav Srejović i drugi, *Istorija srpskog naroda, tom I* (urednik Sima Ćirković), Beograd 1981, str. 557. i dalje.

Prizrenskog rukopisa. U prevodu Stojana Novakovića taj član glasi: „Gradovi nisu dužni podnositi stanarinu; stoga ko ide iz okoline, da ide ka gostioničaru, bio mali ili veliki, što će gostioničar potpuno sačuvati. A kada se gost krene natrag, gostioničar je dužan da mu preda sve što je primio; ako li mu bude što nedostalo, sve da mu plati".[11] Delatnost gostioničara, trgovaca i kaluđera u to vreme bila je na svoj način opasna – smatralo se da su gosti (putnici) u gostionicama izloženi riziku krađe. Stoga je i ustanovljena objektivna odgovornost gostioničara za stvari gostiju (putnika), a za nestanak stvari trgovcima i kaluđerima odgovarala je država (Carstvo).

III. Širenje objektivne odgovornosti za štetu

U vreme donošenja prvih velikih kodifikacija kontinentalne Evrope XIX veka Francuski građanski zakonik iz 1804. (FGZ) i Opšti austrijski građanski zakonik iz 1811. (OAGZ), osnovni izvor opasnosti za tadašnjeg čoveka bila je životinja, građevina ili druga nepokretnost. Industrijska revolucija (započeta u Engleskoj u XVIII veku da bi se docnije, u prvoj polovini XIX veka, proširila na Evropu), stvorila je silne energije, do tada neviđene moćne mašine i tehnologije (parna mašina, predionic, prečišćavanje gvozdenne rude i drugo). Pojava parnih mašina (prvenstveno parne lokomotive koju je 1814. godine usavršio Džordž Stivenson) i drugih pronalazaka prouzrokovala je revoluciju u saobraćaju (prevozu sirovina, robe i ljudi).[12] Ove snažne i brze stvari, nove energije i delatnosti postale su opasne za ljude i okolinu. Železnica, kao nova i opasna stvar, bila je regulisana posebnim zakonima.[13] Rimski institut odgovornosti za štetu, usvojen u ovim kodifikacijama, koji je u osnovi počivao na krivici, postao je tesan. To je briljantno uočio Luj Žosran (*Louis Josserand*) u svom čuvenom radu „Evolucija odgovornosti" na početku XX veka: „U vreme kada je postojala samo sitna industrija, kada se radnik služio bezopasnim oruđem, kada se prevoz, katkada znatnog obima, vršio peške ili zaprežno, događaji koji bi mogli da izazovu deliktnu odgovornost čisto građansku bili su vrlo retki i pojedinac se osećao sigurnim na ulici isto kao i u svojoj radionici ili u svome dućanu. Koliko promena od ovog zlatnog doba, doba koje je, u isto vreme, bilo i doba statike. Posle statičnog čoveka došlo je biće koje izgleda da pripada drugoj rasi, koje se kreće bez prestanka bilo radi

[11] Stojan Novaković, *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog*, Beograd 2004.
[12] Grupa autora I, *Savremeni svet – četvrti tom*, Beograd 1984, str. 12-15.
[13] V. na primer: Slobodan Stanišić, *op. cit*., str. 105-119.

svojih poslova bilo iz zadovoljstva, i koje stvara u ovome ciljju mašine divne i brze, no koje mogu da budu uzrok strašnih katastrofa...“[14].

IV. Razlozi osobađanja od odgovornosti za štetu za opasnu stvar ili opasnu delatnost

Imalac opasne stvari odnosno lice koje obavlja opasnu delatnost (i “lice kome je imalac poverio stvar da se njome služi, ili lice koje je inače dužno da je nadgleda” – čl. 176. st. 1. ZOO, a sledom toga i kad mu je poverio vršenje opasne delatnosti) oslobađa se od objektivne odgovornosti za štetu ako dokaže: 1) da je šteta nastala usled više sile, 2) da je šteta nastala isključivo radnjom oštećenika ili 2) da je šteta nastala isključivo radnjom trećeg lica (čl. 177. st 1. i 2. ZOO).[15]

Osnovnu objektivnu odgovornost za štetu Skica zasniva na opasnoj stvari. To proističe iz naslova Glave IV Odgovornost za opasne stvari i teksta članova od 136. do 140. Skice. Zakon o obligacionim odnosima u Odseku 5. u naslovu (Odgovornost za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti) i članovima 173-174. osim za opasnu stvar, uvodi i odgovornost vršioca opasne delatnosti. Za štetu od opasne delatnosti odgovara lica koje se njom bavi. S obzirom na to da je u naslovu Odseka 5. i čl. 173-174. ZOO (koje određuju pretpostavke uzročnosti i ko odgovara za štetu) izričito predviđena opasna delatnost, pravila o oslobođenju od odgovornosti za štetu važe i za opasnu delatnost pod istim pretpostavkama propisanim i za opasnu stvar.

V. Viša sila

1. Teorije o višoj sili

Pojam više sile se određuje različito u zavisnosti od prihvaćene teorije.

Subjektivno shvatanje (nastalo u 19. veku nemačkoj i švajcarskoj pravnoj doktrini i praksi) zasnovano je, u osnovi, na subjektivnoj odgovornosti

[14] Louis Josserand L., „Evolucija odgovornosti“, *Pravni život*, br. 9–10/1992, str. 1165, 1166

[15] Zakon o obligacionim odnosima i jedan deo pravne teorije koristi izraz „oslobođenje od odgovornosti“(na primer: Marija Karanikić Mirić, *op. cit.*, str. 136-154; Grupa autora, *op. cit*., str. 491-497; Slobodan Stanišić, *op. cit.,* str. 204-213) dok drugi autori, sa istim značenjem, upotrebljavaju pojam „isključenja odgovornosti“ (na primer: Milivoje Andrejević, *Odgovornost za štetu koju pričini životinja*, Institut za uporedeno pravo, 1969, Beograd, str. 120-124: Jakov Radišić, *op. cit.,* str. 250-252).

za nastalu štetu. Kreatori i pristalice ovog gledišta prilikom određivanja pojma više sile smatraju da je relevantno ponašanje odgovornog lica u vezi s okolnostimana na koje se on poziva kao na događaj više sile.[16] Kao viša sila smatra se svaki događaj koji odgovorno lice, „upotrebom najveće pažnje, ni najsavršenijim napravama i sredstvima, nije mogao sprečiti niti štetne posledice njegove otkloniti".[17]

Objektivno shvatanje (nastalo, takođe, u 19. veku) u osnovi se zasniva na građanskopravnoj odgovornosti bez krivice, a izraženo je u delima austrijskog pravnika Adolfa Eksnera i francuskog pravnika Luja Žoserana (*Louis Josserand*). Ovo shvatanje ne uzima u obzir ponašanje (krivicu) odgovornog lica, nego objektivne činjenice koje su u vezi s događajem na koji se to lice poziva, kao što su: priroda i snaga događaja, način na koji je nastao, okolnosti usled kojih je šteta nastala itd. Viša sila je, stoga, svaki događaj koji potiče izvan delatnosti odgovornog lica i prouzrokuje štetu. Takav događaj, po načinu i snazi premašuje događaje koji se mogu očekivati u običnom toku života.[18] Pojam više sile se određuje na osnovu objektivnih merila, kao što su: spoljašnjost događaja, nesavladivost i nepredvidivost događaja.

Samo objektivno ili subjektivno shvatanje, u nekim situacijama, ne može se dosledno primeniti u oblasti građanske odgovornosti. Zbog toga je nastalo subjektivno-objektivno shvatanje koje je u osnovi oslonjeno na objektivno shvatanje više sile. Bitno svojstvo više sile je spoljašnost događaja za odgovorno lice. Ukoliko događaj nema svojstvo spoljašnjosti, odgovorno lice je u obavezi da nadoknadi štetu. Objektivno-subjektivno shvatanje usvojilo je i određene elemente na kojima je zasnovano subjektivno gledište, i to: spoljašnjost događaja, nepredvidivost događaja, nesavladivost događaja i odsustvo krivice odgovornog lica za taj događaj.

U Zakonu o obligacionim odnosima, pravnoj doktrini i sudskoj praksi prihvaćeno je objektivno-subjektivno shvatanje o pojmu više sile.

---

[16] Vrleta Krulj, *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost*, Beograd 1967, str. 30–35; Todor Ačanski, „Viša sila" odrednica u *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom III*, str. 734; Dragoslav Aranđelović, *O odgovornosti za naknadu štete*, Beograd 1924, str. 20; Grupa autora, *op. cit*., str. 493.

[17] Dragoslav Aranđelović, *op. cit.,* str. 20.

[18] Todor Ačanski, op. cit., str. 734; Dragoslav Aranđelović, *ibid.*

2. Pojam više sile i slučaja. Razgraničenje

Višu silu ZOO u čl. 177. st. 1. određuje korišćenjem izraza "da šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazio van stvari, a čije se dejstvo nije moglo predvideti, ni izbeći ili otkloniti. Umesto ovog obimnog naziva koristićemo u praksi i teoriji uobičajen naziv "visa sila".

Viša sila je nesavladiv događaj u objektivnom, apsolutnom smislu. U ovom obeležju više sile došlo je do izražaja objektivno gledište.[19] Događaj je nesavladiv ako se nikakvim merama i sredstvima ne može savladati. Nesavladivost je konkretna i zavisi od svake pojedine situacije. Ukoliko taj događaj ne može savladati odgovorno lice, ali se s obzirom na poznata sredstva i metode, po pravilu, može savladati, postoji slučaj.[20] Nesavladivost se utvrđuje prema prosečno zamišljenom dobrom domaćinu (*bonus pater familias*) i ispituje da li bi taj domaćin, ako deluje u istim okolnostima kao odgovorno lice, uspeo da savlada događaj i spreči nastupanje štete. Ako je odgovorno lice stručnjak za određenu privrednu delatnost kojom se bavi profesionalno, stepen mera i pažnje određuje se strože – prema merama koje može i koje je dužan preduzeti dobar privrednik.[21]

Viša sila je često nepredvidiv (neočekivani) i neobičan (atipičan) događaj. Suprotno tome, slučaj je događaj koji se u životu češće javlja, nekad i redovno, tipično.[22] Događaj je nepredvidiv ako se nije moglo predvideti da će nastupiti. Relevantna je konkretna predvidivost (nepredvidivost), s obzirom na sve pojedine okolnosti u budućem, razumnom periodu. Razuman period može biti različit u zavisnosti od okolnosti, ali se ne može protezati u preterano dugom periodu ili beskonačno.

---

[19] U pogledu nesavladivosti događaja subjektivno gledište kao merilo prihvata mogućnost sprečavanja događaja od strane veoma pažljivog čoveka (*bonus pater familias*) – v. Milivoje Andrejević*, op. cit*., str. 122.

[20] Pre više decenija takav stav usvojen je u sudskoj praksi. Na osnovu zahteva oštećenih, posle nastanka „gorskih udara" u rudnicima, u rešenju Vrhovnog suda Hrvatske, Gž. 1893/73 od 25. jula 1972. godine istaknuto je: „Viša sila može biti prirodni događaj ili ljudska radnja, ali da bi se takav događaj ili radnja mogli smatrati višom silom, potrebno je da se radi o vanjskom događaju u odnosu na stranke, tj. o takvom događaju koji ne zavisi od volje stranaka i koji nije specifično povezan s delatnošću stranaka, već djeluje na njihov pravni odnos van kruga njihove djelatnosti (inače bi moglo biti riječi o slučaju ili čak krivici). Osim toga, potrebno je da događaj nije bilo moguće predvideti (atipičnost pojave) ili otkloniti te da je takav događaj imao za posljedicu štetu ili nemogućnost ispunjenja obaveze" (*Zbirka sudskih odluka*, knjiga XVII, sveska treća, 1972, odluka broj 329).

[21] Todor Ačanski*, op. cit*., str. 737.

[22] Stevan Jakšić, *op. cit*., str. 240.

Viša sila ima u vidu poznate događaje koji su pouzdan dokaz odsustva krivice. Ako postoji krivica odgovornog lica, tada se ne priznaje dejstvo više sile. Subjektivna odgovornost zasniva se na krivici odgovornog lica (član 158. ZOO). Uzrok štete je u slučaju nepoznat. Zbog toga se sumnja da je događaj skrivilo odgovorno lice, a da ga je možda moglo savladati da je bilo pažljivije.[23]

Slučaj je nepredvidivi događaj koji bi se, da se mogao predvideti, mogao otkloniti. Predvidive su, međutim, i otklonjive posledice štete nastale slučajem. Karakter više sile imaju događaji koji su vanredni (atipični), spoljni u odnosu na odgovorno lice, odnosno sferu njegove delatnosti, a kada su i predvidivi, neotklonjivi su. Lice koje odgovara po principu subjektivne odgovornosti ne odgovara za slučaj. Subjektivna odgovornost, po pravilu, počiva na krivici koja postoji ako je štetnik štetu prouzrokovao namerno ili nepažnjom (član 158. ZOO), ali ne i slučajem što je nepodeljen stav pravne nauke i sudske prakse.[24] Slučaj se "štetniku ne može pripisati u krivnju".[25] Ako štetnik odgovara po pravilima objektivne odgovornosti (nezavisno od krivice), tada odgovara i za štetu nastalu slučajem. Razlog za oslobađanje od objektivne odgovornosti jeste viša sila, ali ne i slučaj (v. npr. član 177. stav 1. ZOO).

U pojedinim pravnim sitaucijama predviđena je odgovornost i za slučaj. Tako, ko vrši tuđe poslove i pored zabrane lica čiji je to posao, odgovara za štetu koju je prouzrokovao mešanjem u tuđe poslove, čak i ako je do nje došlo bez njegove krivice (član 226. ZOO). Dužnik odgovara i za slučajnu propast stvari ako je pao u docnju za koju odgovara, osim ako dokaže da bi predmet obaveze propao da je on svoju obavezu na vreme ispunio (član 262. st. 4. i 5. ZOO). Ostavoprimac koji je bez pristanka ostavodavca, ili bez nužde predao stvar drugome da je čuva, ili je nedozvoljeno upotrebljava (ostavoprimac nema pravo da poverenu stvar na čuvanje upotrebljava) odgovara i za njenu slučajnu propast ili oštešenje (v. čl. 715, 716. i 717. ZOO).

Neki pravni pisci ističu da je, teorijski, pravilnije i praktički podesnije u višoj sili gledati posebnu vrstu slučaja koji karakterišu posebni elementi,

---

[23] Todor Ačanski, *op. cit.,* str. 732.

[24] „Slučajno nastalom štetom smatra se šteta koju je oštećena pretrpjela kad je na nju naletilo motorno vozilo u situaciji kad je pala na kolnik usljed iznenadnoga i neskrivljenog kliznuća invalidske štake pomoću koje se kretala. Ocjenjeno je da za naknadu štete oštećenici odgovorna osoba odgovara po kriteriju objektivne odgovornosti". (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 1274/80 od 3. marta 1981, *Zbirka sudskih odluka*, knjiga VI, sveska prva, odluka br. 33. i Slobodan Stanišić, *op. cit*., str. 489.)

[25] Petar Klarić, Martin Vedriš, str. 611.

zbog čega se može nazvati „kvalifikovanim slučajem“.[26] Slučaj i višu silu trebalo bi nazvati zajedničkim imenom „izvanredni događaji“ i „posebno razlikovanje ova dva pojma skoro da otpada“.[27] Čini se da je uticaj na ovaj stav imala odredba člana 1148. Francuskog građanskog zakonika koja predviđa da: “Nema mesta naknadi štete kad je usled neodoljive sile ili slučaja, dužnik bio sprečen da da ili učini nešto na što je bio obavezan ili ako je učinio ono što mu je bilo zabranjeno.” U našoj pravnoj nauci se ocenjuje da član 1148. FGZ potpuno izjednačava višu silu i slučaj i da viša sila kao razlog oslobađanja od građanske odgovornosti postaje sve prevaziđenija. [28]

Višu silu (*force majeure*) francuska sudska praksa[29] i teorija ipak jasno razlikuju od slučaja (*cas fortuit*). Viša sila je spoljni događaj, nepredvidiv i neodoljiv i ova tri obeležja su kumulativna.[30] Ističe se da je viša sila apsolutno nesavladiv događaj, rezultat spoljne sile kao što su oluja, grom, zemljotres, rat, akt vlasti. Suprotno tome, slučaj je događaj unutrašnjeg porekla pod uslovima kao što su: materijalni nedostatak, greška službenika, „rizik razvoja“, koji su relativno nesavladivi, tako da će lice koje je spretnije, sposobnije i bolje opremljeno, moći, mada s poteškoćama, da ga spreči.[31]

Odgovorno lice ne odgovara oštećenom za štetu nastalu višom silom. Kad odgovorno lice odgovara po principu krivice, on se oslobađa odgovornosti ako je šteta nastala delovanjem više sile ali i slučaja. Zakon o obligacionim odnosima razgraničava višu silu od slučaja, a takav stav je prihvaćen u pravnoj doktrini i sudskoj praksi.[32] Subjektivnu odgovornost po osnovu krivice odgovorno lice može otkloniti ako dokaže da je šteta prouzrokovana višom silom, slučajem ili da štetu nije prouzrokovao namerno ili nepažnjom, srazmernom nužnom odbranom, zbog stanja nužde, otklanjanja štete od drugog, dozvoljene samopomoći ili pristanka oštećenog (čl. 158, čl. 161-163. ZOO).

U oblasti objektivne odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti imalac opasne stvari se oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potiče od više sile, tj. „od nekog uzroka koji se nalazio van stvari, a čije se

[26] Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo*, *opšti dio*, Veselin Masleša, Sarajevo 1953, str. 242; Grupa autora, str. 492.

[27] Boris Vizner, *op. cit*., str. 607.

[28] Todor Ačanski, *op. cit*., str. 731-732.

[29] V. Andre Lucas, Pierre Catala, *Code civil 2001*, str. 636-638.

[30] Yvaine Buffelan Lanore, *Droit civil*, Dalloz, Paris 2000, str. 516.

[31] Philippe le Tourneau, F. i Loic Cadiet, *Droit de la responsabilite et des contrats*, Dalloz action, Paris 2000, стр. 412. и 413.

[32] Videti npr.: Todor Ačanski, *op. cit*., str. 732; Milivoje Andrejević*, op. cit*., str. 121–124.

dejstvo nije moglo predvideti, ni izbeći ili otkloniti" (čl. 177. st. 1. ZOO). Nastupanje slučaja, prema tome, nije osnov oslobađanja od odgovornosti za štetu nastalu usled opasne stvari ili opasne delatnosti. Viša sila je spoljni događaj u odnosu na sferu delovanja odgovornog (fizičkog ili pravnog) lica. Zakon o obligacionim odnosima izričito govori o uzroku „koji se nalazi van stvari", a takav stav nedvosmisleno prihvata i sudska praksa.[33] Kao spoljni događaj, tj. višu silu Vrhovni sud Srbije je okarakterisao kolovoz posut uljem s kojeg je sleteo tužilac, iako je vozio prilagođenom brzinom i propisno upravljao vozilom;[34] uvedene sankcije OUN, zbog kojih dužnik nije mogao da izvrši svoje obaveze;[35] provala u poslovne prostorije odgovornog pravnog lica, uništenje i odnošenje dokumentacije iz arhive itd. Spoljni događaj, osim toga, mora biti u uzročnoj vezi sa štetom da bi bio osnov za oslobađanje od odgovornosti za štetu.[36]

Suprotno višoj sili, slučaj nastaje u sferi delovanja odgovornog (pravnog ili fizičkog) lica i stoga ima unutrašnji karakter. Iako se za postojanje više sile zahteva da je događaj spoljni, da je nepredvidiv i neotklonjiv, ova obeležja se ne moraju steći sva istovremeno. Viša sila postoji u svakom slučaju ako je događaj spoljni i ako je neotklonjiv, a nije nužno i da je nepredvidiv. Izvesno je npr., da će vodostaj reke Save porasti za 24 časa 40 cm i da će u određenom delu grada izazvati poplavu, ali taj događaj ne možemo otkloniti. Nepredvidivost obeležava slučaj u većoj meri nego višu silu. Ponekad se elemenat nepredvidivosti više sile u sudskoj praksi prenaglašava. Povodom tužbi vojnika Vojske Jugoslavije, policije i članova njihovih porodica, za naknadu štete, sudska praksa je zauzela stav: „Država SR Jugoslavija je odgovorna za naknadu štete pripadicima Vojske Jugoslavije i policije kao i članovima porodica poginulih i ranjenih pripadnika oružanih snaga u periodu

[33] U rešenju Višeg privrednog suda Pž. 6647/99 od 23. decembra 1999, u tom pravcu je zauzet stav: „Osnov za isključenje odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti je dokaz da šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazio van stvari, a čije se dejstvo nije moglo predvideti, ni izbeći ni otkloniti ili da je šteta nastala isključivo radnjom oštećenika ili trećeg lica koju imalac stvari nije mogao predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili otkloniti".

[34] Presuda Rev. 1197/01 od 25. aprila 2002.

[35] Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 116/94 od 21 novembra 1994.

[36] Tako je u odluci Spoljnotrgovinske arbitraže PKJ T – 112/84 od 12. februara 1986. godine istaknuto: „Iako je fakat zemljotresa spoljna i nepredvidiva okolnost, ona, u konkretnom slučaju, ne može imati kvalifikaciju više sile, jer je tuženik i pored ove okolnosti mogao da ispuni svoju ugovorenu obavezu na vreme kako je ugovorom predviđeno."

ratnog stanja od 24. marta 1999. godine do 26. juna 1999. godine".[37] Ovaj stav zasniva se na objektivnoj odgovornosti države i načelu pravičnosti, solidarnosti i uzajamnosti. Pravilno se u stavu ističe da za SR Jugoslaviju rat nije viša sila, ali neosnovano se smatra da je bitan uslov više sile nepredvidivost radnje ili događaja (u ovom slučaju rata protiv SRJ), a u konkretnoj situaciji se ocenjuje da je rat bio predvidiv, (očekivan). S obzirom na to da viša sila može postojati i kada je događaj predvidiv, sud je trebalo da u obeležju više sile istakne neotklonjivost i spoljašnjost. U konkretnoj situaciji, rat koji je vodio NATO protiv SRJ bio je otklonjiv i zbog toga on, za pripadnike oružanih snaga koji se osposobljavaju za rat, nema obeležje više sile.

Sličan stav Vrhovni sud Srbije, izrazio je u rešenju Rev. 246/01 od 17. januara 2002. godine: „Da bi prirodni događaj, kao viša sila, isključivao odgovornost poslodavca za štetu nastalu na radu ili u vezi s radom, mora biti nepredvidiv, izuzetan, neočekivan i neotkljonjiv. Udar groma jeste prirodni događaj, ali nije viša sila, ako je mogao biti izbegnut prekidom rada dok traje nevreme". U ovom stavu se, takođe, ključni značaj pridaje nepredvidivosti kao obeležju više sile. Iako je udar groma, u vreme donošenja građanskih zakonika početkom XIX veka, po pravilu imao obeležje više sile, on danas nema to svojstvo. Ovaj prirodni događaj je ljudima dovoljno poznat i pouzdano se sprečava odgovarajućim uređajima (postavljanjem gromobrana, odgovarajućim ponašanjem i drugo). Udari groma, iako potiču spolja, nastaju zbog nepreduzimanja radnji u unutrašnjoj sferi uticaja određenog lica (u ovom slučaju trebalo je sprečiti da se ljudi zadržavaju ispod stabala u planini za vreme kiše i grmljavine, u letnje doba), pa ni zbog toga ne predstavljaju višu silu nego slučaj za koji se odgovara.

VI. Radnja oštećenika

Kad između radnje oštećenika koja ima određena svojstva i nastale štete postoji uzročnost imalac stvari odnosno vršilac opasne delatnosti oslobađa se odgovornosti za štetu. Ako ne postoji uzročna veza između štete i radnje (neradnje) oštećenika isključena je svaka vrsta odgovornosti.[38] Šteta koja je isključivo nastala radnjom oštećenika jeste razlog oslobađanja imaoca opasne stvari ili vršioca opasne delatnosti pod uslovom da za njih radnje oštećenika deluju kao viša sila. Za oslobađanje od odgovornosti nužno je da su ispunjene

[37] Stav Sednice Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 10. decembra 2001.
[38] Marija Karanikić Mirić, *op. cit*., str. 137.

još dve kumulativno određene pretpostavke: 1) da imalac stvari ili vršilac opasne delatnosti nije mogao da predvidi radnju oštećenika i 2) da posledice nastanka štete „nije mogao izbeći ili otkloniti" (čl. 177. st. 2. ZOO). Vlasnik opasne stvari ili vršilac opasne delatnosti može se osloboditi odgovornosti ako dokaže da je šteta nastala isključivo krivicom oštećenog lica.[39] Član 137. st. 2. Skice je predvidela oslobađanje odgovornog lica ako je šteta nastupila „isključivo krivicom oštećenika", a ne i u slučaju kad nije utvrđena krivica oštećenog. Pre stupanja na snagu ZOO to je prihvatala i sudska praksa.[40] Ovo rešenje nije preuzeo čl. 177. s. 2. ZOO. Umesto isključive krivice oštećenika kao razloga za oslobađanje od odgovornosti za štetu dovoljno je da je „šteta nastala isključivo radnjom oštećenika". Radnja oštećenika može biti aktivna

[39] "Odredbom člana 177. stav 2. ZOO propisano je da se imalac stvari oslobađa od odgovornosti ako dokaže da je šteta nastala isključivo radnjom oštećenog ili trećeg lica, koju on nije mogao predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili otkloniti, a odredbom člana 176. stav 1. istog zakona propisano je da umesto imaoca stvari odgovara lice kome je imalac poverio stvar da se njome služi, ili lice koje je inače dužno da stvar nadgleda. Kako je prvostepeni sud utvrdio da je do saobraćajne nezgode u kojoj je oštećeno vozilo tužioca došlo krivicom M.M. koji je upravljao vozilom, a koje je na ime tuženog osigurano kod osiguravajućeg zavoda, to tuženi u smislu navedenih odredaba ZOO nije odgovoran za štetu koju je pretrpio tužilac. (Odluka Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž.6382/01 od 14. februara 2002, *Sirijus*, pristupljeno 10. maja 2023.)
Isti stav usvojen je i u odluci Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4659 od 25. aprila 2002: "Do štete koju je tužilac pretrpeo na svom objektu nije došlo krivicom tuženog preduzeća, već krivicom tužiočevog komšije koji je svoj stambeni objekat postavio na delu glavne vodovodne cevi iako je bio upozoren od strane tuženog preduzeća da to ne čini, nije dobio saglasnost za izgradnju svog stambenog objekta. Tuženi je odmah po prijavi kvara sprečio i nastajanje veće materijalne štete za okolne zgrade jer je odmah po pucanju ove cevi prestao sa isporukom vode, izvršio premeštanje cevi iz čega se vidi da je šteta na tužiočevom objektu nastala bez krivice tuženog. Članom 177. st. 1. i 2. ZOO je propisano da se imalac oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potiče od nekog uzroka koji se nalazio van stvari, a čije se dejstvo nije moglo predvideti ni izbeći ili otkloniti, kao i da se oslobađa od odgovornosti ako dokaže da je šteta nastala isključivo radnjom oštećenika ili trećeg lica koju on nije mogao predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili otkloniti.
Stoga nisu osnovani navodi revizije tužioca da je tuženi odgovoran po principu objektivne odgovornosti kao imalac opasne stvari jer je u postupku utvrđeno da šteta koja je nastala potiče isključivo od radnje trećeg lica a ne tuženog", *Sirijus*, pristupljeno 10. maja 2023.

[40] „Automobil u pokretu predstavlja opasnu stvar i njegov vlasnik odnosno korisnik odgovorni su za štete koje upotrebom automobila budu prouzrokovane trećim licima. Tu odgovornost isključuje samo dejstvo više sile, krivica trećeg lica ili isključiva krivica oštećenog." (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Gž. 278/77, *Zbirka sudskih odluka* iz *oblasti građanskog prava 1973-1986*, Vrhovni sud Srbije, Beograd 1986, odluka br. 323.)

ili pasivna (neradnja, propuštanje).[41] Imalac opasne stvari ili vršilac opasne delatnosti oslobađa se odgovornosti za štetu ako je oštećenik kriv za nastalu štetu.[42] On se, međutim, oslobađa odgovornosti za štetu i ako oštećeni nije kriv ako njegova radnja (neradnja) ima svojstvo više sile – da imalac stvari ili vršilac opasne delatnosti radnju (neradnju) oštećenika „nije mogao predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili otkloniti". Tako, iznenadno istrčavanje deteta na kolovoz, pred motorno vozilo, zbog čega je povređeno, koje ne shvata značaj svoje radnje (nije krivo ni odgovorno) i nije u stanju da upravlja svojim postupcima, može biti radnja koja oslobađa vozača motornog vozila samo ako ima svojstvo više sile.[43] Oslobađa se odgovornosti za štetu imalac opasne stvari ili vršilac opasne delatnosti ako postoji „objektivni doprinos oštećenog nastanku štete".[44] Ovaj doprinos oštećenog mora biti isključiv.

Imalac opasne stvari ili vršilac opasne delatnosti delimično se oslobađa odgovornosti za štetu ako je oštećenik svojim radnjama (neradnjama) delimično doprineo nastaku štete (čl. 177. st. 3. ZOO). Za deo kojim je oštećenik doprineo nastanku štete smanjuje se u istoj srazmeri obaveza imaoca stvari (vršioca opasne delatnosti). Ako je nemoguće utvrditi koji deo štete je prouzrokovan radnjom oštećenika „sud će dosuditi naknadu, vodeći računa o okolnostima slučaja".[45]

Kad je osim imaoca opasne stvari (vršioca opasne delatnosti) i oštećeni delimično doprineo nastanku štete svojom krivicom nastaje njihova pode-

[41] „Kada je usled jakog vetra podignut krov garaže vlasništvo tuženog, koja je izgrađena neplanski i nije bila pričvršćena za betonsku podlogu, i nakon toga je pao na vozilo oštećenih tužilaca tada je tuženik odgovoran tužiocima za naknadu štete i nema mesta primeni člana 177. ZOO jer šteta nije nastala iz uzroka van propusta tuženika prilikom podizanja garaže". (Odluka Okružnog suda u Čačku, Gž. 1172/05 od 5. 10. 2005, *Izbor sudske prakse*, br. 4/2006, odluka br. 64.)

[42] „Štetni je događaj uzrokovan, isključivo, radnjom oštećenika, koji je izašao iz vlaka sa suprotne strane od one predviđene za izlazak na peron i pokušao prijeći prugu s one strane na kojoj ga željezničko osoblje nije moglo vidjeti" (Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 1257/91 od 10. 10. 1991, Slobodan Stanišić, *op. cit.,* str. 494-495).

[43] "Iznenadno istrčavanje pred autobus od strane petogodišnjeg djeteta, koje nije u stanju da shvati značaj svoje radnje i da upravlja svojim postupcima, pri čemu je isto izgubilo život, iako je vozač preduzeo sve što je mogao i bio dužan da preduzme da bi izbjegao nesreću, predstavlja svojevrstan oblik više sile, usljed koje vlasnik autobusa nije odgovoran za štetu pričinjenu usljed smrti djeteta" (Pravni stav Građanskog odjeljenja Kantonalnog suda u Sarajevu, *Bilten Kantonalnog suda* br. 2001/3, str. 4 – Slobodan Stanišić, *op. cit*., str. 487).

[44] Jakov Radišić, str. 251.

[45] Stojan Cigoj, „Građanska odgovornost", *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom prvi*, Službeni list SFRJ, Beograd 1978, str. 437.

ljena odgovornost. U ovoj pravnoj situaciji za štetu odgovara imalac opasne stvari odnosno vršilac opasne delatnosti po principu objektivne odgovornosti što je prihvatila i sudska praksa.[46]

VII. Radnja trećeg lica

Imalac opasne stvari ili vršilac opasne delatnosti oslobađa se odgovornosti za štetu i ako dokaže da je šteta nastala isključivo radnjom trećeg lica koju on nije mogo predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili otkloniti.[47] U radnji trećeg lica moraju se kumulativno steći: 1. nepredvidivost, 2. nemogućnost da se šteta izbjegne, 3. neotklonjivost, 4. da za njega ima spoljno obeležje, a što se sistematski i ekstenzivno tumačeći nalazi i van opasne delatnosti koju vršilac obavlja. Treće lice nije oštećeni ni imalac opasne stvari.[48] Takođe, lica kojim se imalac poslužio pri upotrebi stvari ne smatraju se trećim licima (čl. 177. st. 5. ZOO). Ona su, najčešće, kod njega zaposlena ili imaju svojstvo njegovih pomoćnika. Radnje ovih lica smatraju se radnjama samog imaoca opasne stvari.

Radnja trećeg lica koja oslobađa imaoca opasne stvari od odgovornosti za štetu mora imati svojstvo više sile – da je nepredvidiva, da se nije mogla izbeći, a posledice takvih radnji (nastupanja štete) neotklonjive. Osim toga, radnja trećeg lica mora biti spoljna („da potiče od nekog uzroka koji se nalazio van stvari"). Ova pretpostavka izričito je određena u članu 177. stav 1. ZOO da bi delovala kao viša sila na imaoca. Primenjuje se i na radnju trećeg lica iako to nije izričito određeno članom 177. stav 2. ZOO. Ako radnja trećeg lica potiče iz sfere delatnosti imaoca stvari postoji slučaj za koji on odgovara. Po jednom mišljenju vršilac opasne delatnosti se može osloboditi odgovornosti za štetu zbog radnje oštećenog ili trećeg ako dokaže da je isključiva

[46] „Ako je oštećenik postupao protivno propisima, odnosno nepravilno i tako djelimično doprinio prouzrokovanju štete, primjeniće se pravila o podijeljenoj odgovornosti, pa i kada štetnik odgovara po principu objektivne odgovornosti, pa i kada je radnja oštećenog bila predvidiva i otklonjiva". (Odluka Vrhovnog suda BiH, Rev. 182/85 od 15. maja 1985, Slobodan Stanišić, *op. cit.,* str. 500.)

[47] „Imalac motornog vozila može se osloboditi odgovornosti za štetu pričinjenu imaocu drugog motornog vozila u pokretu, ako dokaže da je do nezgode došlo isključivo radnjom trećeg lica koje radnje nije mogao predvideti ni izbeći niti otkloniti (član 177. stav 2. ZOO)" - stav privrednog sudstva bivše SFRJ, Ohrid od 31. 5. do 2. 6. 1989, S. Stanišić, str. 494.

[48] Jakov Radišić, *op. cit*., str. 252.

njihova radnja činjenica koja može oboriti pretpostavku uzročnosti, a „neće moći, u cilju ekskulpacije, dokazivati da se uzrok štete nalazi van stvari".[49] Radnja trećeg, međutim, za vršioca opasne delatnosti mora biti izvan njegove sfere uticaja i kontrole – nalaziti se van njegove stvari ili delatnosti da bi imala obeležja više sile. Takav zaključak proističe ne samo iz naslova Odseka 5. nego i čl. 173-174. ZOO, te istorijskog i teleološkog tumačenja ovih odredaba (odgovornost za opasnu delatnost nije bila predviđena Skicom nego je docnije unesena u ZOO).

Za štetu nastalu u vezi sa opasnom stvari ili opasnom delatnošću važi pretpostavka uzročnosti – „smatra se da potiče od te stvari, odnosno delatnosti" (član 173. ZOO). Stoga imalac stvari ili vršilac opasne delatnosti mora ovu pretpostavku obarati – dokazati da je ona nastala isključivo radnjom trećeg lica koje nije mogao predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili otkloniti i da za njega taj uzrok ima spoljni karakter (ne potiče iz sfere njegovih opasnih stvari ili opasne delatnosti).

Kada je nastanku štete delimično doprinelo treće lice, nastaje solidarna odgovornost trećeg lica i imaoca opasne stvari (vršioca opasne delatnosti). Treće lice odgovara po principu subjektivne odgovornosti za doprinos šteti, a imalac opasne stvari (vršilac opasne delatnosti) po principu objektivne odgovornosti za štetu. Imalac opasne stvari i treći odgovaraju oštećeniku solidarno za celokupnu štetu. U skladu sa pravilima o pasivnoj solidarnosti otećenik može zahtevati njenu naknadu od imaoca opasne stvari i trećeg dok ne bude potpuno ispunjena (v. čl. 414. st. 1. ZOO). Kad bilo ko od njih naknadi celokupnu štetu obaveza naknade štete oštećeniku prestaje. U tom slučaju onaj ko je delimično doprineo nastanku štete, a naknadio je oštećeniku celokupnu štetu ima pravo regresa od drugog odgovornog lica za deo koji nije njegov doprinos šteti.

VIII. Zaključci

Imalac opasne stvari odnosno lice koje obavlja opasnu delatnost (i lice kome je imalac poverio stvar da se njome služi, ili lice koje je inače dužno da je nadgleda, a sledom toga i kad mu je poverio vršenje opasne delatnosti) oslobađa se od objektivne odgovornosti za štetu ako dokaže da je šteta nastala: usled više sile; isključivo radnjom oštećenika ili isključivo radnjom trećeg lica. Postoji viša sila ako je događaj kumulativno ispunjava pretpostavke: da

[49] Slobodan Stanišić, *op. cit*., str. 211.

je spoljni, nepredvidiv i neodoljiv. Slučaj je nepredvidivi događaj koji bi se, da se mogao predvideti, mogao otkloniti. Predvidive su, međutim, i otklonjive posledice štete nastale slučajem. Razlog za oslobađanje od objektivne odgovornosti za štetu jeste viša sila, ali ne i slučaj.

Šteta nastala isključivo radnjom oštećenika jeste razlog oslobađanja imaoca opasne stvari (vršioca opasne delatnosti) od objektivne odgovornosti za štetu: ako za njega radnja oštećenika deluje kao viša sila (spoljna je za njegovu sferu delatnosti, imalac stvari je nije mogao predvideti, a posledice nastanka štete „nije mogao izbeći ili otkloniti“ - čl. 177. st. 2. ZOO). Vlasnik opasne stvari (vršilac opasne delatnosti) može se osloboditi odgovornosti ako dokaže da je šteta nastala isključivo krivicom oštećenika lica, ali i kad on nije za nju kriv.

Imalac opasne stvari ili vršilac opasne delatnosti delimično se oslobađa odgovornosti za štetu ako je oštećenik svojim radnjama (neradnjama) delimično doprineo nastaku štete (čl. 177. st. 3. ZOO). Za deo kojim je oštećenik doprineo nastanku štete smanjuje se u istoj srazmeri obaveza imaoca stvari (vršioca opasne delatnosti). Ako je nemoguće utvrditi koji deo štete je prouzrokovan radnjom oštećenika sud će dosuditi naknadu, vodeći računa o okolnostima slučaja.

Radnja trećeg lica koja oslobađa imaoca opasne stvari od odgovornosti za štetu mora imati svojstvo više sile – da je spoljna, nepredvidiva, da se nije mogla izbeći, a da se posledice takvih radnji nisu mogle otkloniti. Treće lice odgovara po principu subjektivne odgovornosti za doprinos šteti, a imalac opasne stvari (vršilac opasne delatnosti) po principu objektivne odgovornosti za štetu. Kada je nastanku štete delimično doprinelo treće lice nastaje solidarna odgovornost trećeg lica i imaoca opasne stvari (vršioca opasne delatnosti).

Literatura

- Ačanski, T., „Viša sila” odrednica u *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom III.*
- Andrejević, M., *Odgovornost za štetu koju pričini životinja*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1969.
- Aranđelović, D., *O odgovornosti za naknadu štete*, Beograd 1924.
- Aristotel, *Nikomahova etika* (prevod: Miloš N. Đurić), Beograd 1970.
- Buffelan, Y., *Droit civil, Dalloz*, Paris 2000.
- Cigoj, S., „Građanska odgovornost“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom prvi,* Službeni list SFRJ, Beograd 1978.

- Grupa autora I, *Savremeni svet – četvrti tom*, Beograd 1984.
- Grupa autora, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (urednici: Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1980.
- Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 1974.
- *Izbor sudske prakse*, br. 4/2006.
- Jakšić, S., *Obligaciono pravo - opšti dio*, Veselin Masleša, Sarajevo 1953.
- Josserand L L., „Evolucija odgovornosti“, *Pravni život*, br. 9–10/1992.
- Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, Zagreb 2009.
- Konstantinović, M., „Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu“, *Pravni život*, br. 9–10/1992.
- Krulj, V., *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost*, Beograd 1967.
- Loza, B., *Obligaciono pravo – opšti dio*, Beograd 2000.
- Lucas, A., Catala, P., *Code civil 2001*, Paris.
- Marija Karanikić Mirić, M, *Objektivna odgovornost za štetu*, Beograd 2013.
- Milošević, M., *Rimsko pravo*, Beograd 2005.
- Novaković, S., *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog*, Beograd 2004.
- Puhan, I., *Rimsko pravo*, Beograd 1970.
- Radišić, J., *Obligaciono pravo – opšti deo*, Beograd 2000.
- Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb 1989.
- Srejović, D. i drugi, *Istorija srpskog naroda, tom I* (urednik Sima Ćirković), Beograd 1981.
- Stanišić, S., *Objektivna odgovornost za štetu*, Banja Luka 2012.
- Stanojević, O., *Rimsko pravo*, Beograd 2004.
- Stojčević, D., *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1960.
- Stojević, M., *Rimsko obligaciono pravo*, Beograd 1960.
- Tourneau, F. Ph., Cadiet, L., *Droit de la responsabilite et des contrats*, Dalloz action, Paris 2000.
- Vile, M., “Istorijska skica za reč odgovoran” u zborniku *Odgovornost individualna i kolektivna*, Beograd 2008.
- Vile, M., *Rimsko pravo*, Beograd 2001.
- Vizner, B., *Građansko pravo*, Zagreb 1962.
- *Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava 1973-1986*, Vrhovni sud Srbije, Beograd 1986.
- *Zbirka sudskih odluka, knjiga* VI, sveska prva; knjiga XVII, sveska treća, 1972.

Prof. Ilija Babić, PhD[50]

EXEMPTIONS FROM A STRICT LIABILITY FOR DAMAGES

Abstract**:** *The paper deals with a legal term of strict liability for damages, its origin in Roman law and Serbian Dušan's code, and then how it has been evolved along with the appearance of dangerous machines and the First Industrial Revolution. By applying a number of methods of studying and interpreting the law, and relying on judicial practice, the author tries to more comprehensively explain the reasons for exemptions from strict liability for damages: 1) force majeure, 2) act of the very victim, and 3) act of the third party. He pays special attention to the most common reason for exemption from strict liability for damages – force majeure, which he distinguishes from chance. In this paper, the author tries to complete what seems to be insufficient and sometimes unclear theoretical conceptions about this institute.*

Keywords*: strict liability, dangerous product, dangerous activity, exemptions from strict liability, force majeure, act of the very victim, act of the third party; an unavoidable event.*

[50] Retired university professor; prof.ilijababic@gmail.com

UDK 347.218.2:341.384
doi 10.7251/PR6924379S
Originalni naučni članak

OBEZBJEĐENJE NAKNADE ŠTETE U OBLIKU NOVČANE RENTE I ISPLATA UKUPNE SVOTE

Prof. dr Slobodan Stanišić[1]

***Rezime*:** *Nestabilnost globalnih tržišta, učestale političke i ekonomske krize, konstantna fluktuacija vrijednosti najvažnijih svjetskih valuta, inflatorna kretanja, kao i mnoge druge destabilizirajuće okolnosti, posredno ili neposredno utiču na mogućnost dužnika rente da izvršava svoje obaveze. Obezbjeđenje naplate potraživanja naknade štete u obliku novčane rente se aktuelizuje isključivo u slučaju kada se radi o novčanoj obavezi koja se ne izvršava odmah i jednokratno, nego za ubuduće, u jednom dužem vremenskom periodu u kojem dužnik rente, zbog nastupanja raznih okolnosti, može doći u situaciju da obavezu nije u stanju da izvrši. Realizacija njegove obaveze u dužem vremenskom periodu u budućnosti, postaje nesigurna, pa čak i neizvjesna za oštećenoga, pogotovo u slučajevima kada se, na primjer, imovno stanje dužnika rente, očigledno ili sasvim izvjesno, pogoršava, prijeteći da rezultira njegovom potpunom i trajnom insolventnošću. U takvim slučajevima se kao opravdano i korisno rješenje nameće sveobuhvatno legislativno uređenje obezbjeđenja isplate naknade štete u obliku rente. Ustanovljenjem posebnog prava povjerioca naknade štete u obliku novčane rente da zahtijeva od dužnika obezbjeđenje za isplatu navedene naknade, oštećenom je pružen viši stepen sigurnosti u realizaciji njegovog potraživanja. Ne pruži li dužnik rente potrebno obezbjeđenje koje na zahtjev povjerioca rente odredi sud, povjerilac novčane rente stiče pravo da zahtijeva da mu se umjesto rente isplati jedna ukupna svota.*

Ključne riječi: *novčana renta, insolventnost dužnika, obezbjeđenje, isplata ukupne svote.*

---

[1] Advokat i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“, Banja Luka, advokat@blic.net.

1.Porijeklo, pojam i osobine naknade štete u obliku novčane rente

Riječ renta vodi porijeklo iz francuskog jezika, ali je prisutna i u drugim jezicima[2]. U izvornom značenju, renta je „...čist prihod od zemljišta, zgrada i kapitala koji se ostvaruje, bez rada, na osnovu svojine na nepokretnosti i novcu.“[3] Međutim, ovaj opšti pojam rente nema mnogo zajedničkog sa pojmom rente u odštetnom pravu o kojem će biti riječi u predstojećim izlaganjima.

Naime, obaveza koja se nameće odgovornom licu povodom prouzrokovanja štete može biti utvrđena kao *naturalna* ili *novčana*. Novčana obaveza naknade štete može biti određena u jednom ukupnom iznosu. Ovako određen ukupan iznos naknade štete u novcu se, po pravilu, plaća odjednom, jednim aktom davanja. Ipak, moguće je odrediti da se ovakav (ukupan) iznos novčane naknade štete plati u jednakim mjesečnim obrocima (ratama), s tim što ovaj obročni način plaćanja već postojećeg iznosa duga na ime naknade štete, još ne znači da se radi o renti kao obliku novčane naknade štete. Da bi se radilo o renti, potrebno je da se radi o *budućoj šteti*, dakle, šteti čiji ukupan iznos nije unaprijed poznat u trenutku odlučivanja o zahtjevu za naknadu štete.[4] Jedina sličnost rente sa naknadom, ukupne, već postojeće štete, je u tome, što se i novčana renta kao buduća šteta, takođe može odrediti u periodičnim, najčešće mjesečnim, po pravilu, jednakim novčanim iznosima (obrocima) kao dijelovima buduće ukupne štete koja će pogoditi oštećenoga za vrijeme trajanja njegovog života ili za određeno vrijeme. Prema tome, pod pojmom rente u odštetnom pravu se podrazumijeva „…poseban oblik novčane naknade štete čiji ukupan iznos nije unaprijed određen, nego su određeni iznosi pojedinih obroka koji se imaju isplaćivati u određenim vremenskim razmacima radi naknade štete koja će se ostvarivati u budućnosti.“[5] „Izraz renta označava naknadu štete u novčanom obliku čiji ukupan iznos nije

---

[2] franc.*rente;* engl.***rent**, annuity;* njem.*Rente* - čist, regularan prihod od kapitala, imovine ili zemljišta ostvaren bez rada, dakle, koji od vlasnika kapitala ne zahtijeva nikakve preduzetničke djelatnosti – navedeno prema Klajić B., *„Rječnik stranih riječi A-Ž“*, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb 1981, 1153.

[3] Babić I.., „*Građansko pravo, Knjiga 4 - Obligaciono pravo – Opšti deo“, Knjiga 4,* JP Službeni glasnik Beograd 2016., 384-385. fn.1077.

[4] Tako i Stanković O, „*Naknada štete“,* Nomos, Beograd 1998, 367.

[5] Petrić S. *et al.*: „Pravni leksikon“, (ur.Vladimir Pezo) Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb 2007,1400.

izvestan u vreme odlučivanja, a plaća se ubuduće, u određenim jednakim obrocima.“[6]

Dosuđivanje naknade štete u obliku novčane rente nije pravilo, već izuzetak od pravila da se štetna posljedica sanira naturalnom restitucijom. Naime, kada naturalna restitucija nije moguća, šteta se, kada za to postoje zakonski uslovi i kada to oštećeni zahtijeva, može odrediti u novcu, u obliku jednog ukupnog novčanog iznosa ili u pojedinim mjesečnim, unaprijed utvrđenim, novčanim iznosima (obrocima).

Naknadu štete u obliku novčane rente posebno karakteriše i mogućnost da se ona, pod zakonom propisanim uslovima, pretvori u jedinstvenu i jednokratnu obavezu koja dospijeva, odmah po njenom određivanju odnosno presuđenju i da se izrazi u novcu, u vidu *„jedne ukupne svote“*[7]. Za ovo pretvaranje rente u jedinstvenu i jednokratnu novčanu obavezu se u literaturi i sudskoj praksi često koristi naziv *kapitalizacija rente*, dok se za sam ukupan iznos ove naknade štete upotrebljavaju nazivi *„kapital“*[8], *“kapitalizirana renta“*[9], *„kapitalizirana naknada“*[10] *i drugi.* Iako u svojoj suštini predstavljaju *contradictio in adiecto*[11], nazivi „kapitalizacija rente“, odnosno „kapitalizirana renta“ su, zbog svoje česte i masovne upotrebe u svakodnevnom pravnom riječniku, ipak stekli pravo građanstva. Njihovom upotrebom se ne čini nikakva suštinska greška, nego se samo ukazuje na zakonsku mogućnost pretvaranja periodične obročne naknade novčane štete u naknadu koja se isplaćuje u jednom ukupnom, jednokratnom iznosu tj. *„jedanput za svagda“*.[12]

---

[6] Babić I., 384-385.

[7] v.čl.188 st. 4 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

[8] Ripert L., *„La reparation du prejudice dans la responsabilite delictuelle“*, Paris 1933, No.173.

[9] Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev.1131/65 od 27.04.1965 godine, Zbirka sudskih odluka, Knjiga X, sveska 1., odluka br.18 i rješenje Vrhovnog suda Srbije br. Gž.3221/71 od 13.09.1971 godine – O.Stanković., 461 fn. 232.

[10] Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gž.22255/58 od 04.02.1959 godine – O.Stanković., 461 fn.233.

[11] lat.*contradictio, onis* – protivrječnost; lat.*adiectio, adjectio* – baciti, odbaciti, priložiti, dodavati; lat.*cotradictio in adiecto (adjecto)* - unutrašnja, nesavladiva proturječnost u samom razmatranom pojmu (npr., okrugli četvorougao, istinoljubivi lažljivac i slično); Izvor: https://jezikoslovac.com/word/rmca, Pristupljeno:07.06.2022.

[12] Sintagma *„jedanput za svagda“* je upotrebljena za označavanje naknade štete u obliku novčane rente koja se, na osnovu sporazuma odgovornog i oštećenog lica, isplaćuje u vidu

2. Naknada štete u obliku novčane rente, naknada obične štete i izmakle koristi

Pojmove *„naknada štete u obliku novčane rente“* odnosno *„novčana renta“*, koji se odnose na naknadu koja se plaća za štetu koja će tek nastupiti u budućnosti, treba razlikovati od pojmova „n*aknada obične štete“ i „naknada izmakle koristi“,* koji se odnose na naknadu koja plaća za štetu koja je već nastupila i koja postoji.

Drugim rječima, u obliku novčane rente se nadoknađuje *buduća šteta*, što ovu naknadu udaljava od naknade obične, već nastale i postojeće štete, ali je u izvjesnom smislu približava pojmu izmakle koristi kao vidu materijalne buduće štete. Dok se visina rente utvrđuje na dan presuđenja, dosuđuje za ubuduće i plaća mjesečno unaprijed, naknada na ime izmakle koristi se utvrđuje u cjelini i to u vrijeme presuđenja, ali se ne plaća mjesečno unaprijed. Dosuđenu rentu sud može, na traženje oštećenog ili štetnika, povećati, smanjiti ili ukinuti, dok to nije moguće u slučaju naknade obične štete ili izmakle koristi, s obzirom da se dosuđuje u cjelosti i to u vrijeme presuđenja. Ove razlike uočila je i sudska praksa.[13]

Sud može da oštećenom dosudi naknadu materijalne štete u obliku novčane rente, doživotno ili za određeno vrijeme, u slučaju „…*smrti*, *tjelesne povrede* ili *oštećenja zdravlja..“*[14] i to:

- zbog gubitka izdržavanja ili redovnog pomaganja koje je usmrćeno lice davalo, [15]

---

jedne ukupne svote, dakle, u kapitaliziranom iznosu. (v.čl.6 st.1 Srpskog zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću ili telesnom povredom pri železničkom saobraćanju od 21.04.1885 godine, Zbornik br.41, 199), čija su pravila objavljena u djelu. Vukovića M., „Pravila građanskih zakonika“, Dodatak XXXIII: „Posebni propisi o šteti“, IP Školska knjiga, Zagreb 1961, 1060-1062

[13] „Materijalna šteta zbog izgubljene zarade i renta nisu iste kategorije. Renta je buduća naknada štete, utvrđuje se u visini na dan presuđenja i dosuđuje ubuduće. Šteta koja je nastupila do presuđenja nema karakter rente već naknade štete zbog izgubljene zarade usljed nesposobnosti za rad.“ (Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. br.1582/06 od 07.12.2006 godine, te presude Opštinskog suda u Beogradu br.P.7514/03 od 17.06.2005 i Okružnog suda u Beogradu br.Gž.5223/06 od 12.04.2006 godine – Bilten Okružnog suda u Beogradu br.75/2007, Intermex, Beograd – I.Babić I., 283 fn.770.

[14] v.čl.188 st.1 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

[15] v. čl.194 st.1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

- zbog gubitka zarade usljed nesposobnosti za rad koju bi oštećeni ostvarivao da nije tjelesno povrijeđen odnosno da mu zdravlje nije trajno narušeno,[16]

- zbog trajno povećanih potreba oštećenoga,[17]

- zbog uništenja ili smanjenja mogućnosti daljeg razvijanja i napredovanja usljed potpune ili djelimične nesposobnosti oštećenoga za rad.[18]

Novčana renta će se, na primjer, dosuditi doživotno, ako je oštećeno lice (povjerilac rente), usljed tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja postalo trajno nesposobno za rad, dok će se dosuditi samo za određeno vrijeme, u slučaju privremene nesposobnosti za rad i to za vrijeme dok ta nesposobnost traje, kao i u slučaju ako je oštećeno lice dobijalo pomoć od usmrćenog lica radi školovanja, kada će mu sud dosuditi novčanu rentu samo do završetka školovanja.

I naknada nematerijalne štete se može dosuditi u obliku novčane rente, pogotovo, ako to zahtijeva sam oštećeni, ako se radi o tjelesnom oštećenju sa teškim posljedicama i ako naknada štete u rentnom obliku predstavlja za oštećenoga odgovarajuću satisfakciju.[19] Dilemu pravne nauke[20] i sudske prakse u pogledu mogućnosti rentnog dosuđivanja naknade nematerijalne štete, koja je i danas prisutna, po našem mišljenju, otklonio je Načelni stav usvojen na Zajedničkoj sjedinici Saveznog suda, Vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ od 07. i 08.05.1981 godine.[21]

Specifičnost naknade štete u obliku novčane rente je u tome što se određuje u jednakim i tačno utvrđenim mjesečnim iznosima za štetu koja će nastupiti tek u budućnosti. Kod ovakvog stanja stvari se, pored pitanja

---

[16] v.čl.195 st.1 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

[17] Ibidem

[18] Ibidem

[19] Filipović A, Petrović Z, Petrović N., „Naknada štete u obliku rente“, *Naknada štete u obliku rente* (urPetrović Z.), Euromedia d.o.o. , Budva 2002, 16; Ilešić M., „Odškodnina v obliki rente po Zakonu o obligacijskih razmerij“, Združeno delo, Ljubljana 1979, 2; Medić D.., „Osnovni teorijski i praktični problemi naknade štete u obliku rente“, Pravo - teorija i praksa, Vol.20, br.1-2, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad 2003, 35.

[20] Vukčević V., „Naknada buduće nematerijalne štete“, *Pravni život*, I tom, sveska 9-10, Udruženje pravnika Srbije, Beograd 1992, 1539.

[21] „Naknada nematerijalne štete (zbog umanjenja životne aktivnosti i drugih njenih trajnih oblika) dosuđuje se u jednokratnom novčanom iznosu, ali može , na zahtev oštećenog, biti dosuđena i u obliku novčane rente ako takav oblik naknade, prema okolnostima datog slučaja, predstavlja odgovarajuću satisfakciju.“

ukidanja i izmjene već dosuđene naknade štete u obliku novčane rente o kojima ovdje nećemo dalje elaborirati, postavlja još jedno važno pitanje koje je u fokusu naših razmatranja. Riječ je o obezbjeđenju ostvarenja prava oštećenog na naknadu štete u obliku novčane rente ili bolje rečeno - *o obezbjeđenju rente*, uslovima pod kojima se davanje obezbjeđenja za isplatu naknade štete u obliku novčane rente može odrediti i posljedicama koje mogu nastati u slučaju kada dužnik rente ne pruži potrebno obezbjeđenje za isplatu novčane rente koje je sud odredio.

3. Obezbjeđenje izvršenja obaveze dužnika rente

3.1. Opšta razmatranja

Izvršenje obaveze plaćanja novčane rente isplaćivanjem prethodno utvrđenih, po pravilu jednakih novčanih iznosa, vrši se periodično, najčešće mjesečno, a rijeđe, tromjesečno ili polugodišnje i ima za cilj da omogući ravnomjerno zadovoljavanje svakodnevnih egzistencijalnih potreba oštećenog.[22] To je bila i intencija zakonodavca kada je propisao da *„poverilac ima pravo da zahteva potrebno obezbeđenje za isplatu rente, osim ako prema okolnostima slučaja to ne bi bilo opravdano“*.[23] Obezbjeđenje blagovremenog i ravnomjernog izvršenja obaveze dužnika rente od posebne je važnosti za oštećenog. Određivanjem obezbjeđenja za izvršenje ove obaveze dužnika rente se, bez svake sumnje, doprinosi ostvarenju cilja koji se dosuđivanjem ovoga vida naknade štete želi postići. Obezbjeđenje izvršenja obaveze dužnika rente je naročito značajno zbog mogućnosti nastupanja njegove insolventnosti u periodu u kojem se naknada štete u obliku novčane rente ima isplaćivati.

Pitanje obezbjeđenja realizacije potraživanja oštećenoga se aktuelizuje isključivo u slučaju kada se radi o renti kao novčanoj obavezi koja se ne izvršava odmah i jednokratno (kakva je situacija kod tzv. naturalne naknade ili naknade štete dosuđene u jednokratnom iznosu), nego za ubuduće (*pro futuro*), u jednom dužem vremenskom periodu u kojem dužnik rente, zbog nastupanja raznih okolnosti, čak i protiv svoje volje, može doći u situaciju da obavezu nije

[22] Toroman M. *et al.*(ur. Blagojević B.) „Komentar Zakona o obligacionim odnosima I“, II izdanje, Savremena administracija, Beograd 1983, 698.

[23] v.čl.188 st.3 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

u stanju da izvrši. Učestale političke i ekonomske krize, nestabilnost tržišta, inflatorna kretanja i česte promjene nominalnih vrijednosti svjetskih valuta, regionalni ratovi kao i mnoge druge destabilizirajuće okolnosti su vjerna sjenka savremenog doba. One kao *Damoklov mač* prijete imovini fizičkih i pravnih lica utičući tako, na neposredan ili posredan način, na mogućnost ovih subjekata da izvršavaju svoje obaveze. Takve nepovoljne okolnosti mogu da pogode i samog dužnika periodičnog rentnog novčanog davanja, tako da realizacija takvog obročnog plaćanja u jednom dužem vremenskom periodu u budućnosti nije uvijek sigurna za oštećenoga, pogotovo u slučajevima kada se, na primjer, imovno stanje dužnika rente, u jednom dužem vremenskom periodu, očigledno i sasvim izvjesno, pogoršava[24], prijeteći da rezultira njegovom potpunom i trajnom insolventnošću.

3.2. Uporedno pravo

Realna opasnost od nastupanja insolventnosti dužnika u vremenskom periodu koji je određen za plaćanje naknade štete u obliku novčane rente koja može dovesti u pitanje i samu egzistenciju oštećenog je bila razlog da se u legislativi nekih zemalja uredi pitanje obezbjeđenja plaćanja novčane rente. Neki pravni sistemi, kao što su, na primjer, švajcarski i kineski, propisuju „… da se naknada u obliku rente može dosuditi samo ako se istovremeno dužnik obaveže da dâ obezbjeđenje…“ [25], uslovljavajući na ovaj način donošenje odluke o naknadi štete u obliku novčane rente istovremenim obavezivanjem dužnika na davanje obezbjeđenja (garancije) da će se utvrđena obaveza naknade štete u obliku novčane rente plaćati za svo vrijeme za koje je određena.

Obezbjeđenje plaćanje rente predviđeno je i u Njemačkom Građanskom zakoniku, ali na nešto drugačiji način. Za novčanu rentu, njemački Građanski zakonik upotrebljava naziv *„novčani prihod“*, a za obezbjeđnje plaćanje rente - riječ *„sigurnost“*. Naknada štete u obliku novčane rente se dosuđuje „ako je usljed povrede tijela ili zdravlja tekovinska sposobnost povrijeđenog

[24] Vizner B., „Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima“, Knjiga 2, čl.158-453, Zagreb 1978, 837.

[25] „Naknada štete u obliku rente se može dosuditi samo ako se dužnik u isto vrijeme obaveže da dâ obezbjeđenje“ (čl.43 st.2 Švajcarskog zakonika o obligacijama); v.čl.l93 st.2.Kineskog građanskog zakonika – citirano prema O.Stanković *et al*., „Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada“, Tom drugi, Službeni list SFRJ, Beograd 1978, 334.

prestala ili umanjena ili ako su njegove potrebe uvećane."[26] Ova naknada se dosuđuje i za štete koje trpe treća lica usljed smrti lica koje je bilo dužno da ih izdržava, štete nastale zbog smrti, tjelesne povrede, oštećenja zdravlja, oduzimanja slobode, kao i ako je povrijeđeni po sili zakona bio obavezan trećem na službu u njegovom kućanstvu ili obrtu, u kojim slučajevima dužnik ima obavezu dati trećem licu naknadu za izgubljenu službu plaćanjem rente.[27] Donošenje odluke o rentnoj obavezi se neposredno ne uslovljava istovremenim obavezivanjem dužnika na davanje „obezbjeđenja", nego sud, „prema okolnostima" cijeni odnosno određuje da li obavezani na naknadu štete u rentnom obliku mora dati obezbjeđenje, na koji način i u kojem iznosu će dati to obezbjeđenje.[28]

Bivši građanski kodeksi koji su se primjenjivali u jugoslovenskim zemljama između dva svjetska rata (Opšti austrijski građanski zakonik, Srpski građanski zakonik i Opšti imovinski zakonik), nisu uredili materiju obezbjeđenja naknade štete u obliku novčane rente niti mogućnost isplate ovog vida materijalne štete u jednom ukupnom (kapitaliziranom) iznosu, ali je takva mogućnost ipak postojala, jer se takav zaključak, na posredan način, može izvesti iz smisla upotrebljenih riječi i izraza sadržanih u navedenim zakonskim propisima,[29] ali i iz odluka Vrhovnog suda u Beču.[30]

„No, ako je ozljeda u tijelu takova, da potegne za sobom ozlijeđenomu gubitak ili postojanu slabost govorenja, vida ili sluha, gubitak sposobnosti radne, oka, mišice ili ruke ili drugo koje znamenito osakačenje ili izopačenje ili vjekovita nemoć, neizliječivu bolest ili poremećenje uma, tako da nije prilike da će ikada uopšte ozdraviti ili vjekovitu nesposobnost povrijeđenoga, za moći izvršavati zvanje svoje, - ima pravo zahtijevati na ovakav način oštećeni odštetu za izmaklu mu time buduću zaslužbu. Ova se ima sastojati obzirom na propis §1323 O.G.Z (ABGB) u ekvivalentu ravnom iznosu, što bi ga bio zaslužio oštećenik u svom obrtu ili po svom zvanju da ga nije stigla

[26] v.§ 843 st.1 Njemačkog građanskog zakonika

[27] v.§ 845 Njemačkog građanskog zakonika

[28] *„Prema okolnostima se određuje da li obavezani na naknađivanje ima dati „sigurnost", na koji način i u kojem iznosu."* (§ 843 st.2 Njemačkog građanskog zakonika)

[29] § 1325 u vezi sa § 1323 Austrijskog opšteg Građanskog zakonika (ABGB), § 820 Srpskog Građanskog zakonika i čl.579 Opšteg imovinskog zakonika (OIZ)

[30] v.Rješidbe Vrhovnog suda u Beču od 28.08.1884 godine i od 08.maja 1855, br.4225 od – navedeno prema Rušnov A., „Tumač općemu austrijskomu građanskomu zakoniku," II idanje, Knjiga druga, §§ 531-1502, Tisak i naklada knjžare L.Hartmana (Stj.Kugli), Zagreb 1910, 653-654, fn.4 i 5.

jedna od gore navedenih nesreća odštete u tijelu nanešene mu po dotičnom krivcu. Kako i u kojem iznosu, ima se ova odšteta odmjeriti, ima se prepustiti rasuđenju sudca uvaženjem svih okolnosti. Najviše odgovara naravi i učinku ovakve povrede u tijelu da se odšteta ustanovi u iznosu godišnjeg prihoda (rente), koji bi imao dotičnom povrijeđeniku platiti oštetioc. Ali ne može se izključiti po okolnostih ni odmjerenje odštete sastojeće se u godišnjoj glavnici. Za gore navedene vrste povreda ne treba u pravilu dokaza da bi imao ubuduće povrijeđenik stanovitu zaslužbu ili da je njemu time izmakla kako dobit, jer se predmnijeva (pretpostavlja – primj. autora) da bi ubuduće stekao onoliko koliko si je stekao bio do sada.“[31]

Mogućnost dosuđivanja *godišnje rente* koja se ima plaćati mjesečno unaprijed kao novčane naknade *pro futuro* i obezbjeđenja rente su, međutim, bili propisani posebnim zakonskim propisima kao što su, na primjer: *Hrvatski zakon o dužnostima željezničkih pothvatništava* od 08.12.1877. godine koji je objavljen u Zborniku hrvatskih zakona br. 17 iz 1877. godine[32], *Zakon o obavezi za naknadu štete učinjene smrću ili telesnom povredom pri željezničkom saobraćanju* od 21.04.1885. godine objavljenog u Zborniku br. 41 iz 1885. godine[33] i drugi. Na osnovu pomenutih zakonskih propisa, sud je bio ovlašten da odluči o visini naknade štete u obliku novčane rente kao i obezbjeđenju plaćanja dosuđene rente.[34]

---

[31] Ibidem

[32] v.§§ 5 i 6 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08.12.1877 godine čija su pravila objavljena u djelu Vuković M., „Pravila građanskih zakonika“, Dodatak XXXIII: „Posebni propisi o šteti“,IP Školska knjiga, Zagreb 1961, 1058-1060

[33] v.čl.6 i 8 Srpskog zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću ili telesnom povredom pri željezničkom saobraćanju od 21.04.1885 godine (Zbornik br.41, 199) čija su pravila objavljena u djelu Vuković M., „Pravila građanskih zakonika“, Dodatak XXXIII: „Posebni propisi o šteti“, IP Školska knjiga, Zagreb 1961, 1060-1062

[34] *„Sudac ima po svom razboru, ocjenjiv dotične okolnosti, ustanoviti odštetnu svotu i odlučiti, da li je pothvatništvo dužno dati* ***sigurnost****, na koji način i do koje svote.“* (§ 5 st.1 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08.12.1877 godine); *„Ako stranke ne ugovore inako, imade sudac odštetu za gubitak ili oslabljenje privredne snage, pa i odštetu troškova za uzdržavanje i troškova odgojnih, dosuditi u* ***godišnjoj renti****, koja će se unaprijed svakog mjeseca plaćati.“* (§ 5 st.2 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08.12.1877 godine*); „Prema svim okolnostima sud će po svom nahođenju suditi o količini štete kao i o tome, da li će se, na koji način i ukoliko da* ***obezbedi*** *dosuđena naknada i izdržavanje.Ovo izdržavanje može se dosuđivati u vidu godišnjeg uživanja, ako se strane ne slože na odsečnu sumu jedanput za svagda.“* (čl.6 st.1 Srpskog zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću i telesnom povredom pri željezničkom saobraćaju od 21.04.1885 godine).

Prema navedenim propisima, štetnik i oštećeni, ne mogu, ugovorom, objavom, odlukom, ili nekim drugim aktom, unaprijed, isključiti ili umanjiti zakonsku obavezu naknade štete, dakle, ne mogu sporazumno isključiti ili smanjiti zakonom ustanovljenu odgovornost za štetu.[35]

Međutim, štetnik i oštećeni su se mogli sporazumjeti da se šteta plaća ili ***u obliku novčane rente***, periodično i unaprijed ili ***da se plati odjednom***, jednom ukupnom svotom *(„odsečnom svotom jednom za svagda“),* dakle, kapitalizirano. Ako o tome nema sporazuma, sud će naknadu štete za *„gubitak ili oslabljenje privredne snage, pa i odštetu troškova za uzdržavanje i troškova odgojnih, dosuditi u godišnjoj renti koja će se unaprijed svakog mjeseca plaćati.“*[36] Prema tome, *„…ako se strane ne slože na odsečnu sumu jednom za svagda…“*, sud će nakon ocjene svih okolnosti konkretnog slučaja ustanoviti „odštetnu svotu“ (visinu rente, primj. autora) i odlučiti da li će štetnik biti dužan da pruži obezbjeđenje, na koji način i u kojem iznosu.[37]

Ovdje treba napomenuti i to, da iz smisla navedenih propisa takođe proističe da su se štetnik i oštećeni mogli sporazumjeti kako u pogledu visine naknade štete, tako i pogledu načina njenog plaćanja. Ako bi se dogovorili o visini naknade štete u vidu rente, postojala je, takođe mogućnost da se sporazume i na koji način će se izvršenje obaveze plaćanja ugovorene rente obezbjediti ugovaranjem određenih zakonom predviđenih sredstava stvarnog ili ličnog obezbjeđenja. Tek ako, o ovim pitanjima nije bilo dogovora, sud je bio ovlašten da na zahtjev oštećenog odredi da li će štetnik i u kojem obimu biti dužan da pruži obezbjeđenje za isplatu rente. Dakle, i po predratnim propisima, kao i danas, oštećenom je dato pravo da zahtijeva da sud, vodeći računa o svim okolnostima konkretnog slučaja, naloži odgovornom licu da pruži obezbjeđenje za isplatu naknade štete u obliku novčane rente.

Navedena pravna pravila bivših građanskih zakona koristili su jugoslovenski građanski sudovi nakon drugog svjetskog rata sve do stupanja na snagu ZOO, te se u tom pogledu već tada razvila bogata sudska praksa koja

[35] v.§ 4 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08.12.1877 godine i čl.4 Srpskog zakona obavezi za naknadu štete učinjene smrću i telesnom povredom pri željezničkom saobraćaju od 21.04.1885.

[36] v.§ 5 st.2 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08.12.1877.

[37] v.§ 5 st.1 Hrvatskog zakona o dužnostima željezničkih pothvatništava od 08.12.1877 i čl.6 st.1 Srpskog zakona o obavezi za naknadu štete učinjene smrću ili telesnom povredom pri željezničkom saobraćanju od 21.04.1885.

je otvorila mogućnost da se naknada štete, po pravilu, plaća u obliku novčane rente, a izuzetno i u kapitalizovanom iznosu.[38]

I prof. Konstantinović je u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima predvidio pravo povjeriocu rentnog potraživanja da, u opravdanim slučajevima i pod određenim uslovima, zahtijeva od dužnika potrebno obezbjeđenje za isplatu naknade štete u obliku novčane rente, ali samo ako je dužnik rente fizičko lice.[39] Naime, u društvu koncipiranom na socijalistitičkoj ekonomskoj doktrini i planskoj privredi, u vrijeme kada je država garantovala i subvencionirala finansijsku moć i djelatnost svih pravnih lica i njihovu održivost u pravnom prometu, finansijska stabilnost i solventnost pravnih subjekata, kao što su, na primjer, državna privredna preduzeća, banke, osiguravajuća društva i druga pravna lica se uopšte nije dovodila u pitanje, a time i njihova mogućnost da u jednom dužem vremenskom periodu u budućnosti, redovno i uredno ispunjavaju obavezu plaćanja naknade štete u obliku novčane rente. To je bio jedan od ključnih razloga zbog kojeg je u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima bilo predviđeno da oštećeni ima pravo da traži obezbjeđenje rente samo ako je dužnik rente fizičko lice. Nasuprot navedenom, trajna solventnost u pogledu redovnog i urednog ispunjavanja novčane rentne obaveze u dužem vremenskom periodu u budućnosti, realno se nije mogla očekivati od fizičkih lica koja su u ekonomskom i finansijskom smislu bila neuporedivo slabija od državnih pravnih subjekata.

Međutim, ubrzo se uočilo da i pravna lica koja su funkcionisala na principima socijalističke privrede mogu dospjeti u finansijske teškoće i tako, privremeno ili trajno, prestati da servisiraju svoje obaveze. To je bio razlog što se zakonodavac odlučio na drugačije zakonsko rješenje prema kojem se oštećenom, po pravilu, priznaje pravo da od suda zahtijeva obezbjeđenje isplate rente, bez obzira na to da li je dužnik obaveze fizičko ili pravno lice. Ovo pravo je samo načelno priznato oštećenom, s tim da stvarna realizacija toga prava, tj. samo određivanje obezbjeđenja zavisi od ocjene suda da li okolnosti konkretnog slučaja opravdavaju donošenje takve odluke.

---

[38] "Zato što je radna sposobnost podložna promjenama, daje se naknada štete u pravilu u obliku rente, a izuzetno u jednom iznosu za svagda." Vidi odluku Vrhovnog suda NR Srbije Gž.50-1951 od 15.01.1951 godine i odluku istoga suda Gž 740/52 - navedeno prema Vuković M., "Pravila građanskih zakonika sa naknadnim propisima, sudskom praksom, napomenama i podacima iz literature", IP Školska knjiga, Zagreb 1961, 1034-1035. t. 6 i 9.

[39] v.čl.149 st.3 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima

3.3. Obezbjeđenje izvršenja obaveze novčane rente prema Zakonu o obligacionim odnosima

I Zakon o obligacionim odnosima, takođe, načelno, priznaje pravo povjeriocu naknade štete u obliku novčane rente da zahtijeva potrebno obezbjeđenje za isplatu rente.[40] Kao što smo vidjeli iz prethodnog izlaganja, oštećeni kao povjerilac naknade štete u obliku novčane rente, ima pravo da zahtijeva potrebno obezbjeđenje za isplatu rente, osim, ako to prema okolnostima slučaja ne bi bilo opravdano. Uslovi koje zakonodavac propisuje da bi oštećeni ostvario pravo na obezbjeđenje isplate novčane rente proističu iz smisla upotrijebljenih riječi i izraza sadržanih u odredbi čl. 188 st. 3 Zakona o obligacionim odnosima. Naime, mora postojati *zahtjev povjerioca rente (oštećenoga) da se odredi potrebno obezbjeđenje za isplatu rente*, a s druge strane, *da je određivanje obezbjeđenja, za isplatu novčane rente, prema okolnostima slučaja, „opravdano."*

3.3.1. Zahtjev za potrebno obezbjeđenje za isplatu novčane rente i njegova opravdanost

Zahtjev za potrebno obezbjeđenje za isplatu novčane rente se podnosi sudu koji je stvarno nadležan da u parničnom postupku odlučuje o osnovanosti i obimu zahtijeva oštećenog za naknadu štete u obliku novčane rente. Zahtjev se može postaviti samo prema dužniku rente bilo da je on fizičko ili pravno lice. Sa svoje strane, dužnik rente može povodom zahtijeva povjerioca rente za obezbjeđenje isplate rente pozvati u pomoć i druga lica koja bi pored njega mogla da pruže potrebno obezbeđenje za plaćanje rente. Zahtjev za obezbjeđenje isplate rente, oštećeni kao tužilac može postaviti već u samoj tužbi za naknadu štete u obliku novčane rente, ali i kasnije u toku cjelokupnog vremenskog perioda dok obaveza plaćanja rente traje. To znači da on ovakav zahtjev može staviti i u toku trajanja parničnog postupka, pa i nakon njegovog pravosnažnog okončanja, kao i u toku izvršnog postupka. Zahtjev za obezbjeđenje isplate rente, oštećeni može postaviti dužniku rente i vansudskim putem.

Pravo da zahtijeva obezbjeđenje plaćanja rente pripada samo povjeriocu rente tj. oštećenom, jer to eksplicitno proističe iz samog zakonskog teksta

[40] v.čl.188 st.3 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

čl. 188 st. 3 ZOO *(„Poverilac ima pravo da zahteva potrebno obezbeđenje za isplatu rente…“)*. To znači da obezbeđenje plaćanja rente ne može tražiti dužnik rente (štetnik, odgovorno lice), niti ovo obezbeđenje bez zahtjeva povjerioca rente, može odrediti sud. Sud, dakle, ne može, zbog toga što smatra da ima razloga za sumnju u insolventnost dužnika rente, po službenoj dužnosti, dakle, bez zahtjeva povjerioca rente, naložiti dužniku rente da pruži potrebno obezbjeđenje za isplatu rente. Ovo utoliko prije što je pravo povjerioca da zahtijeva obezbjeđenje isplate rente njegovo zakonsko pravo čije ostvarenje zavisi od njegove volje odnosno njegove odluke da li će se ovim pravom uopšte koristiti. Povjerilac i dužnik se mogu sporazumjeti o načinu i sredstvima obezbjeđenja, a ako takve saglasnosti nema, odluku o tome će donijeti sud, cijeneći pri tome stvarne „mogućnosti dužnika“, te „vodeći računa da li određeno obezbjeđenje u dovoljnoj mjeri osigurava plaćanje rente.“[41]

Zahtjev povjerioca rente da mu dužnik pruži obezbjeđenje za isplatu rente mora biti *„opravdan.“* Drugim riječima, da bi uspio sa ovakvim zahtjevom, povjerilac rente mora da dokaže da je, u konkretnom slučaju, obavezivanje dužnika rente da pruži potrebno obezbjeđenje – *opravdano.* Opravdano će biti nalaganje dužniku rente da pruži obezbjeđenje za isplatu rente samo ako povjerilac rente dokaže da postoji sumnja u solventnost dužnika u vrijeme odlučivanja o zahtjevu za određivanje obezbjeđenja, ali i nakon toga, ako se, prema okolnostima, može očekivati da će dužnik rente postati insolventan u nekom trenutku u budućnosti, za vrijeme dok obaveza plaćanja rente traje. Prema shvatanju izraženom u sudskoj praksi, obavezivanje dužnika da pruži potrebno obezbjeđenje za isplatu rente će biti opravdano i ako dužniku rente prijeti opasnost od stečaja.[42] Obavezivanje dužnika rente da pruži potrebno obezbjeđenje neće biti opravdano ako je solventnost konkretnog dužnika rente nesumnjiva i notorna s obzirom na djelatnost kojom se bavi, odnosno ako je dužnik rente solventan u takvom obimu koji „…očigledno obezbjeđuje ravnomernu i dugoročnu isplatu novčane rente oštećenom.“[43] Takav slučaj notorne solventnosti, po pravilu postoji, kada su dužnici obaveze uspješne i

[41] Đorđević Ž *et al.* (ur. S.Perović, Stojanović D.) „Komentar Zakona o obligacionim odnosima“, Knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu. Kragujevac 1980, 556.

[42] Vidi odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske Revr-703/07 od 20.12.2007 godine, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske br.2/2008; Hajdarević H., Tajić H., Simović V., „Zakon o obligacionim odnosima“ , Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo 2011., 441-443.

[43] Toroman M. *et al.,* 698.

ugledne firme, čija je solventnost, posmatrano sa aspekta njihove djelatnosti, potpuno izvjesna u dužem vremenskom periodu. U ovakve pravne subjekte, po pravilu, spadaju banke, komunalna preduzeća i osiguravajuća društva poznata po višegodišnjem uspješnom i stabilnom poslovanju, velike finansijske korporacije i druga stabilna privredna društva, država ili jedinica lokalne samouprave, pravni subjekti koji se finansiraju iz budžeta i drugi. Ipak, pitanje opravdanosti sumnje u solventnost dužnika predstavlja *questio facti*, što znači da se ono treba raspraviti u svakom konkretnom slučaju.

3.3.2. Potrebno obezbjeđenje za isplatu novčane rente i načini takvog obazbjeđenja

Ako prihvati zahtjev povjerioca potraživanja naknade štete u obliku novčane rente, sud će naložiti dužniku rente da pruži oštećenome *potrebno obezbjeđenje* za isplatu novčane rente. *Potrebno obezbjeđenje* je ono koje u određenom vremenskom periodu ili koje do kraja života oštećenog, u dovoljnoj mjeri obezbjeđuje izvršavanje utvrđene periodične obaveze plaćanja rentnih obroka. Prilikom odlučivanja koji će od načina obezbjeđenja odrediti kao tzv. *potrebno obezbjeđenje*, sud će, u svakom konkretnom slučaju, morati voditi računa o visini potraživanja povjerioca naknade štete u obliku novčane rente i dužini vremenskog perioda u kojem se takva obaveza dužnika rente ima izvršavati, s jedne strane, ali i o stvarnim mogućnostima dužnika rente da takvo obezbezbjeđenje, u utvrđenom periodu izvršavanja obaveze - pruža, s druge strane. „Potrebno obezbjeđenje koje sud odredi“ može biti, na primjer, polaganje jednogodišnjeg ili višegodišnjeg ukupnog iznosa budućih mjesečnih obroka rente utvrđenih sudskom odlukom u konkretnom slučaju u odgovarajući depozit; izdavanje bankarske garancije; jemstvo trećeg lica; hipoteka na nepokretnoj imovini dužnika rente i slično.

Kada su u pitanju načini obezbjeđenja izvršavanja obaveze dužnika naknade štete u obliku novčane rente, smatramo da pored prethodno pomenutih načina obezbjeđenja treba uvrstiti i one koje predviđa Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima[44] i Prednacrt Građanskog zakonika Srbije[45] kod ugovora o doživotnoj renti. Naime, obezbjeđenje potraživanja primaoca rente

[44] Konstantinović M.,“Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima“, Knjiga druga, drugo izdanje,Savremena administracija, Beograd 1969, 275 i 277., čl.959 i 967.

[45] v.čl.1508 i čl.1516 Prednacrta Građanskog zakonika Srbije – Radni tekst, Beograd 2015, 405-406; Microsoft Word - NACRT (mpravde.gov.rs), Pristupljeno 11.06.2023.

kod ugovora o doživotnoj renti je uređeno kroz zakonsko ovlašćenje primaoca rente da radi obezbjeđenja svoga potraživanja zahtijeva da se to njegovo potraživanje upiše u zemljišnim knjigama odnosno registrima kao *realni teret*[46], s tim da je druga ugovorna strana, kao davalac rente, dužna da trpi upis ovakvog realnog tereta, kao i sva pravna dejstva takvog upisa."Osnivanjem realnog tereta primalac izdržavanja se obezbeđuje, ako je davaocu izdržavanja preneo pravo svojine na nepokretnosti, od mogućnosti da davalac izdržavanja otuđi tu nepokretnost. Naime realni teret davanja rente, kao stvarno pravo, tereti istu nepokretnost novog vlasnika."[47]

Osim toga, kao jedan od načina obezbjeđenja izvršavanja obaveze naknade štete u obliku novčane rente mogu poslužiti i rješenja sadržana u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima i Prednacrtu Građanskog Zakonika Srbije koja se predlažu u slučaju docnje dužnika rente kod ugovora o doživotnoj renti. Prema navedenim rješenjima, primalac rente, u svrhu obezbjeđenja ispunjenja obaveze davaoca rente, može "…zahtevati da se iz dužnikove imovine izdvoji potrebna svota novca, čija bi jednogodišnja kamata bila ravna jednogodišnjem iznosu rente i položi u neku banku na ime dužnika, ali sa doživotnim pravom za poverioca da uživa kamate do visine rente."[48]

Po našem mišljenju, nema prepreke da se *de lege ferenda* naprijed iznesena rješenja koja se odnose na obezbjeđenje plaćanja obaveze davaoca rente kod ugovora o doživotnoj renti, *mutadis mutandis*[49], predvide i kao način obezbjeđenja izvršavanja obaveze naknade štete u obliku novčane rente. To podrazumijeva prilagođavanje pomenutih zakonskih rješenja pravnom institutu objezbjeđenja plaćanja naknade štete u obliku novčane rente koji je uređen odredbom čl. 188 st. 3 Zakona o obligacionim odnosima, imajući pri tome na umu da se ovaj oblik naknade vanugovorne štete dosuđuje doživotno

[46] „Realni teret daje svome korisniku ograničeno stvarno pravo na nepokretnosti koju opterećuje ovlašćujući ga da mu se na teret njene vrijednosti periodično daju stvari ili čine radnje koje su sadržaj tog realnog tereta." (čl.264 Zakona o stvarnim pravima, Službeni glasnik Republike Srpske", br. 124/2008, 3/2009 - ispr., 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 - odluka Ustavnog Suda i 107/2019)

[47] v. Babić I., „Leksikon obligacionog prava", IV idanje, Službeni glasnik, Beograd 2018, 420; v. Klarić P., Vedriš M., „Građansko pravo", 12. izdanje, Narodne novine, Zagreb **2009, 513.**

[48] v. čl.967 st.1 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima i čl.1516 Prednacrta Građanskog zakonika Srbije

[49] lat.*mutadis mutandis* – promjenivši ono što treba promjeniti

ili za određeno vrijeme i to u slučaju smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja.[50]

4. Pravo povjerioca da mu se umjesto rente isplati jedna ukupna svota na ime naknade buduće štete (kapitalizacija rente) kao neposredna posljedica uskraćivanja obezbjeđenja za isplatu rente

Takođe treba reći i da se naknada štete na ime svih prethodno pobrojanih vidova imovinske štete koje se dosuđuju u obliku novčane rente, može dosuditi i u vidu jedne ukupne novčane svote, kao tzv. "kapitalizovana, kapitalizirana renta", ali pod pretpostavkom da za donošenje takve odluke postoje zakonom propisani uslovi.[51]

Isplatu jedne ukupne svote na ime naknade buduće štete (kapitalizacija rente) povjerilac (oštećeni) može tražiti: *„Ako dužnik ne pruži potrebno obezbeđenje koje sud odredi"* ili iz „ozbiljnih uzroka".[52] „Potrebno obezbjeđenje koje sud odredi" može biti, na primjer, polaganje jednogodišnjeg ili višegodišnjeg ukupnog iznosa budućih mjesečnih obroka rente utvrđenih sudskom odlukom u konkretnom slučaju u odgovarajući depozit; izdavanje bankarske garancije i slično. *„Ozbiljni uzrok"* za isplatu jedne ukupne svote (kapitalizirane rente), u smislu navedene zakonske odredbe, može, na primjer, predstavljati slučaj kada oštećeni traži isplatu ukupne svote jer namjerava da osnuje trgovinsko preduzeće i nabavi potreban alat za rad; kada mu je ukupna svota ili njen veći dio potreban zbog liječenja rijetke bolesti koje se može obaviti samo u inostranstvu u specijalizovanim ustanovama; kada se osnovano i ozbiljno može pretpostaviti da oštećeni zbog promjene u imovnom stanju kasnije neće biti u mogućnosti da isplaćuje naknadu štete u obliku rente.[53] Isplatu jedne ukupne svote (kapitalizirane rente) sud neće moći dosuditi ako to ne zahtijeva sam oštećeni.[54] On to ne može učiniti

[50] v. čl.188 st.1 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

[51] v. čl.188 st.3-5. 1 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

[52] v. čl.188 st.5 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

[53] v. odluku Vrhovnog suda Srbije Gž.4302/76 – Babić I., 392-393, fn.1092

[54] Arg. iz čl.188 st.3 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

ni ako odluku o kapitalizaciji rente predlaže odgovorno lice kao dužnik naknade. Ipak, dozvoljeno je sudsko poravnanje o isplati naknade štete u kapitaliziranom iznosu, ako u poravnanju takav kapitalizirani iznos bude određen sporazumom povjerioca i dužnika naknade.[55]

Dosuđivanje naknade štete u slučaju smrti, tjelesne povrede ili narušenja zdravlja u obliku novčane rente se pojavljuje kao pravilo, a njeno dosuđivanje u vidu jedne ukupne svote (kapitalizacija), kao izuzetak od pravila. Iznos naknade štete zbog smrti, tjelesnog oštećenja ili narušenja zdravlja u smislu isplate jedne ukupne svote (iznos kapitalizirane rente) može se na zahtjev oštećenog odrediti prilikom presuđenja ili nakon donošenja presude o naknadi štete u obliku novčane rente uz ograničenje da kapitalizirana ukupna svota koja se dosuđuje na ime naknade štete obuhvata samo nedospjele (buduće) obroke.[56] Sam iznos naknade štete u vidu jedne ukupne svote (kapitalizirani iznos rente) se određuje prema visini prethodno utvrđene mjesečne rente i vjerovatnom trajanju života oštećenoga kao povjerioca naknade, uz odbitak odgovarajućih kamata.[57]

Prema tome, parametri za utvrđivanje kapitalizirane rente su:

-*prethodno utvrđeni periodični fiksni iznos naknade štete u obliku novčane rente (mjesečni obrok novčane rente)*;

-*vrijeme trajanja prava na naknadu štete u obliku novčane rente,* tj. da li se novčana renta dusuđuje doživotno ili za određeno vrijeme;

- *ukupan iznos budućih periodičnih (mjesečnih) obroka rente*;

- *ukupan iznos odgovarajućih kamata (međukamata)* koje bi odgovorno lice (dužnik) ostvarilo na novčana sredstva na ime pojedinih obroka novčane rente da pomenuta novčana sredstva nije isplatilo odjednom i prije njihove dospjelosti kao tzv. ukupnu buduću naknadu štete odnosno kapitaliziranu rentu.

---

[55] „Nije protivan prinudnim propisima sporazum o naknadi štete koja sukcesivno nastaje (napr.zbog izgubljenog izdržavanja) u jednom iznosu.“ (v. odluku Vrhovnog suda BiH Rev.650/88 od 15.06.1989, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda BiH br.3/1989 – I. Babić., 393, fn.1093); „Sud je vezan saglasnim zahtevom stranaka da se izvrši kapitalizacija rente i u tom slučaju obostrane saglasnosti ne mogu se za donošenje odluke o kapitalizaciji zahtevati nikakvi posebni uslovi.“ (v. odluku Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev.370/65 – Simonović D., „Naknada štete prema Zakonu o obligacionim odnosima“, Službeni glasnik, Beograd 2009,237. sent. br.4).

[56] Đorđević Ž, Stanković V., “Obligaciono pravo”, Opšti deo, Naučna knjiga, Beograd 1986, 446.

[57] v.čl.188 st.4 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

Pod prethodno utvrđenim periodičnim fiksnim iznosom naknade štete u obliku novčane rente podrazumijeva se novčani iznos (vrijednost) jednog fiksnog mjesečnog obroka rente čija se visina ocjenjuje prema vremenu donošenja sudske odluke o zahtjevu za naknadu štete.

Pod vremenom trajanja prava na naknadu štete u obliku novčane rente podrazumijevamo vrijeme u kojem oštećeni ima pravo na rentu, s tim da ono u nekim slučajevima obuhvata „vrijeme trajanja života oštećenoga", dakle, traje doživotno, a u nekim slučajevima traje kraće vrijeme (na primjer, pravo na naknadu štete u obliku rente zbog izgubljenog izdržavanja koje traje maksimalno koliko i redovno školovanje oštećenoga, a po pravilu, do završetka redovnog školovanja).

Dužina vjerovatnog trajanja života oštećenog se utvrđuje samo u slučajevima postojanja prava na doživotnu rentu i to prema prosječnom trajanju ljudskog života.

Prema statističkim podacima prosječni ljudski vijek iznosi do 70 godina života. Od prosječnog ljudskog vijeka treba u svakom konkretnom slučaju odbiti vrijeme života oštećenoga koje je proteklo. Drugim rječima, pod vremenom kao parametrom za izračunavanje visine kapitalizirane rente treba podrazumijevati vrijeme u kojem bi oštećeni imao pravo na rentu.

Nakon što se utvrdi broj obroka rente i njihov zbir za vrijeme trajanja prava na rentu (na primjer, do kraja života ili za vrijeme redovnog školovanja povjerioca rente), od tako dobijenog ukupnog zbira moraju se odbiti odgovarajuće kamate (diskontne kamate, međukamate)[58]. Odgovarajuće kamate, tj. „međukamate se odbijaju zbog toga što dužnik isplaćuje odjednom iznos koji bi plaćao povremeno jednakim periodičnim obrocima, kada bi štetu nadoknađivao u obliku novčane rente, a ne u obliku kapitalizirane rente. Naime, on bi periodične iznose koji još nisu dospeli za isplatu mogao korisno upotrebiti, na primer, dati na štednju i dobijati kamatu. Međutim on se lišava takve ili slične koristi isplaćujući odjednom ceo iznos naknade u vidu kapitalizirane rente."[59]

Isplaćenim novcem na ime kapitalizovane rente se koristi oštećeni. Iz navedenog razloga je nužno obračunati kamate koje su u međuvremenu

[58] ***Diskontne*** (eskontne) ***kamate*** ili **međukamate** predstavljaju odbitak na koji dužnik ima pravo ako ispuni svoju novčanu obavezu prije roka. Iznos kamate se izračunava na način što se od iznosa duga odbije iznos kamate za vrijeme od dana isplate do dana dospjelosti. Naziv potiče od latinske riječi *„discomputare"* – obračunati.

[59] Đorđević Ž., Stanković V., 447.

dospjele za svo vrijeme korištenja novcem od strane oštećenoga i to za vrijeme proteklo od isplate do dospjelosti svakog pojedinog obroka rente koji čine ukupno dusuđenu svotu i tako dobijeni iznos međukamata odbiti od ukupno dosuđene svote (kapitaliziranog iznosa). Obračun kamata i utvrđivanje visine iznosa jedne ukupne svote (kapitalizirane rente) primjenom interesnog računa uvjek se povjerava vještaku finansijske struke - specijalisti za aktuarsku matematiku.[60] Na taj način se dobilja približno realna visina ukupne materijalne štete koju će oštećeni trpiti u budućnosti. Drugim riječima, ako bi se oštećenom na ime naknade štete u obliku novčane rente unaprijed i prije dospjelosti, za svo vrijeme trajanja prava na rentu, isplatila naknada u obliku jedne ukupne (kapitalizirane) svote u visini prostog zbira fiksnih mjesečnih iznosa rente, oštećeni bi, na ime naknade štete dobio više nego što iznosi i sama šteta i time neosnovano obogatio na štetu odgovornog lica.

Naročito treba naglasiti da kapitaliziranu rentu kao vid naknade buduće štete treba strogo razlikovati od svih drugih oblika naknade štete u jednom ukupnom iznosu kao što je, na primjer, slučaj kada se oštećenome isplaćuje izgubljena zarada za vrijeme liječenja u jednokratnom iznosu ili kada mu se isplaćuju troškovi liječenja. Naknada koja se oštećenome isplaćuje u navedenim slučajevima nema pravnu prirodu naknade štete u obliku novčane rente shvaćene kao buduće štete, već predstavlja naknadu štete koja je već nastupila.

Pravo na naknadu štete u obliku novčane rente je, po pravilu, neprenosivo.[61] Prenos ovoga prava se ne može izvršiti ni na osnovu zakonskog ili testamentarnog nasljeđivanja, a isto tako ni nekim građanskim pravnim poslom kao što je, na primjer, ugovor o cesiji (ustupanju) prava na naknadu štete u obliku novčane rente. Ovaj prenos nije dozvoljen iz razloga što je pravo na naknadu štete u obliku novčane rente, lično pravo oštećenoga, dakle pravo koje je vezano za njegovu ličnost.

Ipak, pravo na naknadu štete u obliku rente je prenosivo samo ***u pogledu obroka rente koji su već dospjeli***, pod uslovom da je *„…iznos naknade određen pismenim sporazumom strana* ili *pravosnažnom sudskom odlukom.*“[62]

---

[60] v.presude Vrhovnog suda Srbije Gž.2560/76 i Rev.II/1017/02 od 09.10.2002 – navedeno prema Babić I., 393 fn.1095.

[61] Đorđević Ž, Stanković V., 447.

[62] v.čl.197 st.2 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.

Imajući u vidu prethodno navedeno o neprenosivosti prava na naknadu štete u obliku novčane rente, postavlja se pitanje da li je i pravo na isplatu jedne ukupne svote (pravo na tzv. kapitaliziranu rentu) koje je utvrđeno u korist oštećenoga na osnovu pravosnažne sudske odluke neprenosivo ili se isto ipak može prenijeti? Na ovo pitanje nije lako odgovoriti, obzirom da obaveza plaćanja jedne ukupne svote (kapitalizitane rente) predstavlja ništa drugo do naknadu buduće štete u jednom ukupnom iznosu. Čini nam se da je i pravo na jednu ukupnu svoju (kapitaliziarnu rentu) utvrđeno pravosnažnom sudskom odlukom prenosivo jednako kao i pojedini dospjeli iznosi rente, jer ovako utvrđen ukupan iznos buduće štete (kapitalizirani iznos) koji odgovorno lice, kao dužnik treba da isplati oštećenom, kao povjeriocu, treba tretirati kao ***dospjelu obavezu***. Argument za ovakav zaključak se nalazi u prethodno već pomenutoj zakonskoj odredbi prema kojoj se „***dospeli iznosi naknade*** *mogu prenositi drugome ako je iznos naknade određen pismenim sporazumom strana ili pravosnažnom sudskom odlukom.*“[63]

5. Zaključak:

Izvršenje obaveze plaćanja novčane rente koje se iscrpljuje u isplati prethodno utvrđenih, po pravilu jednakih novčanih iznosa, vrši se periodično, u dužem vremenskom periodu, koliko rentna obaveza traje i ima za cilj da omogući ravnomjerno zadovoljavanje svakodnevnih egzistencijalnih potreba oštećenog. To je bila i intencija zakonodavca kada je propisao da *„poverilac ima pravo da zahteva potrebno obezbeđenje za isplatu rente, osim ako prema okolnostima slučaja to ne bi bilo opravdano.“* Priznavanje ovoga prava je od posebne važnosti za oštećenog. Određivanje od strane suda obezbjeđenja za izvršenje obaveze dužnika rente doprinosi ostvarenju cilja koji se dosuđivanjem ovoga vida naknade štete želi postići. Obezbjeđenje izvršenja obaveze dužnika rente posebno dobija na značaju zbog mogućnosti nastupanja insolventnosti dužnika u periodu u kojem se naknada štete u obliku novčane rente ima isplaćivati i aktuelizuje isključivo u slučaju kada se radi o renti kao novčanoj obavezi koja se ne izvršava odmah i jednokratno (kakva je situacija kod tzv. naturalne naknade ili naknade štete dosuđene u jednokratnom iznosu), nego za ubuduće (*pro futuro*), u jednom dužem vremenskom periodu u kojem dužnik rente, zbog nastupanja raznih nepovoljnih okolnosti, kao što

[63] Ibidem

su političke, ekonomske i monetarne krize, čak i protiv svoje volje, može doći u situaciju da obavezu nije u stanju da izvrši.

U takvom slučaju, kao opravdano i korisno rješenje, nameće se sveobuhvatno legislativno uređenje obezbjeđenja isplate naknade štete u obliku rente. Ustanovljenjem posebnog prava povjerioca naknade štete u obliku novčane rente da zahtijeva od dužnika obezbjeđenje za isplatu navedene naknade, oštećenom je pružen viši stepen sigurnosti u realizaciji njegovog potraživanja, jer ako dužnik rente ne pruži potrebno obezbjeđenje koje je na zahtjev povjerioca rente odredio sud, povjerilac novčane rente stiče pravo da zahtijeva da mu se umjesto rente isplati „jedna ukupna svota". U ovakvoj situaciji sud mora da udovolji zahtjevu oštećenoga i obaveže odgovorno lice da umjesto periodičnih isplata rente u dužem vremenskom periodu, oštećenome kao povjeriocu, ***odmah isplati*** „jednu ukupnu svotu" (kapitaliziran iznos rente) određen prema visini prethodno utvrđene mjesečne rente i vjerovatnom trajanju života oštećenoga kao povjerioca naknade, uz odbitak odgovarajućih (diskontnih) kamata. No, ne treba izgubiti iz vida da povjerilac rente može, ali ne mora, da traži da mu se, umjesto rente, isplati jedna ukupna svota. On to, u nekim slučajevima i neće tražiti, iako na to ima pravo, jer podnošenjem takvog zahtjeva koji rezultira dosuđivanjem ukupne svote, on se opredjeljuje i pristaje na jednokratnu naknadu štete, dakle, naknadu štete *„jednom za svagda"*, što znači da ne bi mogao, pozivajući se na promjenu okolnosti od donošenja odluke o dosuđivanju jedne „ukupne svote" zahtijevati izmjenu tako dosuđene naknade. Prema tome, naknadu štete u obliku novčane rente koja se ogleda u obavezi plaćanja oštećenom licu jednakih preriodičnih novčanih iznosa za štetu koja će tek nastati u budućnosti, valja razlikovati od obaveze za isplate jedne ukupne svote tj. tzv „kapitalizirane rente".

Nametanje obaveze isplate jedne ukupne svote, po pravilu, ne odgovara dužniku rente, s obzirom da on u takvoj situaciji, odmah ostaje bez značajnog dijela novčanih sredstava kojima se inače mogao služiti da je pružio potrebno obezbjeđenje koje je sud odredio, a utvrđenu periodičnu rentu plaćao dok takva obaveza traje, odnosno do kraja života oštećenoga. Imajući u vidu prethodno navedeno, nametanje od strane suda obaveze buduće naknade štete odmah i jednokratno isplatom jedne ukupne svote, predstavlja za odgovorno lice svojevrsnu sankciju za njegovo propuštanje da pruži potrebno obezbjeđenje za isplatu rente.

Literatura

(*Monografije, udžbenici, enciklopedije, članci, komentari i zbornici sudske prakse, internet izvori*)

- Babić Ilija, „*Građansko pravo - Obligaciono pravo – Opšti deo", Knjiga 4,* JP Službeni glasnik, Beograd 2016.
- Babić I., „Leksikon obligacionog prava", IV idanje, Službeni glanik, Beograd 2018.
- Hajdarević Hajrudin, Tajić Haso, Simović Vladimir., „Zakon o obligacionim odnosima" , Knjiga I, Privredna štampa, Sarajevo 2011.
- Đorđević Živomir et al. (ur. S.Perović, D. Stojanović.) „Komentar Zakona o obligacionim odnosima", Knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu. Kragujevac 1980.
- Đorđević Živomir, Stanković Vladan., „Obligaciono pravo", Opšti deo, Naučna knjiga, Beograd 1986.
- Filipović Aleksandar, Petrović Zdravko, Petrović Nataša., „Naknada štete u obliku rente", *Naknada štete u obliku rente* (ur.Petrović Z.), Euromedia d.o.o. , Budva 2002.
- Ilešić Marko., „Odškodnina v obliki rente po Zakonu o obligacijskih razmerij", Združeno delo, Ljubljana 1979č
- Klajić Bratoljeb., *„Rječnik stranih riječi A-Ž"*, Nakladni zavod Matice Hrvatske, Zagreb 1981.
- Konstantinović Mihailo.,"Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima", Knjiga druga, drugo izdanje,Savremena administracija, Beograd 1969.
- Medić Duško., „Osnovni teorijski i praktični problemi naknade štete u obliku rente", Pravo - teorija i praksa, Vol.20, br.1-2, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad 2003,
- Petrić Silvija *et al.*: „Pravni leksikon", (ur.Vladimir Pezo) Leksikografski zavod
- Miroslav Krleža, Zagreb 2007.
- Ripert Lucienne., *„La reparation du prejudice dans la responsabilite delictuelle"*, Paris 1933.
- Rušnov A., „Tumač općemu austrijskomu građanskomu zakoniku," II idanje, Knjiga druga, §§ 531-1502, Tisak i naklada knjžare L.Hartmana (Stj.Kugli), Zagreb 1910.

– Simonović Dragoljub., „Naknada štete prema Zakonu o obligacionim odnosima“, Službeni glasnik, Beograd 2009.
– Stanković Obren, „*Naknada štete“,* Nomos, Beograd, 1998.
– Stanković Obren *et al*., „Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada“, Tom drugi, Službeni list SFRJ, Beograd 1978.
– Toroman Marija *et al.*(ur. Blagojević B.) „Komentar Zakona o obligacionim odnosima I“, II izdanje, Savremena administracija, Beograd 1983.
– Klarić Petar, Vedriš Mladen., „Građansko pravo“, 12. izdanje, Narodne novine, Zagreb 2009.
– Vizner Boris., „Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima“, Knjiga 2, čl.158-453, Zagreb 1978
– Vukčević Vojislav., „Naknada buduće nematerijalne štete“, *Pravni život*, I tom, sveska 9-10, Udruženje pravnika Srbije, Beograd 1992.
– Vuković Mihajlo., „Pravila građanskih zakonika“, Dodatak XXXIII: „Posebni propisi o šteti“, IP Školska knjiga, Zagreb 1961.
– Bilten Okružnog suda u Beogradu br.75/2007, Intermex, Beograd, 2007.
– Bilten sudske prakse Vrhovnog suda BiH br.3/1989, Sarajevo, 1989.
– Zbirka sudskih odluka, Knjiga X, sveska 1, Beograd, 1965.
– https://jezikoslovac.com/word/rmca.

Slobodan Stanišić, Ph.D.[64]

PROVISION OF COMPENSATION IN THE FORM OF CASH RENT AND PAYMENT OF TOTAL AMOUNT

Summary: *Instability of global markets, frequent political and economic crises, constant fluctuations in the value of major world currencies, inflationary trends, as well as many other destabilizing circumstances, directly or indirectly affect the ability of annuity debtors to meet their obligations. only in the case of a financial obligation that is not performed immediately and once, but in the future, in a longer period of time in which the annuitant, due to various circumstances, may find himself in a situation where he is unable to perform the obligation. The realization of his obligation in a longer period of time in the future becomes uncertain and even uncertain for the injured party, especially in cases when, for example, the property status of the annuity debtor, in a longer period of time, obviously or certainly, deteriorates, threatening to results in his complete and permanent insolvency. In such cases, a comprehensive legislative regulation to ensure the payment of damages in the form of an annuity is imposed as a justified and useful solution. By establishing the special right of the creditor to compensate the damage in the form of a monetary annuity to demand security from the debtor for the payment of the said compensation, the injured party was provided with a higher degree of security in the realization of his claim. If the annuity debtor does not provide the necessary security determined by the court at the request of the annuity creditor, the annuity creditor acquires the right to demand that one total amount be paid instead of the annuity.*

Keywords*: cash annuity, insolvency of the debtor, security, payment of the total amount*

[64] Lawyer and full professor at the Faculty of Law, Apeiron University, Banja Luka

UDK 347.4/.5:336.71
doi 10.7251/PR6924403T
Kratko ili prethodno saopštenje

ZASTARA I PREKLUZIJA – SLIČNOSTI I RAZLIKE

Prof. dr Genc Trnavci[1]

Sažetak: *Zakonodavac usklađuje pravo sa životom kroz zastaru, prekluziju, održaj (dosjelost) i slične mehanizme kako bi se promovisala sigurnost i stabilnost u pravnom sistemu. Ovi zakoni podstiču blagovremeno ostvarivanje subjektivnih prava i štite potencijalne tužene od neograničene prijetnje tužbama. Također, oni pomažu u očuvanju integriteta dokaza, jer, kako vrijeme prolazi, sjećanja blijede, svjedoci postaju nedostupni i fizički dokazi mogu se izgubiti. Osim toga, ovi propisi pomažu u rješavanju sporova dok su još uvijek aktuelni i sprečavaju nepravdu koja može nastati zbog dugotrajnog neaktiviranja prava. Iz svih navedenih razloga, autor u ovom članku, oslanjajući se na bogatu sudsku praksu, kako onu u regionu, tako i iz referentnih pravnih sistema, učinkovito analizira i upoređuje slične insitute građanskog prava, koji imaju istu svrhu. Posebna pažnja posvećena je: zastari, prekluziji, održaju (dosjelosti), kao i specifičnostima prilikom prestanka različitih građanskih subjektivnih prava.*

[1] Redovni professor Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću, ad hoc sudija za ljudska prava u Strazburu

Uvod

Zastara je specifičan način prestanka obligacija. U stvari, uslijed zastare obligacija neće prestati. Ona će i dalje egzistirati u poretku subjektivnih prava i obaveza, s tim da se neće moći prinudno ispuniti. Uslijed zastare, građanska (civilna) obligacija pretvorit će se u prirodnu (naturalnu) obligaciju. Ukoliko dužnik nešto ispuni na ime zastarjele obligacije, pa makar to učini i u zabludi, povjerilac se neće smatrati neosnovano obogaćenim.[2]

Prekluzija podrazumijeva **gubitak subjektivnog prava**. To je ustanova veoma slična zastari. Ona dovodi do prestanka obligacije, subjektivnog prava ili pravne moći u slučaju proteka roka u kojem se mora podići tužba ili poduzeti određena radnja pod prijetnjom gubitka prava.[3] Dakle, prekluzija znači potpuni gubitak prava, a ne samo gubitak pravne mogućnosti prinudnog ispunjenja, kao što je to kod zastare.[4]

Slikovito rečeno, zastara se odnosi na zakonski rok nakon kojeg se pravo na pokretanje tužbe slabi, ali ne i gasi. Ono se, ipak, može koristiti kao odbrana u sudskom postupku. S druge strane, prekluzija znači da je pravo potpuno ugašeno nakon isteka određenog perioda, te se više ne može podnijeti zahtjev ili tužba. U praksi, pak, ako istekne rok zastare, stranka može podići pitanje zastare kao odbranu, ali sud može i dalje presuditi po meritumu ako se ta odbrana ne istakne. Ako istekne rok prekluzije, stranka gubi pravo na tužbu ili zahtjev bez obzira na to da li je druga stranka podigla pitanje prekluzije ili ne, jer jer samo subjektivno pravo prestalo.

OSOBINE ZASTARE

Dakle, povjerilac zastarjele obligacije gubi mogućnost njenog prinudnog ispunjenja u parničnom i kasnije izvršnom postupku ukoliko se dužnik prigovorom pozove na zastaru.[5] Ovaj prigovor dužnik može istaći sve do samog prinudnog ispunjenja u parničnom postupku.[6] **To znači da parnični**

---

[2] Član 367. ZOO.

[3] Član 370. ZOO.

[4] Stariji autori smatraju da se uslijed zastare gubi pravo na tužbu, ako se ona shvati kao pripadak subjektivnog prava. (Vidjeti o tome: M. Dika, *Pravo na tužbu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1987).

[5] Član 360, stav 1. ZOO. Odredbe Zakona o obligacionim odnosima posvećene zastari temelje se na zakonskim rješenjima Zakona o zastarjelosti potraživanja iz 1953. godine. (Vidjeti član 1. tog Zakona).

[6] Iz izreke: "*Prigovor zastarjelosti istaknut po prvi put u žalbi ima značaj nove činjenice*".

sud neće po službenoj dužnosti obraćati pažnju na zastaru, već samo po prigovoru dužnika.[7] Zastara proizvodi svoje pravne posljedice tek nakon proteka određenog vremena koje se razlikuje u zavisnosti od obligacije na koju se odnosi i od toga koji će se entitetski zakon o obligacionim odnosima primijeniti u konkretnom slučaju.

U pravnoj teoriji uvriježeno je shvaćanje prema kojem svrha ovog instituta jeste usklađivanje prava uopšte i poretka subjektivnih prava sa stvarnim životom. Sličnu ulogu stvarnom pravu ima ustanova održaja (dosjelosti). Ukoliko povjerilac za duže vrijeme ne ostvaruje svoje potraživanje, niti pokazuje interesa za tim, to znači da do prometa pravnih i ekonomskih dobara nije došlo i da samim tim svrha obligacije nije postignuta.

Pored navedenog, institutom zastare zakonodavac želi postići i sljedeće ciljeve:[8]

1. pravnu sigurnost učesnika u pravnom prometu, posebno dužnika, jer mu se time omogućava poslovno planiranje;
2. izbjegavanje nepotrebnog parničenja skopčanog sa problemima dokazivanja činjenica koje su postojale prije puno godina, te troškova čuvanja dokaza u vezi sa nastankom i ispunjenjem obligacije od strane dužnika i
3. vršenje psihološkog pritiska na povjerioca da što prije realizira svoje potraživanje, ostvari svrhu obligacije i na taj način je likvidira.

Sličnosti i razlike zastare sa drugim institutima građanskog prava

Institut zastare u našem sistemu svojstven je samo obligacijama i to ne svim. Nezastarive su obligacije koje nastaju iz zakonskog izdržavanja (alimentacije).[9] Međutim, podobne su za zastaru i pojedinačne dospjele obaveze koje su proistekle iz zakonskog izdržavanja.

Iz obrazloženja: "*Prigovor zastarjelosti se može isticati u žalbi i u tom slučaju prigovor predstavlja novu činjenicu, ako nije isticana i cijenjena u prvostepenom postupku, kao u ovom slučaju (član 352, stav 1. ZPP). Izjava dužnika kojom se poziva na zastarjelost je uslov da se o prigovoru zastarjelosti raspravlja (član 360, stav 3. ZOO), pa drugostepeni sud nije ovlašten da prigovor zastarjelosti potraživanja, istaknut tek u žalbi, sam ocjenjuje*". (Vrhovni sud RBiH, br. Pž. 540/89, od 12. aprila 1990. godine).

[7] Član 360, stav 3. ZOO.

[8] Uporedi: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995. godine (u daljem tekstu: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*), str. 769.

[9] Član, 373, stav 3. ZOO.

Druga subjektivna prava apsolutne naravi, kao što su stvarna i lična prava, te prava intelektualnog vlasništva, nikada ne mogu zastarjeti. Pojedina apsolutna prava, odnosno njihova imovinska ovlaštenja, kao što su ona koja su sadržana u **pravima industrijskog vlasništva** i **autorskom pravu,** imaju zakonom ograničeno trajanje (recimo, patent traje 20 godina od momenta podnošenja prijava, a autorsko pravo traje za života autora i sedamdeset godina poslije njegove smrti), nakon čega ona u potpunosti prestaju. U ovom slučaju, za razliku od zastare, ne gubi se samo mogućnost prinudnog ispunjenja prava, već samo pravo prestaje postojati u cjelini. Međutim, **moralno pravo**, to jest pravo da se pronalazač, odnosno autor naznači tvorcem duhovnih tvorevina koja su predmet zaštite, nikada ne prestaje, niti može zastarjeti. Moralno pravo zajedno sa imovinskim ovlaštenjima čini konstitutivni element prava intelektualnog vlasništva.[10]

Isto tako, **pravo vlasništva** (pravo svojine) u našem pravnom sistemu nikada ne može zastarjeti. U njemačkom pravnom sistemu, koje se u ovom domenu razvijalo pod utjecajem rimskog prava, pravo vlasništva nije zastarivo, ali jeste zastariva vlasnička tužba (*actio rei vindicatio*). Stoga je u njemačkoj pravnoj praksi moguća situacija u kojoj se vlasnik prethodno liši posjeda stvari, a nakon toga protekne rok zastare za njegovu vlasničku tužbu. Njemu tada ostaje samo vlasništvo na stvari bez posjeda (*dominium sine re*)[11] koju ne može povratiti sudskim putem. Vlasniku tada jedino preostaje samopomoć, odnosno oduzimanje stvari od posjednika, jer se u pravnom smislu on ne može smatrati kradljivcem vlastite stvari. Ostala usporedna zakonodavstva, uključujući i naše, nisu usvojila ovakav pristup, jer on potiče samovlašće, to jest "uzimanje stvari u svoje ruke", što se smatra nepoželjnim u pravno organiziranim društvima.

U pandektnom pravu i starijim pravima nije pravljena razlika između zastare i održaja. Održaj se svrstavao u širi pojam zastare, u takozvanu akvizitivnu zastaru. Od **održaja** (dosjelosti) zastara se razlikuje po tome što održaj predstavlja izvorni (originerni) način sticanja prava vlasništva na stvari jednog lica na temelju kvalificiranog posjeda i gubitka vlasništva na istoj stvari od strane drugog lica, dok se kod zastare ne stiče, niti gubi bilo kakvo obligaciono pravo, već se gubi samo mogućnost njegovog prinudnog ispunjenja. Oba instituta su, pak, slični po tome što im je svrha uskladiti pravo i poredak

[10] O tome opširno vidjeti u: Vesna Besarović, *Pravo intelektualne svojine*, Nomos, Beograd, 2000. godine.

[11] *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* uz član 361, str. 770.

subjektivnih prava sa stvarnim životom. Slično vlasništvu, neće zastarjeti ni **založno pravo** kojim se pojačava povjeriočevo potraživanje. Ukoliko to potraživanje zastari, neće, pak, zastarjeti zaloga ili hipoteka kojim je ono pojačano, već će se povjerilac moći namiriti iz opterećene stvari, pod uslovom da je stvar još uvijek u njegovom posjedu ili je upisana u zemljišne knjige.[12] Međutim, **kamate i druga povremena davanja** proistekla iz zastarjelih potraživanja ne mogu se namiriti ni iz stvari opterećene zalogom ili hipotekom.[13]

Zastara se razlikuje i od **prekluzije.** O tome će više riječi biti u sljedećem odjeljku.

Početak roka zastare

Kod pozitivnih obligacija,[14] to jest kod onih čija se radnja ispunjenja sastoji u davanju ili činjenju (aktivnom ponašanju), zastara počinje teći "*prvog dana kada je povjerilac imao pravo zahtijevati ispunjenje obaveze*",[15] osim ako je posebnim zakonom za pojedine slučajeve drukčije propisano. Drugim riječima, zastara počinje teći prvog dana nakon što je dužnik zapao u docnju (zakašnjenje).[16]

U pravnoj teoriji i praksi prevladava shvaćanje prema kojem zastara počinje teći objektivno bez obzira na to da li je povjerilac toga svjestan ili ne. Neki su, pak, mišljenja da razlozi pravičnosti nalažu da zastara ne može započeti ukoliko povjerilac ne zna za dospjelost svog potraživanja.[17]

Kod negativnih obligacija, to jest kod onih čija se radnja ispunjenja sastoji u nečinjenju, propuštanju ili trpljenju, "*zastara počinje teći prvog dana poslije dana kada je dužnik postupio protivno svojoj obavezi*".[18]

Za ugovore za čije je zaključenje neophodno odobrenje trećeg lica, pravna teorija je na stanovištu da zastara ne može početi teći prije nego je odobrenje dano, iako ono proizvodi pravne učinke retroaktivno, od momenta

[12] Član 368, stav 1. ZOO.
[13] Član 368, stav 2. ZOO.
[14] O podjeli obligacija na pozitivne i negativne vidjeti u prvoj knjizi ovog udžbenika, str. 41-42.
[15] Član 361, stav 1. ZOO. Zastara u njemačkom pravu počinje teći od nastupanja dvije činjenice: nastanka zahtijeva i njegove dospjelosti. (§ 198, stav 1. njemačkog Građanskog Zakonika).
[16] O docnji opširnije vidjeti u prvoj knjizi ovog udžbenika, str. 68-73.
[17] *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, str. 770.
[18] Član 361, stav 2. ZOO.

kada je suglasnost među ugovornim stranama postignuta.[19]

Zastara za potraživanje, koje je nastalo iz prouzrokovanja štete, počinje teći od momenta prestanka nastupanja posljedica štetnog ponašanja.

Ukoliko je obligacija nastala na temelju sudske odluke, bez obzira na to da li je ta odluka konstitutivne (preobražajne), deklarativne (utvrđujuće) ili kondemnatorne (osuđujuće) naravi, zastara počinje teći **prvog dana nakon proteka paricionog roka**, to jest roka koji se ostavlja dužniku za dobrovoljno ispunjenje obaveze, a ne od dana pravnosnažnosti (pravomoćnosti) odluke.[20]

Ukoliko dođe do prijenosa obligacije, bilo da je do nje došlo poslovima *inter vivos* (cesija, subrogacija) ili *mortis causa* (zakonsko nasljeđivanje, testament, legat), u vrijeme zastare "*računa se i vrijeme koje je proteklo u korist dužnikovih prethodnika*".[21]

Važno je istaći da su pravila posvećena zastari **prinudne naravi** (kogentne norme, *ius cogens*) i da se "*pravnim poslom ne može odrediti duže ili kraće vrijeme zastare od onog vremena koje je određeno zakonom*",[22] niti se pravnim poslom može odrediti da zastara neće teći za neko vrijeme.[23] Isto tako, pravima zasnovanim na zastari ne može se slobodno raspolagati. Stoga se **dužnik ne može unaprijed odreći zastare** prije proteka vremena određenog za zastaru.[24] Svaku ugovornu klauzulu sa takvim sadržajem pogađa sankcija apsolutne ništavosti. U suprotnom, kada ovakva zabrana ne bi postojala, skoro bi svaki ugovor, koji je nastao iz nejednakih pregovaračkih pozicija ugovornih strana, sadržavao klauzulu o odricanju od zastare, čime bi se izigrali javni interesi i interesi dužnika. Međutim, **pismeno priznanje već zastarjele obaveze i davanje osiguranja za takvu obavezu** u vidu zaloge ili nekog drugog sredstva osiguranja smatra se dozvoljenim odricanjem od zastare.[25]

---

[19] *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, str. 770.

[20] Uporedi: V. Stanković, *Zastarelost*, *Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, str. 962.

[21] Član 363. ZOO.

[22] Član 364, stav 1. ZOO.

[23] Član 364, stav 2. ZOO.

[24] Član 365. ZOO.

[25] Član 366, stav 1. i 2. ZOO. Iz izreke: "*Da bi proizvela dejstvo odricanja od zastarjelosti, pismena izjava o priznanju zastarjele obaveze mora biti data na izričit način i odnositi se na osnov i na visinu obaveze, a ako je dužnik društveno pravno lice, ta izjava mora biti potpisana od strane lica koje može punovažno zastupati to pravno lice*".
(Rješenje Vrhovnog suda RBiH, broj Pž. *392/84, od 28. februara 1985. godine*).

Vrijeme neophodno za zastaru

Zakonodavac propisuje različit rok zastare u zavisnosti od toga o kavom je potraživanju riječ. Razlikuju se Opšti rok zastare, petogodišnji rok, trogodišnji rok i jednogodišnji rok zastare.

Opšti rok zastare

Entitetski zakoni o obligacionim odnosima Federaciji BiH i RS se razlikuju po pitanju vremena koje je potrebno za zastaru potraživanja. U Federaciji BiH **Opšti rok zastare je 5 godina**, a u RS **10 godina**, osim ako je zakonom izričito propisan neki drugi rok zastare koji je uvijek kraći od opšteg roka.[26] Razlog za ovakvo razlikovanje leži u činjenici da federalna verzija zakona predstavlja preuzet savezni Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine bez ikakvih izmjena u pogledu dužine trajanja opšteg roka zastare koji je iznosio pet godina. Odredbe Zakona o obligacionim odnosima RS koje su posvećene zastari promijenjene su izmjenama i dopunama zakona 1993. godine. Pravna teorija i praksa na stanovištu su da je rok predviđen u federalnoj verziji ZOO prekratak i da neopravdano favorizira dužnika. Većina usporednih zakonodavstva predviđa duže opšte rokove zastare koji u najvećem broju slučajeva nikada nisu kraći od deset godina.[27]

Oba entitetska zakona predviđaju **desetogodišnji rok** zastare za potraživanja koja su utvrđena pravnosnažnom sudskom odlukom ili odlukom drugog nadležnog organa ili poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom, pa čak i za ona potraživanja koja zastarijevaju u kraćem roku.[28] Međutim, sva povremena potraživanja koja proističu iz takvih odluka ili poravnanja, zastarijevaju u roku predviđenom za zastaru povremenih potraživanja,[29] za koja važi trogodišnji rok.

---

[26] Vidjeti: *Službeni list RBIH*, 2/92-102, 13/93-132 i *Sl. glasnik RS*, 17/93-671.

[27] U uporednom zakonodavstvu propisani su različiti rokovi zastare obligacija. Tako u njemačkom zakonodavstvu opši rok zastare iznosi 30 godina (§ 195. njemačkog Građanskog zakonika), s tim da su za većinu obligacija koje nastaju u svakodnevnom životu propisani rokovi u trajanju od dvije i tri godine. U švajcarskom Zakonu opši rok zastare iznosi 10 godina (član 12. Zakonika o obligacijama). Desetogodišnji rok zastare propisivao je i Zakon o zastarjelosti potraživanja bivše FNRJ iz 1953. godine.

[28] Član 379, stav 1. ZOO.

[29] Član 379, stav 2. ZOO.

I, naposljetku, desetogodišnji objektivni rok zastare primjenjuje se za potraživanja iz ugovora o osiguranju života koji počinje teći od dospjelosti potraživanja, dok subjektivni rok od pet godina počinje teći od saznanja za nastupanje osiguranog slučaja. Za sva potraživanja iz ostalih vrsta osiguranja primjenjuje se petogodišnji objektivni rok zastare.

Petogodišnji rok zastare

Rok zastare samog prava iz kojeg proističu povremena potraživanja (kamate, anuiteti) zastarijeva za **pet godina**, računajući od dospjelosti najstarijeg neispunjenog potraživanja poslije kojeg dužnik nije vršio davanja.[30] U tom slučaju, povjerilac gubi ne samo pravo zahtijevati buduća povremena davanja, već i povremena davanja koja su zastarjela prije ove zastare.[31]

U istom roku zastarijevaju potraživanja ugovarača osiguranja, odnosno trećeg lica iz ugovora o osiguranju života.[32]

Trogodišnji rok zastare

Naš zakonodavac posebnu pažnju posvetio je preciznom normiranju zastare **povremenih potraživanja**.[33] Tako rok zastare iznosi **tri godine** za potraživanja povremenih davanja koja dospijevaju godišnje ili u kraćim vremenskim razmacima, bilo da se radi o sporednim povremenim potraživanjima, kao što su **kamate**,[34] bilo da se radi o povremenim potraživanjima u kojima se iscrpljuje samo pravo, kao što je **potraživanje izdržavanja**. Isto

[30] Član 373, stav 1. ZOO.
[31] Član 373, stav 2. ZOO.
[32] Član 380, stav 1.
[33] Član 372, stav 1. ZOO.
[34] Iz izreke: "*Plaćanjem glavnog duga ne priznaje se potraživanje kamata, jer se tim plaćanjem ne prekida zastarjelost potraživanja zateznih kamata*".
Iz obrazloženja: "*Pogrešno prvostepeni sud nalazi da je plaćanjem glavnog duga tuženi priznao glavnu tražbinu zateznih kamata, pa da je time prekinuta zastarjelost tog potraživanja, jer po zakonskoj pretpostavci u odredbi člana 387, stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, samo plaćanjem kamata na glavni dug, priznaje postojanje tražbine koju te kamate plaćaju, a ne i potraživanje zateznih kamata plaćanjem glavnog duga. Upravo iz te činjenice da se plaća samo glavni dug, a ne i kamata na glavni dug, proizlazi da tuženi ne priznaje i kamate za taj dug*".
(Presuda Vrhovnog suda RBiH, Pž. 76/86, od 13. juna 1986. godine).

pravilo važi za **anuitete** kojima se u jednakim unaprijed utvrđenim povremenim iznosima otplaćuju glavnica i kamate, ali **ne važi za otplate u obrocima** (ratama) i druga djelomična ispunjenja za koja važi Opšti rok zastare.[35] Otplata u ratama se obično ugovara kod kupoprodaje sa odloženim plaćanjem i najčešće predstavlja oblik kreditiranja kupca.

Već smo na više mjesta istakli da se na obligacije, koje nastanu iz **ugovora o prometu roba i usluga** između privrednih (trgovačkih) subjekata, primjenjuju posebna pravila u odnosu na obligacije koje nastanu između fizičkih lica u cilju zadovoljavanja njihovih ličnih i porodičnih potreba.[36] To važi i za rok zastare na međusobna potraživanja pravnih lica iz ugovora u prometu roba i usluga, kao i na potraživanja naknade za izdatke učinjene u vezi s tim ugovorima koji iznosi **tri godine**. [37] Pritom zastara teče odvojeno za svaku isporuku stvari ili neku drugu činidbu koja se ima ispuniti na temelju takvog ugovora.[38] Ovaj rok se primjenjuje na ugovore o prometu roba i usluga bez obzira na to da li je zaključen u okvirima registrirane djelatnosti ugovornih strana ili ne.[39] Isto tako, potraživanja **zakupnine**, bez obzira na to da li se plaća povremeno ili u jednom ukupnom iznosu, zastarijevaju za **tri godine**.

---

[35] Član 372, stav 2. ZOO.

[36] Iz izreke: "*Zahtjev za vraćanje ambalaže koja ima relativno kratak vijek upotrebe (npr., boce i plastične gajbe) ili za isplatu njene protuvrijednosti, zastarijeva u roku određenom za zastarjelost glavnog potraživanja iz ugovora o kupoprodaji*".
(Presuda Vrhovnog suda RBiH, broj Pž. 163/84 od 14. decembra 1984. godine).

[37] Član 374, stav 1. ZOO. Isto je rješenje bilo usvojeno Zakonom o zastarjelosti potraživanja iz 1953. godine.
Iz izreke: "*U trogodišenjem roku zastarjevaju samo međusobna potraživanja društvenih (sada državnih) pravnih lica iz ugovora o prometu robe i usluga*".
Iz obrazloženja: "*Po odredbama člana 374. ZOO, zastarijevaju u roku od tri godine međusobna potraživanja društvenih pravnih lica iz ugovora o prometu roba i usluga (ovaj propis nije mijenjan ni nakon preuzimanja Zakona o obligacionim odnosima kao zakona RBiH). U konkretnom slučaju, ugovorne stranke nisu bile društvena pravna lica u vrijeme zaključenja ugovora (tužilac je preduzeće u privatnoj svojini, a tuženi je dioničko društvo, što znači da u njega nije u cjelini uložen društveni, sada državni kapital, ako ga uopšte i ima). Propisi o kraćem roku zastare moraju se restriktivno tumačiti da bi se zaštitio opravdani interes povjerilaca, pa se ne može smatrati, bez obzira na izmijenjene društvene okolnosti, da se odredbe člana 374. ZOO mogu primijeniti na zastaru potraživanja koja potiču iz ugovora u privredi, ako su ih zaključila bilo koja pravna lica.*"
(Vrhovni sud Federacije BiH, br. Pž. 52/97. od 27. maja 1997. godine).

[38] Član 374, stav 2. ZOO.

[39] *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* uz član 374, str. 784-785.

Zakonom su predviđeni subjektivni i objektivni rokovi zastare za potraživanja naknade štete koja su nastala iz **deliktne odgovornosti**. Naime, potraživanje **naknade štete** zastarijeva za **tri godine** od trenutka kada je oštećeni doznao za štetu i lice koje je štetu počinilo.[40] U svakom slučaju, ovo potraživanje zastarijeva za **pet godina** od kada je šteta nastala.[41] Ukoliko je,

[40] Član 376, stav 1. ZOO. Iz izreke: "*Zahtjev za naknadu trajne štete (koja nastaje sukcesivno) zastarijeva, ukoliko su propušteni rokovi zastare potraživanja samo u slučaju kada zakon propisuje da se može tražiti naknada buduće štete (kao u slučaju iz čl. 194. i 195. ZOO). U slučaju kada se ne može tražiti naknada buduće štete, potraživanje zastarijeva samo za one iznose koji su dospjeli van rokova zastare potraživanja*".
Iz obrazloženja: " *... Imajući u vidu da je šteta počela da nastaje 1. juna 1978. godine (prije stupanja na snagu ZOO), to se zastarjelost potraživanja ima cijeniti po odredbama Zakona o zastarjelosti potraživanja, pa je saglasno odredbi člana 19, stav 1. tog zakona, zastarjelo samo ono potraživanje za koje tužba nije podnesena u zastarnom roku od tri godine od saznanja za štetu i učinioca štete*".
(Vrhovni sud RBiH, br. Pž. 130/86, od 25. septembra 1986. godine).
Iz izreke: "*Zastarjelost zahtjeva za naknadu štete cijeni se prema propisu člana 366. i 377. Zakona o obligacionim odnosima, bez obzira da li se naknada zahtijeva za već nastalu štetu ili za štetu za koju je po redovnom toku stvari izvjesno da će sukcesivno nastajati u budućnosti, kao i bez obzira da li se naknada buduće štete zahtijeva u obliku novčane rente ili u jednokratnom iznosu.*
Naknadu štete, koja će sukcesivno nastajati u budućnosti (izgubljeno izdržavanje, izgubljena zarada, naknada za tuđu pomoć i njegu i u drugim slučajevima kada se može tražiti naknada buduće materijalne štete) oštećeni može ostvarivati i sukcesivnim utuživanjem naknade za protekli period, a ne samo u vidu rente.
U tom slučaju, rokovi zastarjelosti za prvo utuženo potraživanje računaju se po odredbama člana 376, odnosno 377. Zakona o obligacionim odnosima, a za svako sljedeće utuženo potraživanje (utuženje) teče novi rok zastarjelosti od dana kad je prethodni spor okončan (član 392, stav 3. ZOO).
Prednji stav primjenjuje se i na odnose nastale za vrijeme važenja Zakona o zastarjelosti potraživanja – čl. 19. i 20. tog Zakona".
(Načelni stav br. 3/86. zajedničke sjednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova od 25. i 26. novembra 1986. godine).

[41] Član 376, stav 2. ZOO. Iz izreke: "*Zahtjev da se uspostavi prijašnje stanje izgradnjom porušene grobnice ima svoj pravni osnov u odgovornosti za prouzrokovanu štetu, pa zastarijeva u rokovima iz člana 376, stav 1. i 2. Zakona o obligacionim odnosima*".
Iz obrazloženja: "*Zahtjev tužioca u kome je odlučeno presudom ima sve karakteristike zahtjeva za naknadu štete. Naime, iz činjeničnih navoda u tužbi da je tuženi neovlašteno uništio grobnicu u kojoj je sahranjen brat tužilaca, kao i tužbenog zahtijeva kako je formulisan tokom postupka, da se umjesto uništene izgradi nova grobnica sa svim obilježjima koja je imala prije uništenja, nedvojbeno slijedi zaključak da je predmet spora u ovoj parnici zahtjev za naknadu štete u vidu restitucije o kojoj je riječ u članu 185, stav 1. Zakona o obligacionim odnosima. Obzirom na to, ne može se prihvatiti stanovište drugostepenog*

pak, šteta prouzrokovana povredom ugovorne obaveze, to jest ako je nastala iz **ugovorne odgovornosti**, njeno potraživanje zastarijeva za vrijeme koje je određeno za zastarjelost te obaveze.[42] Ako je šteta **prouzrokovana krivičnim djelom**, a za gonjenje počinioca tog krivičnog djela predviđen je duži rok zastare, potraživanje naknade štete će zastarjeti kad istekne vrijeme predviđeno za krivično gonjenje odgovornog lica.[43] Pravila koja se odnose na prekid i zastoj zastare krivičnog gonjenja primijenit će se i na prekid i zastoj zastare.[44]

Trogodišnji rok zastare primjenjuje se na sva potraživanja iz ugovora o osiguranju, osim iz ugovora o osiguranju života.[45]

Jednogodišnji rok zastare

Za potraživanja javnih poduzeća prema potrošačima koja su nastala iz pružanja komunalnih i drugih usluga (isporuka električne energije, gasa, gri-

---

suda da se u konkretnom slučaju radi o posebnom imovinskom (kvazi stvarno-pravnom odnosu), kako to pogrešno smatra drugostepeni sud, kao ni stanovište da zahtjev tužilaca o kojem je odlučeno presudom zastarijeva u roku od 20 godina".
(Vrhovni sud RBiH, br. Rev. 370/85, od 25. oktobra 1985. godine).

[42] Član 376, stav 3. ZOO.

[43] Član 377, stav 1. ZOO. Iz izreke: "*Odredbe o dužem roku zastarjelosti potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim djelom primjenjuju se i na odštetne zahtjeve protiv osiguravača, ako je njegov osiguranik prouzrokovao štetu krivičnim djelom.*
Radi ocijene osnovanosti prigovora zastarjelosti potraživanja, parnični sud može utvrđivati da li su ostvarena obilježja krivičnog djela, ako je zbog nesavladivih prepreka nemoguće voditi krivični postupak".
Iz obrazloženja: "*Opravdano se zahtijeva za zaštitu zakonitosti i u reviziji navodi da je nepravilan stav nižestepenih sudova da se odredba člana 377. ZOO može primijeniti samo prema učiniocu krivičnog djela, jer je odredbom člana 380, stav 5. ZOO propisano da neposredan zahtjev trećeg oštećenog lica prema osiguravaču zastarijeva za isto vrijeme za koje zastarijeva njegov zahtjev prema osiguraniku odgovornom za štetu.*
Nepravilan je i stav nižestepenih sudova da se, zbog toga što nije vođen krivični postupak protiv učesnika u saobraćajnoj nezgodi ima smatrati da šteta nije nastala krivičnim djelom, jer načelo po kojem se niko ne može smatrati krivim za krivično djelo, dok to ne bude utvrđeno pravosnažnom presudom u krivičnom postupku, ne sprječava sud da u parničnom postupku utvrđuje postojanje obilježja krivičnog djela, kada postoje prepreke za vođenje krivičnog postupka (u konkretnom slučaju poginuo je vozač automobila u kojem je nastradala kćerka, odnosno sestra tužilaca), ako od toga zavisi osnovanost prigovora zastare potraživanja".
(Rješenje Vrhovnog suda RBiH, br. GVL. 38/86, od 12. marta 1987. godine).

[44] Član 377, stav 2. i 3. ZOO.

[45] Član 380, ZOO.

janja, PTT usluga, TV pretplata itd.), važi **najkraći jednogodišnji rok zastare** i to bez obzira na činjenicu da li su isporuke ili usluge produžene.[46] Isti rok važi za potraživanje pretplate na povremene publikacije, računajući od isteka vremena za koje je publikacija naručena.[47]

Isporuka ovih roba i usluga predstavlja nezamjenljiv uslov života i funkcioniranja društva u urbanim sredinama i obavlja se masovno. Stoga je u javnom interesu da se potraživanja iz ovih obligacija što prije naplate i likvidiraju i time izbjegne nepotrebno opterećivanje pravosuđa parničenjem oko naplate relativno malih novčanih iznosa.

Zastoj zastare

U slučaju zastoja, zastara iz određenih zakonom propisanih razloga ne teče ili, bolje rečeno, miruje. Ona miruje sve dok postoje razlozi uslijed kojih je došlo do zastoja zastare. Čim ti razlozi prestanu postojati, rok zastare će nastaviti teći, s tim da se vrijeme zastoja neće uračunavati u rok zastare.[48] Ako, pak, zastara uopšte nije mogla početi teći uslijed nastupanja određenih pravnih činjenica (zakonskog uzroka), ona počinje teći čim taj uzrok prestane.[49]

Razlozi zastoja zastare uglavnom tiču se subjektivne ili objektivne nemogućnosti povjerioca da zahtijeva ispunjenje svog potraživanja (*agere non valenti non currit praesctiptio*). Zakonom o obligacionim odnosima taksativno su pobrojani razlozi nastupanja zastare. Tako zastara neće teći:[50]

1. između bračnih drugova;[51]
2. između roditelja i djece dok traje roditeljsko pravo;[52]
3. između štićenika i njegovog staratelja, kao i organa starateljstva, za vrijeme trajanja starateljstva i dok ne budu položeni računi;[53]

[46] Član 378. ZOO.
[47] Član 378. ZOO.
[48] Član 384, stav 2. ZOO.
[49] Član 384, stav 1. ZOO.
[50] Član 381. ZOO.
[51] Vidjeti član 381, tačka 1. ZOO. Slično rješenje može se naći u švajcarskom pravu (član 134, tačka 3. švajcarskog Zakonika o obligacijama), austrijskom pravu (§ 1495 austrijskog Građanskog zakonika), francuskom pravu (član 2253. *Code civil*-a), talijanskom pravu (član 2941. *Codice civile*) itd. Isto rješenje usvojeno je Zakonom o zastarjelosti potraživanja iz 1953. godine: "*Zastarijevanje između bračnih drugova ne teče sve dok brak ne prestane*".
[52] Član 381, tačka 2. ZOO.
[53] Član 381, tačka 3. ZOO.

4. između dva lica koja žive u vanbračnoj zajednici dok traje ta zajednica;[54]
5. za vrijeme mobilizacije, u slučaju rata, neposredne ratne opasnosti ili rata u pogledu potraživanja lica na vojnoj dužnosti;[55]
6. u pogledu potraživanja koja imaju lica zaposlena u domaćinstvu prema poslodavcu ili članovima njegove porodice koji zajedno sa njime žive sve dok taj odnos traje;
7. prema licu koje se nalazi na odsluženju vojnog roka ili na vojnoj vježbi zastara ne može nastupiti dok ne proteknu tri mjeseca od odsluženja vojnog roka ili prestanka vojne vježbe;
8. za vrijeme za koje uslijed nesavladivih prepreka povjeriocu nije bilo moguće sudskim putem zahtijevati ispunjenje svog potraživanja;[56]
9. pravne posljedice zastare ne mogu nastupiti prema maloljetniku (i drugom poslovno nesposobnom licu) koji nema zastupnika dok ne proteknu dvije godine od sticanja potpune poslovne sposobnosti, a ako zastara traje kraće, ona počinje teći tek kada to lice postane potpuno poslovno sposobno[57] i
10. zastara ne može nastupiti prema licu koje se nalazi na odsluženju vojnog roka ili na vojnoj vježbi dok ne proteknu tri mjeseca od odsluženja vojnog roka ili vojne vježbe.

U jednom broju gore navedenih situacija povjerilac se nalazi u nekom pravno relevantnom bliskom odnosu sa dužnikom. Stoga, vršenje pritiska ustanovom zastare na povjerioca da pribjegne parničenju sa njim smatra-

[54] Član 381, tačka 4. ZOO.

[55] Član 382, stav 1. ZOO.

[56] U njemačkom pravu se pod nesavladivim preprekama podrazumijeva obustava rada suda i viša sila koja sprječava povjerioca u ostvarivanju svog potraživanja (§ 203. njemačkog Građanskog zakonika). Nesavladive prepreke u njemačkom pravu moraju nastupiti najmanje 6 mjeseci prije isteka roka zastare. Ti razlozi mogu biti: rat, epidemije, elementarne nepogode itd. Pod objektivnim razlozima, tj. nesavladivim preprekama, u pravnoj literaturi navodi se i donošenje zakona o uvođenju moratorija (prinudnog odlaganja) plaćanja dugova. (O tome opširnije vidjeti u: V. Stanković, *Zastarjelost*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, knj. III, str. 967).
Iz izreke: "*Okolnost što je bila nepoznata adresa tuženoga u inostranstvu nije razlog za zastoj zastarjelosti potraživanja, jer to nije bila prepreka za podnošenje tužbe sa prijedlogom da se tuženom postavi privremeni zastupnik i time prekine zastarjelost potraživanja*".
(Presuda Vrhovnog suda RBiH, br. Rev. 251/85, od 21. juna 1985. godine).

[57] Član 385. ZOO.

lo društveno neprihvatljivim i dovelo bi do podrivanja bračnih i porodičnih odnosa. U drugim, pak, gore navedenim situacijama povjerilac je spriječen ostvariti svoje potraživanje objektivnim okolnostima (višom silom) ili odnosom zavisnosti prema dužniku.

Prekid zastare

Uslijed prekida zastare ne samo da će ona prestati teći, već rok zastare počinje teći iznova kao da nikada nije tekao. Kao i u slučaju zastoja, do prekida zastare može doći samo uslijed nastupanja zakonom taksativno nabrojanih pravnih činjenica. To su:

1. priznanje duga i
2. podnošenje (podizanje) tužbe.

Priznanje duga

Priznanje duga je izjava dana u bilo kojoj formi ili radnja kojom dužnik povjeriocu saopštava priznanje (prihvaćanje) postojanja potraživanja u zahtijevanom sadržaju i obimu. Ono može biti izjavljeno ne samo izričitom izjavom u bilo kojoj formi,[58] već i konkludentnim radnjama, kao što su, *egsempli causa*, davanje otplate, plaćanje kamate, davanje osiguranja itd.[59]

---

[58] Iz izreke: "*Zastarjelost potraživanja se može prekinuti i usmenom izjavom o priznanju duga*".
Iz obrazloženja: "*Priznanje duga može se učiniti od strane dužnika povjeriocu ne samo pismeno (pismeno priznaje zastarjele obaveze smatra se kao odricanje od zastarjelosti – stav 1. člana 366. ZOO), nego i usmeno, na posredan ili neposredan način (konkludentnim radnjama: davanje otplate, plaćanje kamate, davanje obezbjeđenja), odnosno ponašanjem dužnika koje, prema načelu poštenja i savjesnosti, potvrđuje postojanje obaveze dužnika prema povjeriocu (član 387. u vezi sa članom 12. ZOO)*".
(Vrhovni sud RBiH, broj Pž. 464/989, od 22. marta 1990. godine).

[59] Član 387, stav 2. ZOO. Iz izreke: "*Tuženi je punovažno priznao zastarjelo potraživanje kada je na glavnoj raspravi izjavio da ne osporava osnov potraživanja*".
Iz obrazloženja: "*Drugostepeni sud nije imao u vidu da je tuženi u prvostepenom postupku priznao svoju obavezu da tužiocima naknadi štetu. Punomoćnik tuženog je na ročištu za glavnu raspravu dana 22. marta 1985. godine izričito izjavio da ne osporava osnovanost potraživanja tužilaca, a to je ponovio i na ročištu za glavnu raspravu od 23. aprila 1985. godine.*
Ovakvu izjavu punomoćnika tuženog, uz potpisivanje zapisnika o glavnoj raspravi, treba smatrati pismenim priznanjem zastarjele obaveze (koje se upodobljuje sa odricanjem od

Šutnja dužnika, pak, se ne može nikad smatrati priznanjem duga.[60] Neophodno je pozitivno ponašanje dužnika koje je usmjereno ka priznanju ili ispunjenju duga. Takvo ponašanje može se poduzeti i preko trećeg lica, ali uz suglasnost dužnikovu. Recimo, isplata se izvrši povjeriocu preko dužnikove korespodentne banke.

Glavni **pravni učinak** priznanja ogleda se u prekidu zastare duga i njenom ponovnom započinjanju. Stoga ono mora biti izjavljeno prije nastupanja zastare duga. U suprotnom, bilo kakvo priznanje, koje se izjavi nakon nastupanja zastare, imat će učinak odricanja od zastare.[61] Ukoliko dužnik prizna samo postojanje (veritet) duga koji prema njemu ističe povjerilac, a ne i njegov iznos, takvo priznanje će prekinutu zastaru.[62] Ukoliko se, pak, priznanje odnosi samo na jedan dio duga ili ratu, zastara će prekinuti svoj tok samo za taj dio, odnosno ratu.[63]Sudska praksa je na stanovištu prema kojem će samo priznanje glavnice prekinuti zastaru i za potraživanje kamata, osim ako se priznanje izričito ograniči samo na glavnicu.[64] Također, slanje dužniku salda duga od strane povjerioca neće imati učinak prekida zastare.[65]

Podnošenje tužbe

Do prekida zastare neće doći ukoliko povjerilac samo pismeno ili usmeno, to jest vansudski pozove dužnika na ispunjenje obaveze.[66] Do prekida zastare doći će ukoliko povjerilac podnese **tužbu**[67] **ili poduzme svaku dru-**

zastare) u smisli člana 366, stav 1. Zakona o obligacionim odnosima".
(Vrhovni sud RBiH, broj Rev. 150/89, od 17. novembra 1989. godine; Rev. 103/89, od 12, oktobra 1989. godine).

[60] *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, uz član 388, str. 795.

[61] Članovi 365. I 366. ZOO.

[62] Iz izreke: "*Priznanje duga u osnovi, iako ga ne potvrđuje u punom iznosu, prekida zastarjelost.*"
(Presuda Saveznog vrhovnog suda, odluka Rev. Br. 576/60, od 1960. godine - Arhiv Saveznog suda).

[63] *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, str. 795.

[64] Ibidem.

[65] Ibidem.

[66] Član 391. ZOO.

[67] Iz izreke: "*Zastara potraživanja naknade štete za jedan vid oštećenja (izgubljena zarada) nije prekinuta ranijom tužbom za drugi vid oštećenja (nematerijalna šteta), iako su štete posljedica iste radnje*".
Iz obrazloženja: "*Zaključak nižestepenih sudova da je podizanjem tužbe u ranijoj parnici*

gu radnju protiv dužnika pred **sudom ili drugim nadležnim organom** radi utvrđivanja, osiguranja ili ostvarenja potraživanja.[68] Isti učinak ima i isticanje **protutužbe** u parničnom postupku.[69] Tužba ili druga pravna radnja poduzeta kod **nenadležnog suda ili drugog organa** prekida zastaru pod uslovom da povjerilac ponovo podnese tužbu nadležnom sudu ili drugom organu u roku od **tri mjeseca** od dana pravnosnažnosti odluke o odbacivanju tužbe.[70] Za definitivan prekid zastare neophodno je da tužba bude **uspješna**, to jest da bude usvojen tužbeni zahtjev u njoj. Drugim riječima, ona ne smije biti odbačena, niti smije biti odbijen tužbeni zahtjev koji je u njoj sadržan.[71] Također, smatrat će se da do prekida zastare uopšte nije došlo, ukoliko povjerilac naknadno odustane od tužbe ili radnje koju je poduzeo.[72]

Isti učinak, kao i podnošenje tužbe, ima poduzimanje drugih radnji pred sudom i drugim nadležnim organom. To mogu biti: prigovor kompenzacije u parničnom postupku,[73] prijava potraživanja u stečaju ili likvidaciji poduzeća,

---

za naknadu nematerijalne štete došlo do prekida zastarijevanja naknade materijalne štete, u suprotnosti sa odredbama člana 388. Zakona o obligacionim odnosima, po kojoj dolazi do prekida zastarijevanja kada povjerilac, podizanjem tužbe ili drugom radnjom pred sudom, ostvaruje isto potraživanje".
(Vrhovni sud RBiH, Rev. 246/87, od 21. jula 1987. godine).

[68] Član 388. ZOO.

[69] B. Poznić, citirano djelo, str. 297-299.

[70] Član 390. ZOO.

[71] Član 389, stav 1. ZOO.

[72] Član 389, stav 2. ZOO.

[73] Iz izreke: "*Tuženi može uspješno istaći u prijeboj svoju zastarjelu tražbinu i prema tužiocu, ako nije bila zastarjela u vrijeme sticanja uslova za prijeboj*".
Iz obrazloženja: "*Pobijanom presudom osnovano je odbijen prigovor zastarjelosti potraživanja i usvojen prigovor prijeboja, jer prvostepeni sud pravilno utvrđuje da je došlo do raskida ugovora od 4. juna 1982. godine, tako što je tuženi reklamirao i vratio robu tužiocu, a ovaj prihvatio reklamaciju, pa se tužilac neosnovano obogatio za već plaćeni iznos, a da zastarni rok, po odredbi člana 371. Zakona o obligacionim odnosima, iznosi pet godina, te se po odredbi člana 339. istog zakona, ne mogu prebiti samo one tražbine koje su bile zastarjele u momentu sticanja uslova za prijeboj, o čemu se u konkretnom slučaju ne radi.*
Kako je tražbina tuženog dospjela u momentu vraćanja robe i prećutnog raskida ugovora (član 132, stav 2. ZOO) i kako je nesporno da je 1985. godine dospjela i utužena tražbina tužioca, a u momentu sticanja uslova za prijeboj nije bilo zastarjelo nijedno potraživanje, bili su ispunjeni uslovi za prijeboj tražbina stranaka predviđeni u odredbama članova 336, 337, i 339., stav 1. ZOO, pa je na utvrđeno činjenično stanje pravilno primijenjeno materijalno pravo kada je usvojen prigovor prijeboja do visine utužene tražbine".
(Vrhovni sud RBiH, br. Pž. 290/88, od 26. juna 1989. godine).

podnošenje zahtijeva za prinudno izvršenje ili osiguranje, poziv za miješanje zbog evikcije, pokretanje upravnog postupka za iseljenje (deložaciju) itd.[74] Isto tako, prekid zastare uzrokovat će i podnošenje tužbe arbitraži (izabranom sudu), bilo da se radi o stalnoj ili *ad hoc arbitraži*. Zajednički imenitelj svim ovim procesnim radnjama jeste činjenica da se radi o pravnim sredstvima kojima se okončavaju sporovi među učesnicima u obligacijama i da se njima omogućava ostvarenje prava za koja je tekla zastara.

Pravni učinak prekida - Kad počinje ponovo teći rok zastare?

Pravni učinak prekida očituje se u ponovnom započinjanju roka zastare, a vrijeme koje je proteklo prije prekida ne uračunava se u ukupan roka zastare potraživanja.[75] Zastara koja je prekinuta **priznanjem** počinje teći iznova od dana izjavljenog priznanja.[76] Doći će do prekida uslijed kojeg zastara počinje ponovo teći u sljedećim situacijama:

1. podnošenjem **tužbe**;[77]
2. pozivanjem na zaštitu od evikcije;
3. isticanjem **prebijanja** potraživanja u sporu i
4. prijavljivanjem potraživanja u nekom drugom postupku.[78]

Međutim, kada je do prekida zastare došlo uslijed **prijave potraživanja u stečajnom postupku**, odnosno podnošenjem **zahtijeva za prinudno izvršenje ili osiguranje**, zastara počinje teći iznova od dana okončanja ovih postupaka.[79]

---

[74] U članu 32. Zakona o zastarjelosti potraživanja iz 1953. godine egzemplarno su navedene radnje koje kao i tužba uzrokuju prekid zastare: pozivanje u zaštitu od pravnog uznemiravanja, isticanje prebijanja potraživanja u sporu, prijava potraživanja u postupku prinudne likvidacije, zahtjev za izvršenje ili obezbjeđenje ili poduzimanje radnje izvršenja ili obezbjeđenja.

[75] Član 392, stav 1. ZOO.

[76] Član 392, stav 2. ZOO.

[77] Iz izreke: "*Danom podnošenja tužbe protiv prvotuženog, prekida se zastara potraživanja I u odnosu na onog dužnika na kojeg je tužba proširena uz njegov pristanak*". (Vrhovni sud RBiH, br. Pž. 27/86, od 30. juna 1986. godine).

[78] Član 392, stav 3. ZOO.

[79] Član 392, stav 4. ZOO.

OSOBINE PREKLUZIJE

Do prestanka prava, odnosno prekluzije, na primjer, doći će u slučaju kada povjerilac propusti zahtijevati opravljanje stvari u garantnom roku. Isto tako, jamac se oslobađa obaveze kada, nakon dospjelosti obaveze dužnika, pozove povjerioca da zahtijeva ispunjenje, a ovaj to ne učini u roku od mjesec dana od tog poziva.

Kada se vršenje neke pravne moći mora poduzeti u određenom roku (raskid ugovora, otkaz ugovora, pravo preče kupovine, izbor alternativne činidbe, pravo zahtijevati poništenje pobojnog ugovora, opoziv poklona itd.), taj rok će uvijek imati pravnu prirodu prekluzivnog roka. Svrha ustanove prekluzije objašnjava se potrebom zabrane proturječnog ponašanja pravnih subjekata (*venire contra factum proprium*).[80]

U njemačkom pravu primjenjuje se ustanova slična prekluziji, pod nazivom *Werwirkung* koja podrazumijeva gubitak prava uslijed nevršenja, iako pritom nije istekao rok zastare, pod uslovom da obvezano lice opravdano smatra da povjerilac nema interesa insistirati na svom potraživanju i da bi bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja (*true und glauben*) priznati dalje postojanje takvog prava. Razlika između prekluzije u našem pravu i gubitka (*Werwirkung*-a) u njemačkom pravu je u subjektivnim elementima koji se zahtijevaju za primjenu ove druge ustanove. Gubitak prava (*Werwirkung*) nastaje kada oklijevanjem titulara u ostvarenju svog prava, prema svim okolnostima slučaja, "*kod obvezanog lica stvori utisak da titular neće više vršiti svoje pravo, tako da bi ponovno vršenje prava imalo za posljedicu nepravično oštećenje za obvezano lice, do kojeg ne bi došlo da je pravo blagovremeno ostvareno*".[81]

U stvari, gubitak prava predstavlja dosljednu primjenu načela savjesnosti i poštenja, jer bi njegovo ostvarenje za obvezano lice bilo u potpunosti neočekivano i nelojalno.[82] U njemačkoj pravnoj praksi pozivanje na *Werwir-*

---

[80] J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1990, str. 385.

[81] Lehman, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gassetzbuches*, 6 Auf., Berlin, str. 276; *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* uz član 370, str. 774-782.

[82] Slavica Krneta, *Povreda načela savjesnosti i poštenja kao razlog prestanka subjektivnih građanskih prava*, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, 1968/69. godine, str. 127-128. Osnivačem pravne doktrine *Werwirkung*-a u njemačkom pravu smatra se prof. Wolfgang Siebert. (Vidjeti njegovo djelo: *Werwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Tübingen, 1934).

kung-a je češće od pozivanja na zastaru zbog predugog roka zastare koji iznosi čak 30 godina.[83] U švicarskoj pravnoj praksi, pak, pozivanje na *Werwirkung* je rjeđe, jer Opšti rok zastare iznosi 10 godina.

Francusko pravo poznaje sličnu ustanovu pod nazivom *prešutno odricanje od prava* (*acqiuescement tacite*, *abandon tacite*), pod kojim se podrazumijeva svjesno nevršenje prava. Na primjer, vlasnik koji dugo vremena trpi građevinu na svom zemljištu, ne može zahtijevati njeno uklanjanje i ostvarivati druga prava prema njenom graditelju. Isto tako, titular gubi prava prema prekršiteljima njegovog prava na žig, ukoliko je znao za povredu svog prava, a nije ništa po tom pitanju blagovremeno poduzeo.[84]

ZAKLJUČAK

Načelne razlike između zastare i prekluzije tiču se pravnog djelovanja proteka roka. One se mogu prikazati na tabelaran način ovako:

Kod zastare se protekom roka gubi mogućnost prinudnog ispunjenja.	Kod prekluzije se gubi samo pravo.[85]

[83] § 195. njemačkog Građanskog zakonika.

[84] Uporedi: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* uz član 370, str. 777.

[85] Iz izreke: "*Zahtjev za naknadu štete prouzrokovane napadom zaštićene divljači na čovjeka (povreda ličnih dobara) zastarijeva u rokovima iz člana 376, stav 1. i 2. Zakona o obligacionim odnosima, a tužbeni zahtijev nije prekludiran rokovima iz zakona o lovstvu*".
Iz obrazloženja: "*Nižestepeni sudovi su pogrešno primijenili materijalno pravo kada su odbili zahtjev tužioca primjenom odredaba Zakona o lovstvu SRBiH, jer odredbe o rokovima za podnošenje prijave i tužbe za naknadu lovne štete ne dolaze do primjene kada je zaštićena divljač prouzrokovala štetu nanošenjem povreda čovjeku.*
Odredbe citiranog zakona o podnošenju prijave o šteti i tužbe (član 61. i 64.) primjenjuju se samo kod zahtijeva za naknadu štete koju prouzrokuje zaštićena divljač na usjevima i stoci.
Smisao propisanih kratkih rokova za podnošenje prijave za štetu koja prouzrokuje divljač jeste u tome da se obezbijedi pouzdano utvrđenje obima štete i koja vrsta divljači je štetu nanijela, jer bi zbog gubitka tragova, po pravilu, bilo teško utvrditi uzrok i visinu štete po proteku dužeg vremena od nastanka štetnog događaja. Ovaj razlog, međutim, postoji samo kod šteta na usjevima i stoci, a ne i kada je šteta pričinjena povredom čovjeka. U ovom drugom slučaju može se i znatno iza događaja utvrditi obim štete, a u pravilu i uzrok štete na osnovu anamnestičkih podataka koje oštećeni ili njegovi bližnji daju prilikom smještaja

Na zastaru sud pazi samo ako se dužnik pozove na nju (po prigovoru).	Na prekluzivni rok sud pazi po službenoj dužnosti.
Zastara nastaje samo na temelju zakona. Potraživanje, koje nije zastarjelo, ne može se pravnim poslom pretvoriti u zastarjelo potraživanje.	Prekluzija nastaje na temelju zakona, pravnog posla i sudske odluke. Ona se, dakle, može ugovoriti i kada nije predviđena zakonom.
Zastara se mora izričito propisati, jer se nikada ne pretpostavlja.	Ukoliko je zakonom vršenje prava vezano za neki rok, pretpostavka je da se radi o prekluzivnom roku.
Tok roka zastare može zastati ili se može prekinuti.	Kod prekluzije nema zastoja, niti prekida roka.

Oba instituta razlikuju se od drugih sličnih ustanova građanskog prava. Tako, nezastarive su obligacije koje nastaju iz zakonskog izdržavanja (alimentacije), ali su podobne za zastaru i pojedinačne dospjele obaveze koje su proistekle iz zakonskog izdržavanja. Isto tako, ostala subjektivna prava apsolutne naravi, kao što su stvarna i lična prava, te prava intelektualnog vlasništva, nikada ne mogu zastarjeti. Pojedina apsolutna prava, odnosno njihova isključiva imovinska ovlaštenja, kao što su ona koja su sadržana u **pravima industrijskog vlasništva** i **autorskom pravu,** imaju zakonom ograničeno trajanje (recimo, patent traje 20 godina od momenta podnošenja prijava, a autorsko pravo traje za života autora i sedamdeset godina poslije njegove smrti), nakon čega ona u potpunosti prestaju. U ovom slučaju, za razliku od zastare, ne gubi se samo mogućnost prinudnog ispunjenja prava, već samo

povrijeđenog u bolnicu i slično.

Kada se radi o tjelesnim povredama ili smrti, nemoguće bi bilo zahtijevati od oštećenog da u kratkom subjektivnom roku od 15 dana i objektivnom roku od 30 dana podnese prijavu nadležnom organu o nastanku štete, jer zbog objektivne okolnosti nije u stanju da to učini. Propisujući kratke prekluzivne rokove … zakonodavac očigledno nije imao na umu situaciju kada su povrijeđena tjelesna dobra, što je vidljivo i iz odredbe o sastavu komisije za utvrđivanje uzroka štete i procjene vrijednosti, koju formira nadležni opštinski organ po prijemu prijave…

Komisiju sačinjavaju predstavnik opštinskog organa uprave nadležnog za poslove lovstva, stručno lice … (poljoprivredni i veterinarski stručnjak) i stručno lice za utvrđivanje uzroka štete (vještak za lovstvo) …

(Vrhovni sud RBiH, 157/87, od 10 decembra 1987. godine).

pravo prestaje postojati u cjelini. Međutim, **moralno pravo**, to jest pravo da se pronalazač, odnosno autor naznači tvorcem duhovnih tvorevina koja su predmet zaštite, nikada ne prestaje, niti može zastarjeti. Moralno pravo zajedno sa imovinskim ovlaštenjima čini konstitutivni element prava intelektualnog vlasništva. Isto tako, **pravo vlasništva** (pravo svojine) u našem pravnom sistemu nikada ne može zastarjeti. Zastara i održaj nisu se razlikovali u pandektnom pravu i drugim starijim pravima, jer se održaj se svrstavao u širi pojam zastare, u takozvanu akvizitivnu zastaru. U pozitivnom pravu, pak, od **održaja** (dosjelosti) zastara se razlikuje po tome što održaj predstavlja izvorni (originerni) način sticanja prava vlasništva na stvari jednog lica na temelju kvalificiranog posjeda i gubitka vlasništva na istoj stvari od strane drugog lica, dok se kod zastare ne stiče, niti gubi bilo kakvo obligaciono pravo, već se gubi samo mogućnost njegovog prinudnog ispunjenja. Oba instituta su, pak, slični po tome što im je svrha uskladiti pravo i poredak subjektivnih prava sa stvarnim životom. Slično vlasništvu, neće zastarjeti ni **založno pravo** kojim se pojačava povjeriočevo potraživanje. Ukoliko to potraživanje zastari, neće, pak, zastarjeti zaloga ili hipoteka kojim je ono pojačano, već će se povjerilac moći namiriti iz opterećene stvari, pod uslovom da je stvar još uvijek u njegovom posjedu ili je upisana u zemljišne knjige. Međutim, **kamate i druga povremena davanja** proistekla iz zastarjelih potraživanja ne mogu se namiriti ni iz stvari opterećene zalogom ili hipotekom.

Literatura

Naučni izvori (po redoslijedu, kako su navođeni):

- M. Dika, *Pravo na tužbu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1987;
- Vesna Besarović, *Pravo intelektualne svojine*, Nomos, Beograd, 2000. godine;
- *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995. godine;
- V. Stanković, *Zastarelost*, *Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978;
- J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1990;
- Lehman, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gassetzbuches*, 6 Auf., Berlin;
- S. Krneta, *Povreda načela savjesnosti i poštenja kao razlog prestanka*

subjektivnih građanskih prava, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, 1968/69. godine i
- W. Siebert, *Werwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Tübingen, 1934.
- Zvanični dokumenti i sudske presude (po redoslijedu, kako su navođeni):
- Presuda Vrhovnog suda RBiH, br. Pž. 540/89, od 12. aprila 1990. godine;
- § 198, stav 1. njemačkog Građanskog Zakonika;
- Rješenje Vrhovnog suda RBiH, broj Pž. *392/84, od 28. februara 1985. godine*;
- Službeni list RBIH, 2/92-102, 13/93-132 i Sl. glasnik RS, 17/93-671;
- Presuda Vrhovnog suda RBiH, Pž. 76/86, od 13. juna 1986. godine;
- Presuda Vrhovnog suda RBiH, broj Pž. 163/84 od 14. decembra 1984. godine;
- Vrhovni sud Federacije BiH, br. Pž. 52/97. od 27. maja 1997. godine;
- Vrhovni sud RBiH, br. Pž. 130/86, od 25. septembra 1986. godine;
- Načelni stav br. 3/86. zajedničke sjednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova od 25. i 26. novembra 1986. godine;
- Vrhovni sud RBiH, br. Rev. 370/85, od 25. oktobra 1985. godine;
- Rješenje Vrhovnog suda RBiH, br. GVL. 38/86, od 12. marta 1987. godine;
- § 1495 austrijskog Građanskog zakonika;
- član 2253. *Code civil*-a;
- član 2941. *Codice civile*;
- Presuda Vrhovnog suda RBiH, br. Rev. 251/85, od 21. juna 1985. godine;
- Vrhovni sud RBiH, broj Pž. 464/989, od 22. marta 1990. godine;
- Vrhovni sud RBiH, broj Rev. 150/89, od 17. novembra 1989. godine; Rev. 103/89, od 12, oktobra 1989. godine;
- Presuda Saveznog vrhovnog suda, odluka Rev. Br. 576/60, od 1960. godine - Arhiv Saveznog suda;
- Vrhovni sud RBiH, Rev. 246/87, od 21. jula 1987. godine;
- Vrhovni sud RBiH, br. Pž. 290/88, od 26. juna 1989. godine;
- Vrhovni sud RBiH, br. Pž. 27/86, od 30. juna 1986. godine i
- Vrhovni sud RBiH, 157/87, od 10 decembra 1987. godine.

Prof. Genc Trnavci, Ph.D.

PRESCRIPTION AND PRECLUSION – SIMILARITIES AND DIFFERENCES

Abstract: *The legal system through acts of parliaments, case law or spontaneously through customary law has evolved so as to align law, and the complex web of legal relationships, with real life by means of statutes of limitations, preclusion, usucaption (usucapio) and similar mechanisms to promote certainty and stability in the legal system. These laws encourage a timely exercise of (subjective) rights and protect as well potential defendants against potential and unrestricted threats of lawsuits. They also help preserve the integrity of evidence because, as time passes, memories fade, witnesses become unavailable, and physical evidence in general may disappear or dissipate. In addition, these laws help resolving disputes while they are still recent and prevent the injustice that can arise from prolonged neglect of rights and legal interests. For all the stated reasons, in this article the author, drawing from lush resources of both regional and paradigmatic case law, has produced an effective comparative analysis of various institutions ranging from contract law, property law and intellectual property law that all share the same purpose. Namely, those are: statute of limitations, preclusion, usucaption, weighing them against of various other civil (subjective) rights and obligations.*

УДК 347.218.2:330.142.212
doi 10.7251/PR6924427P
Оригинални научни чланак

ПОСТУПАК УТВРЂИВАЊА ИЗВРШЕНИКОВЕ ИМОВИНЕ

Доц. др Стојана Петровић[1]

Апстракт: *Успјешно алоцирање извршеникове имовине услов је ефикасног те и успјешног спровођења извршног поступка. Права посматраних ентитета Босне и Херцеговине – Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине усвајају једнообразан законски модел утврђивања извршеникове имовине од стране суда.*

У раду је аксиолошки домет домаћег законодавног модела утврђивања извршеникове имовине анализиран кроз објектив упоредноправних рјешења, те примјеном теоријско-аналитичког и нормативно-догматског приступа овој теми. Таква анализа искристалисала је неке кључне недостатке домаћег законодавног концепта, а који утичу на успјешан исход овог акцесорног поступка, те у коначници и на исход извршног поступка. На тим недостацима неопходно је порадити у некој будућој законодавној реформи.

Кључне ријечи: *утврђивање извршеникове имовине, извршни поступак, изјава о имовини извршеника.*

1. Увод

У процесној теорији сматра се да ефикасност извршног поступка зависи понајвише од ефикасног поступка алокације имовине извршени-

[1] Доцент, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, е-маил: stojana.petrovic@pf.unibl.org

ка.[2] Систем ефикасног лоцирања имовине и прихода извршеника један је од основних механизама ефикасног поступка извршења, а његови недостаци су кључне слабости поступка извршења.[3] Стога, са аспекта начела ефикасности, посебну пажњу заслужује овлашћење суда да ефикасно приступи информацијама о имовини извршеника. Уколико суд не успије да утврди извршеникову имовину, неће бити могуће предузети нити једну извршну радњу. Компликована и дуготрајна процедура приступа суда информацијама о имовини извршеника не само да условљава ефикасност извршног поступка код спровођења извршних радњи, већ утиче и на одлуку суда о основаности приједлога за извршење.

Полазећи, не само од теоријског већ и практичног значаја ове теме, циљ истраживања је, употребом научне методологије, испитати аксиолошке домете позитивноправног модела поступка утврђивања извршеникове имовине у ентитетима Босне и Херцеговине – Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине. Резултат таквог испитивања указаће на евентуалне слабости домаћег законодавног концепта овог поступка, а на којима законодавац може порадити у неким будућим законским интервенцијама. Све ово, у циљу је доприноса идеји о ефикасном поступку принудног намирења тражиоца извршења.

2. Позитивноправни модел утврђивања извршеникове имовине у правима ентитета Босне и Херцеговине са освртом на одабране упоредноправне моделе

2.1. Увод

У домаћем праву предвиђен је акцесорни поступак за утврђивање извршеникове имовине од стране суда, а у току извршног поступка. Законодавци у оба посматрана босанскохерцеговачка ентитета прописују да је иницијатива за покретање овог поступка на тражиоцу извршења, али да се он води пред судом.[4] Тренутком подизања приједлога за из-

[2] Juan Pablo Correa Delcasso, „Efficiency in the Methods of Enforcement of Judgements: Public vs Private Systems“ *у* Mads Andenas, Burkhard Hess, Paul Oberhammer (eds), *Enforcement Agency Practice,* (London: 2005), 47.

[3] Alan Uzelac, „Privatisation of Enforcement Services – a Step Forward in Countries in Transition?“*, у* C.H. van Rhee, A. Uzelac (eds), *Enforcement and Enforceability,* (Антверп-Оксфорд-Портланд: 2010), 25.

[4] Чл. 37 ст. 1. Закона о извршном поступку, *Службени гласник Републике Српске,*

вршење тражилац извршења стиче активну процесну легитимацију за иницирање покретања овог поступка.

Рубрум члана 37 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ погрешно се односи на утврђивање *дужникове* имовине. Извршни поступак сматра се покренутим тренутком подношења суду приједлога за извршење.[5] У том тренутку дужник и повјерилац стичу својство странака извршног поступка – односно они више нису дужник и повјерилац, већ постају извршеник и тражилац извршења.

Прописано је и то да се овај захтјев може поставити само уколико се приједлог за извршење темељи на извршној исправи.[6] Захтјев за покретање поступка за утврђивање извршеникове имовине не би се, дакле, *sticto sensu* тумачењем, могао поставити уколико се приједлог за извршење темељи на вјеродостојној исправи. Ово, међутим, вриједи само уколико је захтјев за утврђивање извршеникове имовине постављен истовремено са захтјевом за извршење, дакле, у приједлогу за извршење. Када поступак пређе у другу фазу, односно уколико се захтјев за утврђивање извршеникове имовине поставља након доношења рјешења о извршењу, па извршење на предложеном предмету није било успјешно, тражилац извршења може захтијевати од суда покретање поступка за утврђивање извршеникове имовине и ако се његов приједлог за извршење првобитно заснивао на вјеродостојној исправи.[7]

Поступак утврђивања извршеникове имовине може се покренути истовремено са извршним поступком, односно такав захтјев суду може се поставити уз захтјев из приједлога за извршење. Осим тога, овај захтјев може се поставити и након доношења рјешења о извршењу. Ово само под условом да извршење на предложеном предмету извршења није успјело.[8]

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 и Закона 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, даље у тексту: ЗИП ФБиХ.

5 Ранка Рачић, *Извршно процесно право, (*Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци), 82.

6 Чл. 37 ст. 1. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

7 Даниела Кос, „Примјена члана 37. Закона о извршном поступку Федерације БиХ пред судовима у Федерацији БиХ“*, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, 30, 15 2023: 351.

8 Чл. 37 ст. 1. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.
Законодавци, као услов за покретање поступка за утврђивање извршеникове имовине предвиђају да *извршење на предложеном средству извршења није успјело.*

2.2. Поступак сазнавања од извршеника о његовој имовини

Поступак за добијање изјаве извршеника о његовој имовини отвара читав низ правних, али и моралних дилема. Ово укључује конфликт између извршеникове дужности да сарађује у поступку извршења, а која произлази из дужности давања његове изјаве о својој имовини, и његовог права на ћутање.[9] Стога, упоредноправно посматрано, могу се уочити различити приступи законодаваца дужности извршеника да дâ изјаву о својој имовини.[10]

Поступак покреће тражилац извршења, пред извршним судом, против извршеника, са захтјевом да овај да изјаву чија се садржина односи на алокацију његове имовине.[11] Извршни суд не би могао прикупљати информације о имовини извршеника по службеној дужности. Суд може овај поступак спровести давањем налога извршенику да дâ изјаву о својој имовини на прописаном обрасцу, или на рочишту пред судом. Без обзира на то у којој форми ће се узети изјава од извршеника, информације које се прибављају односе се само на имовину извршеника. Тако произлази и из одредбе члана 37 став 1. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ. Законодавци не предвиђају могућност прибављања личних података о извршенику у овом поступку.

---

[9] Álvaro Perez-Ragone, „The Conflicts between the Fundamental Rights of the Creditor and the Debtor“, *General Report, International Association of Procedural Law Seoul Conference*, (Seoul: 2014): 644.

[10] Тако, у праву Њемачке, суд првог степена који спроводи извршење и нема дужност прикупљања података о имовини извршеника, већ тек уколико извршеник одбије да да изјаву о својој имовини која је довољна за намирење тражиоца извршења (§802 Закон о грађанском поступку Њемачке, *Zivilprozessordnung* (BgBl. s. 3202/2006, 431/2007, s. 2745/2017, даље у тексту: ZPO). У праву Енглеске, тражилац извршења може захтијевати да извршеник да изјаву пред судом о својој имовини и о својим финансијским обавезама (чл. 71 Закон о грађанском поступку Енглеске - *Civil Procedure Rules of England (No. 3132/1998),* даље у тексту: CPR). У праву Француске, извршеник уопште нема дужност давања изјаве о својој имовини, док у праву Италије извршеник има дужност дати изјаву о својој имовини само уколико његова пописана имовина није довољна за намирење тражиоца извршења (§492 Закон о грађанском поступку Италије - *Codice di Procedura Civile Italiana (Gazzetta Ufficiale. 253/1940), edizione giugno 2019),* даље у тексту: CPC.).

[11] *В.* чл. 37 ст. 3. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

2.2.1. Утврђивање извршеникове имовине његовом изјавом датом на прописаном обрасцу

Информације о имовини извршеника могу се од извршеника прибавити на два начина. Као први начин предвиђена је изјава извршеника. Када тражилац извршења иницира покретање овог поступка, суд извршенику даје налог у форми закључка да он дâ изјаву о својој имовини. Овим закључком извршенику се одређује и рок у којем је он дужан поднијети суду изјаву.[12] Извршеник изјаву о својој имовини у овом поступку даје суду. Није могуће такву изјаву дати пред нотаром.

Изјава се даје у прописаној форми – на формулару који утврђује надлежни министар правде. Извршеник је дужан, темељем судског закључка, дати суду потпуне и тачне податке о својој покретној и непокретној имовини, а нарочито о врсти и висини својих новчаних примања, те о својим новчаним депозитима и о мјесту гдје се они налазе.[13]

---

[12] Достављање је судска процесна радња и само суд може достављати у поступку, а према правилима о достављању. Законодавци оба посматрана ентитета неправилно користе термин достављање, када говоре о дужности извршеника да поднесе суду попуњен формулар са подацима о својој имовини. (*упор.* чл. 37 ст. 1. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ).

Осим тога, посматрајући права држава окружења, није уобичајено да се суду препушта да извршенику одреди рок за пружање података о својој имовини. Тако, примјера ради, у правима република Србије и Словеније, органи, организације, физичка и правна лица дужни су тражене податке и информације пружити суду, односно извршитељу најкасније у року од осам дана. (чл. 31 ст. 6. ЗИО Ср (2015), чл. 4 ст. 8. ZIZ Sl (2007)), а у праву Сјеверне Македоније дужни су их пружити извршитељу, најкасније у року од три дана. (чл. 41 ст. 2. Закон за извршување, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 72/2016, 142/2016, 178/2017 – одлука УС, 26/2018 – одлука УС, 94/19), даље у тексту: ЗИ Мд (2016)).

[13] Чл. 37 ст. 3. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

Шире упоредноправно посматрано, у праву Њемачке, тражилац извршења који има извршну исправу тешко може, без судјеловања извршеника, добити информацију о извршениковој имовини. Поступак прибављања информација о изршениковој имовини је такав да тражилац извршења предлаже судском извршитељу (*Gerichtsvollzieher*) да позове извршеника да дâ изјаву о својој имовини (§ 802c ZPO), ако судски извршитељ, при спровођењу извршења, не пронађе код извршеника покретне ствари, или ако запљењени предмети нису довољни за намирење тражиоца извршења (§807 ZPO). Ако извршеник не да изјаву о својој имовини, тражилац извршења може извршном суду предложити издавање налога за привођење извршеника (*Haftbefehl*) (§ 802g ZPO), који спроводи судски извршитељ. Притвор траје док извршеник не да изјаву о својој имовини (§ 802i ст. 2. ZPO), а најдуже 6 мјесеци (§ 802j ZPO). Ако

извршеник и даље не жели да да изјаву о попису своје имовине, или је да, али имовина није довољна за намирење тражиоца извршења, тада ће тај извршеник бити увршten у централни регистар дужника (*Schuldnerverzeichnis*, § 882b ZPO), који води извршни суд. (§ 882h ZPO), а свака индивидуална листа брише се након протека рока од двије године. Приступ регистру имају судски извршитељи, извршни судови, стечајни судови и неки други државни органи. (§ 802k ZPO). Приступ овом електронском регистру дужника има и сваки дужников повјерилац за потребе спровођења извршног поступка, као и за потребе провјере кредитне способности будућих и потенцијалних дужника пословних партнера. (§ 882f ZPO). У њемачком праву, до 2013. године, тражилац извршења могао је попис извршеникове имовине добити само путем изјаве о попису имовине извршеника. Након 2013. године, њемачком судском извршитељу омогућено је да, када извршеник нема покретних ствари, а не жели дати изјаву о попису своје имовине, провјери код органа који о томе воде евиденције, да ли је извршеник запослен, има ли отворен банковни рачун и стање на рачуну, те да ли је власник возила. (§ 802l ZPO). Економски и привредни значај листе дужника у праву Њемачке сматра се изузетно великим, због могућности привредних субјеката да, прије закључења правног посла, провјере да ли је њихов будући пословни партнер солвентан и каква му је кредитна способност. На овај начин, спречава се стварање несолвентних дужника. *Детаљније, cf.* Stefan Leible, Michael Müller, Rosa Miquel Sala*, „*Ländebericht Deutchland“*, у* Viktória Harsági, Miklós Kengyel (Hrsg), *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, (München: 2011), 22.

У праву Аустрије, ако тражилац извршења не предложи другачије, извршеник *мора,* у складу са §47 ст. 1. *Gesetz über das Exekutions – und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO*), RGBl. Nr 79/1896, последња измјена BGBl. Nr 136/2023, да преда попис своје имовине (*Vermögensverzeichnis*) и да наведе свој датум рођења, ако извршење на покретним стварима није успјело, због тога што се код извршеника нису нашле покретне ствари, или зато што затечене ствари нису довољне за намирење тражиоца извршења, јер су оптерећене залогом вишег ранга (у таквом случају попис извршеникове имовине мора на записник узети судски извршитељ, по окончању неуспјешне запљене) (§253a EO), или ако је тражилац извршења предложио извршење на плати и другим сталним примањима извршеника, па суд, код завода за социјално осигурање утврди да извршеник не прима плату (§294a EO), нити друга стална примања, или да његова примања неће бити довољна за намирење тражиоца извршења у року од једне године. Потписану изјаву о попису извршеникове имовине даје извршеник на записник код суда (§47 EO). Суд ће позвати извршеника да дâ попис своје имовине и ако је то захтјевано од пореске управе усљед неуспјешног извршења (§47 ст. 3. EO). Ако извршеник не приступи рочишту за давање пописа своје имовине, суд ће одредити принудно довођење, а које спроводи судски извршитељ. Ако извршеник судском извршитељу на записник не да изјаву о попису своје имовине, судски извршитељ га може принудно довести пред суд. Ако извршеник ни пред судом не да изјаву о попису своје имовине, суд може одредити притвор, који може трајати најдуже 6 мјесеци, или до тренутка када извршеник преда попис своје имовине (§48 EO).

2.2.2. Утврђивање извршеникове имовине његовом изјавом на рочишту пред судом

Осим изјавом извршеника датом суду на прописаном обрасцу, извршеникова имовина се може утврђивати и његовом изјавом датом на рочишту пред судом. Овакав начин утврђивања извршеникове имовине примјенљив је једино уколико је извршеник физичко лице.[14] Који од начина давања изјаве извршеника ће наложити извршенику, одлучује суд. Законодавац не одређује додатне критерије који ће суду олакшати избор начина давања изјаве извршеника. Суд једино не би могао наложити извршенику да изјаву да и на прописаном формулару и на рочишту у истом акцесорном поступку.

2.3. Одговорност извршеника у поступку утврђивања његове имовине

Законодавци за извршенике изричито не предвиђају кривичну одговорност за давање неистинитих података, као што је то ситуација са осталим лицима која имају ту дужност по закону. И поред тога, уколико извршеник да неистините или непотпуне податке, било на прописаном обрасцу, било на рочишту пред судом, сматрамо да постоји могућност његовог кривичног гоњења. Наиме, одредбом члана 335 став 2. Кривичног законика Републике Српске[15] прописана је кривична одговорност и запријећена кривична санкција за странку, која приликом извођења доказа саслушањем странака у судском или управном поступку да лажан исказ, а на том исказу је заснована одлука донесена у том поступку.[16] Поступак утврђивања извршеникове имовине је акцесорни поступак који се води пред судом. Извршеник, као странка овог акцесорног поступка, даје изјаву, а на основу које суд сазнаје о његовој имовини. Дакле, извршеник ће испунити елементе бића овог кривичног дјела уколико суду да лажан исказ о својој имовини.

---

[14] Чл. 37 ст. 7. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

[15] *Службени гласник Републике Српске,* бр. 64/17, 104/18, 15/21, 89/21, 73/23, 9/24.

[16] *Слично предвиђа и одредба* чл. 348 ст. 2. Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине,* бр. 36/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17, 31/23.

Изричито је прописано упозорење о кривичној одговорности лица којима се даје налог као обавезни елемент закључка суда.[17] Ту одредбу закључка не треба схватити као услов за њихову кривичну одговорност, уколико су на њиховој страни остварени сви елементи бића кривичног дјела давање лажног исказа. Стављање у изглед кривичне одговорности треба превентивно да дјелује, како би лице добровољно поступио по закључку суда.

За разлику од кривичне одговорности која одредбама члана 37 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ није изричито предвиђена, могућност изрицања новчаних казни извршенику је нормирана. Наиме, уколико извршеник у остављеном року не поступи по налогу суда, односно по његовом закључку, или уколико он не приступи рочишту, односно одбија да да изјаву иако је приступио, суд ће му изрицати новчане казне.[18] За претпоставити је да суд у пракси закључком првобитно запрећује извршенику новчаним казнама, те их и изриче уколико он не поступи по налогу из закључка. Закон не регулише изричито, али може се сматрати да се под непоступањем извршеника по закључку суда подразумијева давање непотпуних података о својој имовини, давање неистинитих података, те недавање података, односно његово пасивно понашање.

2.4. Утврђивање извршеникове имовине од других лица

Могућност да суд, односно да орган који спроводи извршење има могућност прикупљања података о извршенику и из других извора, осим извршеникове изјаве, сматра се да произлази отуда што постоји опасност да извршеник не да потпуну и истиниту изјаву о својој имовини.[19]

Тражилац извршења својим захтјевом поставља то да ли ће суд утврђивати извршеникову имовину од извршеника, или од других физичких односно правних лица, односно од других органа и организација. За претпоставити је да ће суд налог за давање информација о извршениковој имовини поставити оним лицима, односно органима које у свом захтјеву именује тражилац извршења. Суд би могао такав налог кумулативно поставити и извршенику и другим лицима, односно органима и организацијама. Суд, међутим, одлучује о томе да ли ће информације о

[17] Чл. 37 ст. 6. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.
[18] Чл. 37 ст. 5. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.
[19] Álvaro Perez-Ragone, *op. cit*.: 644.

извршениковој имовини прибавити њиховом изјавом датом у прописаној форми, или изјавом датом на рочишту.

Да би суд дао налог осталим лицима да уступе информације о извршениковој имовини, услов је да тражилац извршења у свом захтјеву учини вјероватним да ова лица располажу таквим информацијама.[20]

У погледу дужности давања информација о извршениковој имовини једнака правила вриједе и за извршеника и за остала лица, односно органе и организације. Разлика је једино код одговорности за непоступање по налогу суда. Уколико је информација тражена од органа, односно организације, кривично ће одговарати одговорно лице у правном лицу, односно органу или организацији. Исто вриједи и за изрицање новчаних казни лицима за непоступање по налогу суда.[21]

Занимљиво је питање могућности да се одговара за учињену штету по правилима грађанског права уколико одговорно лице у правном лицу не дâ истините податке о имовини извршеника, а располаже истима, или уколико их уопште не уступи. Ово, имајући у виду значај утврђивања извршеникове имовине за успјешно спровођење извршног поступка, те и његово потпуно осујећење у ситуацији избјегавања ове дужности.[22]

2.5. Ограничења у прикупљању података о извршениковој имовини

У домаћем законодавном моделу оба посматрана ентитета Босне и Херцеговине, предвиђено је прикупљање података искључиво о извршениковој имовини. Изван законског регулисања остало је питање прикупљања личних информација о извршенику. Може се на основу тога сматрати да домаћи законодавци нису имали на уму овластити суд да у овом поступку прикупља и личне информације о извршенику.[23]

---

[20] Чл. 37 ст. 1. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

[21] *В.* чл. 37 ст. 5-7. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

[22] *Слично о томе в.* Дејан Пилиповић, „Накнада нематеријалне штете правном лицу“, *Правни живот,* 10, 2017: 668.

[23] Забуну уноси Мишљење Агенције за заштиту личних података Босне и Херцеговине, која се у свом допису бр. 03-1-37-2-888-2/13, од 29.10.2013. године изјаснила како не постоје сметње према Закону о заштити личних података БиХ за давање података о дужнику (извршенику). *Наведено према* Даниела Кос, *op. cit.*: 358.

Нису постављена ограничења у погледу обима података о имовини извршеника који се могу прикупљати.[24] Прикупљају се информације о цјелокупној имовини извршеника, без обзира на пропорционалност њене вриједности према вриједности висине потраживања које се намирује.[25] Иако није изричито регулисано, узима се да суд не би требао удовољити захтјеву тражиоца извршења уколико се информације о извршениковој имовини могу прибавити у јавним регистрима.[26] Посебно је дискутабилна могућност захтијевања уступања података о имовини извршеника којима располажу банке, а који су са статусом професионалне, или пословне тајне.[27]

На нивоу права Европске Уније, принципи заштите приватности извршеника регулисани су одредбама Директиве 2016/679 ЕС, која на-

[24] У праву Републике Словеније регулисано је да ни суд, нити извршитељ не би могли захтијевати од наведених органа и физичких и правних лица да им се уступе подаци о извршенику и његовој имовини, за које је законом прописано да су повјерљиви подаци, или да они представљају пословну тајну, односно да се ради о подацима до којих се може доћи само на основу судске одлуке, и само за потребе у другим судским поступцима или за потребе покретања кривичне истраге. (чл. 4 ст. 3. Закона о извршењу и обезбјеђењу - Zakon o izvršbi in zavarovanju, *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 03/2007, 93/2007, 28/2009, 51/2010, 26/2011, 17/2013, 45/2014, 53/2014, 58/2014, 54/2015, 76/2015-одлука УС, 11/2018, 53/19, 66/19, 23/20, 36/21, 81/22, даље у тексту: ZIZ Sl (2007)).

[25] Одредба члана 32 ст. 2. Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, 10/23, даље у тексту: ЗИО Ср (2015) указује на то да се у праву Републике Србије усваја модел пропорционалности обима прикупљених података о имовини извршеника према висини потраживања које се намирује.

[26] Даниела Кос, *op. cit.:* 356. Упоредноправно посматрано, у правима неких од држава нашег окружења, постојећи законодавни модел овог посупка усваја изричито ово ограничење. Наиме, у праву Републике Србије изричито је прописано да дужност давања података не вриједи, ако се о податку води јавни регистар, који је бесплатно доступан суду, извршитељу, извршном повјериоцу или адвокату као његовом пуномоћнику. (*в.* чл. 32 ст. 1. ЗИО Србије (2015)).

[27] У њемачком праву, стандардна форма банковних уговора садржи клаузулу, којом се клијенти банке саглашавају са размјеном података, док је аустријски Врховни суд заузео став о ништавости ове клаузуле. Ово доказује различите приступе праксе у различитим државама, поводом питања банкарске тајне, у вези са подацима о њеним клијентима. (*Детаљније, cf.* Burkhard Hess, *Study no. JAI/A3/2002/02 General Report on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures,* (Хајделберг: 2004)*,* 29).

челно прописује да за обраду и преношење података у судском поступку, односно у поступку извршења није потребна сагласност извршеника.[28] Поред тога, одредбе Смијерница CEPEJ-а (2009) [29]дужност органа и лица на давање података тијелу које спроводи поступак принудног извршења условљавају усклађеношћу ове дужности са прописима државе о заштити података. Имајући у виду законску дефиницију појма лични податак[30], као и садржај информација о имовини извршеника којима располаже банка, ове би се информације о имовини извршеника могле подвести под оквир поменуте дефиниције.

У домаћем законодавном моделу, стиче се утисак да се ограничење у пружању информација о имовини извршеника поставља тек у погледу лица којима се даје приступ. Тачније, дужност државних органа и ималаца јавних овлашћења, односно правних и физичких лица постоји само у односу на суд. Они немају дужност да такве информације пружају непосредно тражиоцу извршења.[31]

3. Поступак утврђивања имовине извршеника у процесној теорији

Законодавно омогућавање суду, односно тражиоцу извршења да он путем суда сазна извршеникову имовину ради спровођења принудног намирења сматра се начелом извршног процесног права.[32]

---

[28] Чл. 9 Директиве 2016/679 ЕС од 27. 04. 2016. о заштити појединаца у вези са обрадом личних података и о слободном кретању таквих података. *Детаљније, cf.* B. Hess, *op. cit.*, 2004, 49.

[29] CEPEJ је јединствено тијело Савјета Европе које прикупља и анализира податке о раду правосудних органа држава, а у циљу побољшања квалитета остваривања правне заштите грађана пред судовима.
Смијернице Европске комисије за ефикасност правосуђа за бољу проведбу постојећих препорука Савјета Европе о извршном поступку, од 17.12.2009.

[30] *В.* чл. 3 ст. 1. Закона о заштити личних података, *Службени гласник Босне и Херцеговине,* бр. 49/06, 76/11, 89/11.

[31] Агенција за заштиту личних података Босне и Херцеговине, у свом допису бр. 03-1-37-2-888-2/13, од 29.10.2013. године изјаснила се да се подаци о извршенику од стране лица, органа и организација а која тим подацима располажу могу уступити и тражиоцу извршења непосредно, под условом да он докаже правни основ и сврху тражења података. *Наведено према* Даниела Кос, *op. cit.:* 356.

[32] Ранка Рачић, *op. cit.*, 2021, 36. *Упор. и* Дарко Божић, „Начела извршног поступка у Републици Српској“, *Мегатренд ревија,* 17, 2, 2020: 119.

Према усвојеном законодавном моделу поступка утврђивања извршеникове имовине у домаћем праву, процесна теорија је скоро једногласно критички расположена. Наиме, сматра се да су одредбе о овом поступку „...скоро непримјенљиве". Критикује се законско непрописивање рокова у којем је суд дужан да достави податке о утврђеној имовини, те у којем је тражилац извршења дужан да свој приједлог уреди или допуни.[33] Ово, поступајући по одредби члана 36 став 2. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ. Такође се неефикасност овог акцесорног поступка повезује са неуредним вођењем јавних регистара,[34] а што, у ствари, није аргумент који се може приговорити недостатностима законског модела овог поступка. Пребацивање терета прикупања имовине извршеника са тражиоца извршења на суд посебно се критикује. Ипак, без дубље аргументације, тврди се да усљед тога извршеник у пракси не доставља потпуне нити тачне податке о својој имовини, због чега суд мора то да додатно провјерава.[35] Критикује се то што у пракси судови прикупљају и оне податке о имовини извршеника које су тражиоцу извршења јавно доступни.[36]

Неки аутори чак тврде да се усљед таквог законодавног модела у пракси судови често не очитују о захтјеву тражиоца извршења за утврђивање од извршеника његове имовине, сматрајући такав захтјев несврсисходним, јер се полази од тога да извршеник неће добровољно уступити податке о својој имовини, и поред прописаних мјера кажњавања.[37] Као посебан проблем у пракси препознато је и то што се под банкарску тајну, поред информације о трансакцији на конкретном рачуну, погрешно подводи и информација да ли извршеник у конкретној банци има отворен рачун.[38]

Усвојени законодавни модел овог поступка и у државама нашег окружења на попришту је критике домаће процесне теорије те државе. Наиме, истина је да се препознаје значај сазнавања извршеникове имовине за успјешно спровођење поступка извршења.[39] На овај поступак се

---

[33] Ранка Рачић, *op. cit.*, 2021, 36.
[34] Ранка Рачић, *op. cit.*, 2021, 36.
[35] Дарко Божић, *op. cit.*: 119.
[36] Дарко Божић, *op. cit.*: 119.
[37] Даниела Кос, *op. cit.*: 352.
[38] Даниела Кос, *op. cit.*: 355.
[39] Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право, (*Београд: Службени гласник, 2021), 555. *Слично и* Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Право извршења и право обезбеђења, (*Косовска Митровица: Правни факултет

ипак, због начина законског регулисања, не гледа као на средство којим се тражиоцу извршења, односно суду, олакшава ефикасније принудно извршење. Напротив томе, тврди се да се спровођењем поступка утврђивања извршеникове имовине пред судовима, ионако затрпаним великим бројем неријешених извршних предмета, доприноси непотребном губљењу времена и енергије.[40]

4. Аксиолошка процјена позитивноправног модела утврђивања извршеникове имовине у ентететима Босне и Херцеговине

Законодавци у ентитетима Босне и Херцеговине једнообразно су се одлучили за модел утврђивања извршеникове имовине по два подмодела – од извршеника његовом изјавом датом на прописаном обрасцу, односно датом на рочишту, те од других лица, органа и организација. Неке од сусједних држава, као што је Република Србија, одустале су у свом позитивноправном регулисању овог питања од првог подмодела – утврђивања извршеникове имовине изјавом извршеника. Ово, првенствено због тога што је он у пракси показао бројне слабости, а које су у коначници резултирале оптерећењем судова, усложњавањем извршног поступка, а без успјешног крајњег циља – алокација извршеникове имовине.[41]

Домаћи законодавни модел утврђивања извршеникове имовине дужност извршеника и других лица, органа и организација да уступе суду податке о извршениковој имовини подржава прописивањем њихове кривичне одговорности. Тиме се ова, формалноправно постављена дуж-

Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017), 34. *Тако и* Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка, (*Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2012), 222.

[40] Andrej Ekart, „Seznam dolžnikovega premoženja“*, Pravosodni bilten*, Ljubljana, 2, 2016: 253.

Према једном истраживању, спроведеном у Словенији, а на основу података из 2013. године, у Основном суду у Новом Месту, само 10% извршеника одазвало се позиву суда за давање података о својој имовини, а рочишту за утврђивање извршеникове имовине приступило је само ¼ од свих позваних извршеника. (Mojca Strašek-Dodig, „Odvzem prostosti v postopku odvzema dolžnikovega premoženja“, *Pravna praksa*, Ljubljana, 21, 2013: 10).

[41] *О томе упор.* Владимир Боранијашевић, „Специфичности поступка за добијање изјаве о имовини извршног дужника“*, Правни живот*, 11, 2012: 963. *Тако и* Ранко Кеча, Марко Кнежевић *op. cit.*, 556.

ност наведених органа и лица употпуњава и њиховом стварном дужношћу да суду уступе тражене податке. Управо се непостојање конкретном мјером санкционисане дужности извршеника да дâ изјаву о својој имовини на захтјев извршитеља може сматрати препреком, не само домаћим тражиоцима извршења да се успјешно намире, већ и иностраним, у поступку међународног извршења.[42]

Иако није изричито прописано, треба сматрати у пракси да су ова лица дужна бесплатно уступити суду тражене податке.

Тражилац извршења у домаћем праву може већ одмах у приједлогу за извршење захтјев за утврђивање извршеникове имовине кумулирати са захтјевом за извршење.[43] Тиме се тражилац извршења не доводи у ситуацију да губи на времену покушавајући се намирити на неком другом предмету извршења, а да захтијева да се утврди извршеникова имовина тек уколико безуспјешно буде окончано принудно извршење.

Домаћи законодавни модел предвиђа да само суд има право да у овом поступку захтијева утврђивање извршеникове имовине. Извршеник, а нити остала лица, органи ни организације, нису дужни тражиоцу извршења уступити ове податке. Оваквим законодавним рјешењем неоправдано се оптерећује суд, ионако затрпан судским предметима. Предвиђањем да ова лица имају исту дужност и према тражиоцу извршења, који докаже постојање свог правног интереса за прикупљање ових података[44], те ојачавањем дужности давања тих података кривичном одго-

[42] Elisabetta Silvestri, „The Devil is in the Details: Remarks on Italian Enforcement Procedures“, *у* C.H. van Rhee, A. Uzelac (eds), *Enforcement and Enforceability, (*Антверп-Оксфорд- Портланд: 2010), 212.

[43] У домаћој судској пракси спорно је било питање уредности приједлога за извршење који не садржи наведен предмет извршења, када тражилац извршења тим приједлогом захтијева и утврђивање извршеникове имовине. У судској пракси Федерације Босне и Херцеговине, Врховни суд је дао правно схватање према којем и такав приједлог мора садржавати предмет извршења, у супротном је неуредан. (*в.* Одлуку Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, бр. 22 0 И 049168 20 Спп, од 09.06.2020).

[44] У правима република Србије и Словеније, захтјев за утврђивање извршеникове имовине може поставити и тражилац извршења, а не искључиво суд, односно извршитељ. Наиме, изричито је прописано да су државни органи, имаоци јавних овлашћења, друга правна лица и предузетници, дужни да тражиоцу извршења, који наведе потраживање ради чијег намирења или обезбјеђења намјерава да води поступак извршења или поступак обезбјеђења и приложи извршну исправу у којој је садржано потраживање, бесплатно дају све податке које су дужни да доставе суду и извршитељу, изузев података из пореске пријаве за последње три године. Под истим условима, дужност

ворношћу лица која њима располажу, судови би се растеретили ово поступка, а постигао би се исти циљ – сазнавање о имовини извршеника.

Уколико се подаци о извршениковој имовини захтијевају од извршеника, он је дужан да пружи податке о својој покретној и непокретној имовини, а посебно о врсти и висини новчаних примања и новчаних депозита и о мјесту гдје се они налазе.[45] Стиче се утисак о томе да побројане информације представљају *numerus clausus* података које је извршеник дужан пружити суду. Он се, дакле, није дужан изјаснити о својим располагањима. Пропуштање да извршеник дâ информацију и о својим не само онерозним, већ нарочито о лукративним располагањима у одређеном протеклом времену, те о оним располагањима учињеним ближим сродницима, може резултирати осујећењем утврђивања имовине извршеника.

Домаћи законодавни модел утврђивања извршеникове имовине заснива се на принципу дужности пружања свих информација. Није прописана пропорционалност између обима података који се прикупљају о извршениковој имовини и висине вриједности потраживања које се треба намирити. Тиме се, са једне стране тражиоцу извршења омогућава да од откривене имовине одабере предмет извршења на којем сматра да ће се најефикасније намирити. Са друге стране, поставља се питање заштите извршеника трпи да се цјелокупна његова имовина експонује тражиоцу извршења, односно питање је да ли је такво задирање у цјелокупну његову имовину пропорционално циљу који се жели постићи спровођењем извршења.

5. Закључак

Значај утврђивања извршеникове имовине за успјешно спровођење извршног поступка није споран.[46] Да би се тај циљ постигао,

---

давања података постоји и према адвокату као пуномоћнику тражиоца извршења. Добијене податке тражилац извршења и адвокат тражиоца извршења могу да користе само за потребе поступка извршења, а податке о правним пословима и радњама само за побијање правних радњи извршеника, у сврхе спровођења извршења. (чл. 31 ст. 5. ЗИО Србије (2015), чл. 4 ст. 6. и 7. ZIZ Sl (2007)).

[45] Чл. 37 ст. 3. ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

[46] *Упоредити одредбе документа Green Paper on Effective Enforcement of Judgments in the European Union: The Transparency of Debtors' Assets (2008),* који такође препознаје значај начела транспарентности извршеникове имовине за ефикасан ток поступка

није довољно само то што позитивно право предвиђа одредбе којима се регулише овај акцесорини поступак. Квалитет тих одредаба и њихова аксиолошка вриједност мора бити предмет континуиране практичне и теоријске провјере, те законодавног унапређивања.

Из спроведене теоријскоправне и нормативно-догматске анализе домаћег законодавног модела произлази да оптерећивање искључиво суда да утврђује податке о извршениковој имовини, непрописивање законских рокова за предузимање радњи у овом посупку, непостојање прописане пропорционалности између обима имовине извршеника која се идентификује према вриједности потраживања које се намирује, само су неке од слабости концепта усвојеног у правима ентитета Босне и Херцеговине. Требало би размотрити и потпуно одустајање од подмодела сазнавања имовине извршеника од самог извршеника. Ово, будући да се исти у пракси није показао успјешним и поред запријећених мјера принуде извршенику, а што су неке од држава нашег окружења и учиниле.

Законодавним омогућавањем и тражиоцу извршења да захтијева приступ информацијама о извршениковој имовини, те омогућавањем у прописаном временском периоду приступања информацијама које су прикупљене у неком претходно вођеном извршном поступку, уштедило би се на времену које се улаже у утврђивање извршеникове имовине у извршном поступку који је у току.[47]

И боља организација повезаности извршног суда са јавним регистрима допринијела би ефикаснијој алокацији извршеникове имовине, али то није примједба која се односи на усвојени законодавни модел поступка утврђивања извршеникове имовине. Тиме би се спријечило да извршеник располагањем својом имовином избјегава принудно извршење.[48]

извршења. Наведени документ Европске комисије предлаже низ мјера које би национална права требала узети у разматрање, како би се обезбиједило да се брзо и ефикасно дође до поузданих информација о имовини извршеника, неопходној за спровођење поступка извршења. Наиме, предлаже се побољшање приступа органа и лица која учествују у поступку извршења регистрима који располажу информацијама о извршениковој имовини, као и побољшање размјене информација између органа и лица која учествују у спровођењу поступка извршења. Ове мјере биле би од значаја посебно за спровођење међународног поступка извршења.

[47] Поновно коришћење и приступ већ утврђеним информацијама о извршениковој имовини требало би бити предмет јасног и прецизног правног оквира (постављање строгих рокова држања података, и сл. (*В.* чл. 1.5 ст. 46. Смијерница СЕРЕЈ-а (2009)).

[48] *В.* чл. 1.2 ст. 41. Смијерница СЕРЕЈ-а (2009).

Србија је, својим законодавством, ову смијерницу била испунила одредбама Закона

Питање оснивања централног регистра извршеника и његових изјава о својој имовини прилично је контроверзно. Његовим оснивањем, са једне стране, спречава се настајање нових дуговања која одређено лице није у

о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон), даље у тексту: ЗИО Србије (2011), увођењем јединствене евиденције, у виду књиге извршеника, која је, барем према законској норми, садржавала цјеловит приказ покретне и непокретне имовине извршеника. Одредбе ЗИО Србије (2015) не предвиђају постојање ове евиденције извршеника.

Иако законодавац Словеније, одредбама ZIZ Sl (2007) не предвиђа постојање јединственог регистра дужника, у форми какву је познавао ЗИО Србије (2011), у Словенији се, у пореском поступку, објављује листа дужника. Уставни суд Словеније, својом Одлуком, на захтјев Повјереника за заштиту личних информација, заузео је став да нису неуставне одредбе Закона о пореском поступку, које омогућавају јавно објављивање личних података пореских дужника чији дуг прелази 5.000 еура, дуже од 90 дана, на интернет страници Пореске управе. Уставни суд Словеније мишљења је да, објављивање личних података дужника који су физичка лица, на интернет страници Пореске управе, није у супротности са правом на заштиту личних података, прокламованом у чл. 38 Устава Републике Словеније. *Cf.* Одлука Уставног суда Словеније, бр. U-I-122/13, од 10.03.2016. године, *доступно на* http://www.us-rs.si/aktualno/novice/odlocba-ustavnega-sodisca-st-u-i-12213-z-dne-10-3-2016/, *посјећено* 19.04.2024.

Као аргументе за овакву одлуку, Уставни суд Словеније наводи то да је законодавац имао на уму да ће, објављивањем података о пореским дужницима постићи неке правно допуштене циљеве. На микронивоу, порески дужници ће се охрабрити да добровољно и благовремено измирују своје пореске обавезе. На макронивоу, повећаће се транспарентност у наплати пореских обавеза. Ипак, према наведеној Одлуци Уставног суда Словеније, циљеви учинковитог пореског система који омогућава јавну и лаку провјеру тога ко не измирује своје пореске обавезе, претежу знатно над уставом загарантованим правом на заштиту личних података дужника. Осим тога, податак о томе да је неко лице порески дужник, не може имати адекватну правну заштиту. Ово, првенствено, из разлога што се тиме не откривају подаци који се тичу приватног живота неког лица, за које се разумно може очекивати да би појединац желио да остану изван очију јавности. Уставни суд Словеније позива се и на Одлуку Европског суда, у предмету C-131/12, *доступно на* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&-from=EN, *посјећено* 19.04.2024. У наведеној одлуци Европског суда наводи се да, обрада личних података, у смислу њихове објаве на интернету, не значи нужно одузимање лицу права на приватност на интернету. Постојеће законодавство омогућава појединцу да, од интернет провајдера, издејствује брисање неажурног или нетачног личног податка који је без правног основа. Управо ова могућност појединца да постигне брисање неажурних јавно објављених података, у ери интернета, значајно смањује инвазивни ефекат интернет обраде личних података на право на приватност на интернету.

стању да испуни.[49] Са друге стране, оснивање овакве евиденције се и аргументовано критикује.[50] Неуспјех оваквог законског рјешења би се могао пројектовати у нашем праву. Наиме, у државама као што је Њемачка, гдје је животни стандард становништва висок, за претпоставити је да лица која не измирују уредно своје обавезе утврђене извршном исправом то не чине јер не желе. Код нас је то најчешће посљедица финансијске немогућности извршеника. Тај проблем не може ријешити увођење регистра извршеника, узимајући у обзир аргументацију теоријских критика постојања регистра.

Литература

Научни чланци, монографије и уџбеници

– Correa Delcasso, J. P. „Efficiency in the Methods of Enforcement of Judgements: Public vs Private Systems“ *у* Mads Andenas, Burkhard Hess, Paul Oberhammer (eds), *Enforcement Agency Practice,* (London: 2005)
– Ekart, A. „Seznam dolžnikovega premoženja“*, Pravosodni bilten*, Ljubljana, 2, 2016.
– Hess, B. *Study no. JAI/A3/2002/02 General Report on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures,* (Хајделберг: 2004)
– Leible, S., Müller, M., Sala*,* R. M. *„*Ländebericht Deutchland“*, у* Viktória Harsági, Miklós Kengyel (Hrsg), *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, (München: 2011)

[49] У праву Њемачке, јавни регистар извршеникових изјава о имовини води основни суд и он садржи списак извршеника који су дали изјаву о својој имовини, као и списак лица који су то одбили. (§915 ZPO).

[50] У процесној теорији критикује се постојеће регулисање овог питања у праву Њемачке. Приказивање извршеника у овој јавној евиденцији, у правној литератури, сматра се његовим стављањем на стуб срама, а што представља кршење принципа пропорционалности, као и његовог права на приватност. Овако посматран, у правној теорији, сматра се да регистар извршеника има више за циљ да створи притисак на извршеника да плати свој дуг, него да пружи информације о његовој имовини. (*Детаљније, cf.* B. Hess, *op. cit.,* 2004*,* 38). Ово схватање, у супротности је са ставом њемачког Уставног суда, који је, у Одлуци *BVerfGE 61, 126, 136; NJW* 1988*,* 3009, представио значај структуре ефикасног поступка извршења, те оцијенио да регистар извршеника не крши њихова уставна права. (*доступно на https://research.wolterskluwer-online.de/document/be99a4e9-b410-4a6e-88ba-74547287bfb3?searchId=33245715,* посјећено 15.04.2024).

- Perez-Ragone, Á. „The Conflicts between the Fundamental Rights of the Creditor and the Debtor“, *General Report, International Association of Procedural Law Seoul Conference*, (Seoul: 2014)
- Silvestri, E. „The Devil is in the Details: Remarks on Italian Enforcement Procedures“*, у* C.H. van Rhee, A. Uzelac (eds), *Enforcement and Enforceability, (*Антверп-Оксфорд- Портланд: 2010)
- Strašek-Dodig, M. „Odvzem prostosti v postopku odvzema dolžnikovega premoženja“, *Pravna praksa*, Ljubljana, 21, 2013 .
- Uzelac, A. „Privatisation of Enforcement Services – a Step Forward in Countries in Transition?“*, у* C.H. van Rhee, A. Uzelac (eds), *Enforcement and Enforceability,* (Антверп-Оксфорд-Портланд: 2010)
- Бодирога, Н. *Теорија извршног поступка, (*Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2012)
- Божић, Д. „Начела извршног поступка у Републици Српској“, *Мегатренд ревија,* 17, 2, 2020
- Боранијашевић, В. „Специфичности поступка за добијање изјаве о имовини извршног дужника“*, Правни живот*, 11, 2012.
- Дејан Пилиповић, „Накнада нематеријалне штете правном лицу“*, Правни живот,* 10, 2017.
- Кеча, Р., Кнежевић, М., *Грађанско процесно право, (*Београд: Службени гласник, 2021)
- Кос, Д. „Примјена члана 37. Закона о извршном поступку Федерације БиХ пред судовима у Федерацији БиХ“*, Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, 30, 15, 2023.
- Рачић, Р. *Извршно процесно право, (*Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци)
- Станковић, Г., Боранијашевић, В. *Право извршења и право обезбеђења, (*Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017)

Правни прописи и документи

- *Green Paper on Effective Enforcement of Judgments in the European Union: The Transparency of Debtors' Assets (2008)*
- *Gesetz über das Exekutions – und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO*), RGBl. Nr 79/1896, последња измјена BGBl. Nr 136/2023.
- Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине,* бр. 36/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10,

42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17, 31/23.
– Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. Закон.
– Закон о грађанском поступку Њемачке, *Zivilprozessordnung* (BgBl. s. 3202/2006, 431/2007, s. 2745/2017, даље у тексту: ZPO)
– Закон о грађанском поступку Енглеске - *Civil Procedure Rules of England (No. 3132/1998)*
– Закон о грађанском поступку Италије - *Codice di Procedura Civile Italiana (Gazzetta Ufficiale. 253/1940), edizione giugno 2019)*
– Смијернице Европске комисије за ефикасност правосуђа за бољу проведбу постојећих препорука Савјета Европе о извршном поступку, од 17.12.2009.
– Закон о заштити личних података, *Службени гласник Босне и Херцеговине,* бр. 49/06, 76/11, 89/11.
– Закон за извршување, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 72/2016, 142/2016, 178/2017 – одлука УС, 26/2018 – одлука УС, 94/19)
– 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 обезбјеђењу - Zakon o izvršbi in zavarovanju, *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 03/2007, 93/2007, 28/2009, 51/2010, 26/2011, 17/2013, 45/2014, 53/2014, 58/2014, 54/2015, 76/2015-одлука УС, 11/2018, 53/19, 66/19, 23/20, 36/21, 81/22.
– Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, 10/23.
– Директива 2016/679 ЕС од 27. 04. 2016. о заштити појединаца у вези са обрадом личних података и о слободном кретању таквих података
– Кривични законик, *Службени гласник Републике Српске,* бр. 64/17, 104/18, 15/21, 89/21, 73/23, 9/24.

Судска пракса

– Одлука Уставног суда Словеније, бр. U-I-122/13, од 10.03.2016. године, *доступно на*
– http://www.us-rs.si/aktualno/novice/odlocba-ustavnega-sodisca-st-u-i-12213-z-dne-10-3-2016/, *посјећено* 19.04.2024.

– Одлука Европског суда, у предмету C-131/12, *доступно на*
– http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN, *посјећено* 19.04.2024.
– Одлука Уставног суда Њемачке *BVerfGE 61, 126, 136; NJW* 1988, 3009, *доступно на https://research.wolterskluwer-online.de/document/be99a4e9-b410-4a6e-88ba-74547287bfb3?searchId=33245715,* посјећено 15.04.2024
– Одлука Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, бр. 22 0 И 049168 20 Спп, од 09.06.2020

Остали документи

Допис Агенције за заштиту личних података Босне и Херцеговине, бр. 03-1-37-2-888-2/13, од 29.10.2013.

Stojana Petrović, PhD[51]

THE PROCEDURE OF ALLOCATION OF ENFORCEMENT DEBTOR'S ASSETS

***Abstract**: The successful allocation of the enforcement debtor's property is a condition for the efficient and successful implementation of the enforcement procedure. The laws of the observed entities of Bosnia and Herzegovina - Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina adopt a uniform legal model for determining the enforcement debtor's property by the court.*

In the paper, the axiological scope of the domestic legislative model for determining the executor's property is analyzed through the lens of comparative legal solutions, and by applying a theoretical-analytical and normative-dogmatic approach to this topic. Such an analysis crystallized some key shortcomings of the domestic legislative concept, which affect the successful outcome of this accessory procedure, and ultimately the outcome of the enforcement procedure. It is necessary to work on these shortcomings in a future legislative reform.

***Keywords:** determination of the enforcement debtor's property, enforcement procedure, declaration on the enforcement debtor's property.*

[51] Assistant proffesor of the Faculty of Law of University of Banja Luka, e-mail: stojana.petrovic@pf.unibl.org

III КАТЕДРА

ПРИВРЕДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 347.725:336.736(094.5)
doi 10.7251/PR6924451V
Оригинални научни чланак

ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА И АКЦИОНАРСКА ДРУШТВА ЗА ОСИГУРАЊЕ/РЕОСИГУРАЊЕ

Академик проф. др Мирко Васиљевић[1]

Резиме: *Специјализована привредна друштва која обављају делатности које су по правилу у режиму дозволе оснивања и дозволе за рад надлежних тела по правилу се регулишу сумарно посебним законима. То је случају и са осигуравајућим друштвима уопште и посебно са акционарским друштвом за осигурање. Ова техника регулативе примењује се посебно због тога што у свим земљама, што је случај и са Србијом, постоји општи закон коју регулише сва привредна друштва и који се примењује, било „сходно“, било директно (непосредно) и на специјализована друштва, па и на осигуравајућа друштва и тиме и акционарско друштво за осигурање у оним питањима и институтима за које не постоје посебне норме у специјализованом закону, конкретно закону који регулише осигурање.*

У овом раду разматрају се питања односа закона који уређује привредна друштва и закона који уређује осигурање са посебним акцентом на акционарска друштва за осигурање. Реч је о односу општег закона (Закон о привредним друштвима) и посебног закона (Закон о осигурању), који је уређен максимом lex specijalis derogat lege generali (посебни закон укида општи закон). Интересантно је да је Закон о осигурању између две опције ове примене: „сходне примене“ и директне (непосредне) примене оптирао за директну примену Закона о привредним друштвима, када не садржи посебну норму која свој основ налази у

[1] Професор емеритус

специфичности делатности осигурања у односу на друге делатности „покривене“ у смислу регулативе Законом о привредним друштвима. У раду се посебно анализирају питања везана за статус акционарског друштва и његових органа (корпоративно управљање) за која не постоје посебне норме које садржи закон који регулише осигурање, а на која се ипак не може директно применити закон који регулише привредна друштва, већ би се тада морало применити правило које је ближе природи „сходне примене“.

***Кључне речи**: Осигуравајућа друштва.- Акционарско друштво за осигурање.- Модели управе друштава капитала.- Адекватност капитала.- Групе друштава за осигурање.-*

1. Уместо увода

Статусни аспект осигуравајућих друштава није, како би се очекивало, уређен посебним законом који уређује област осигурања, већ генералним законом који уређује привредна друштва. Посебни закон који уређује делатност осигурања у Србији резервисао је за себе ипак право уређења неких одступања од општих одредби закона који за своју вокацију има уређење статусних аспеката привредних друштава у Србији, без обзира на делатност. Тако се ова одступања која по природи имају позицију посебних одредби примењују, када постоје, уместо општих правила статуса привредних друштава – *lex specialis derogat lege generali*. У овом смислу је специјализовани Закон о осигурању[2] прописао да се на „друштво за осигурање, друштво за реосигурање, друштво за посредовање у осигурању и заступника у осигурању примењује закон који уређује привредна друштва[3], осим ако овим законом није друкчије прописано“. Овај исказ овог специјалног закона истовремено значи да ове примене нема кад је у питању „друштво за узајамно осигурање“, с обзиром на то да општи закон који уређује привредна друштва нема такву правну форму организовања која би као општа важила за обављање било које привредне делатности, већ таква форма постоји само у области осигурања, те је онда и логично да је самим тим уређује само закон који као посебни уређује делатност осигурања, укључујући и ову статусну форму.

[2] Закон о осигурању (ЗО, члан 18), *Службени гласник РС*, бр. 139/14 и 44/21.

[3] Закон о привредним друштвима (ЗОПД), *Службени гласник РС,* бр. 36/2011-3, 99/11-14, 83/14-15 – др. закон, 5/15-3, 44/18-27, 95/18-335, 91/19-61, 109/21-15.

Друштво за осигурање оснива се као акционарско друштво или друштво за узајамно осигурање, а друштво за реосигурање оснива се само као акционарско друштво за реосигурање уз примену правила која важе за ову форму друштва које обавља послове осигурања. Друштво за посредовање у осигурању оснива се као акционарско друштво или као друштво с ограниченом одговорношћу. Друштво за заступање у осигурању оснива се такође као акционарско друштво или као друштво с ограниченом одговорношћу, а ове послове може обављати и физичко лице са статусом предузетника у смислу закона који уређује привредна друштва. У овом раду биће речи само о специфичностима акционарског друштва за осигурање (које сходно важе и за акционарско друштво за реосигурање) у односу на општа правила која важе за акционарско друштво које покрива закон који уређује привредна друштва, с обзиром на то да код ове форме друштва постоје посебно изражене специфичности, док такве специфичности или посебно изражене специфичности не постоје код друштва за осигурање у форми друштва с ограниченом одговорношћу (неке наравно постоје, попут система дозволе за оснивање, минималног основног капитала, надзора над радом и пословањем и слично), те о овој форми друштва за осигурање неће бити речи, као што неће бити речи ни о друштву за узајамно осигурање које не постоји као општа статусна форма у закону који уређује привредна друштва, већ само као специјализована форма друштва у делатности осигурања покривена посебним законом који уређује ову делатност и ову статусну форму за њено обављање.[4]

2. Посебности акционарског друштва за осигурање/реосигурање

2.1. Пословно име и основни капитал

Акционарско друштво за осигурање/реосигурање обавља делатност финансијске природе, те аналогно посебном режиму који уређује посебан закон који регулише банке организоване као акционарска друштва и закон који уређује осигурање садржи низ специфичности статуса ових друштава за обављање делатности осигурања/реосигурања у

[4] Више: Наташа Петровић Томић, *Право осигурања – Систем,* Београд 2019, 185-212, 242-275.

односу на друштва исте правне форме организовања и оснивања која не обављају ову делатност. Логично је да је прва таква специфичност посебност пословног имена, ради дистинктивности од других друштава ове форме која не обављају ову делатност – пословно име које се региструје мора да гласи у скраћеној форми „а.д.о.“ (акционарско друштво за осигурање). Такође, само ово друштво може обављати и регистровати обављање делатности осигурања или реосигурања (принцип алтернативности не кумулативности).

Кључне специфичности, с обзиром на то да је природа обављања делатности осигурања и реосигурања у основи финансијска, за ова друштва постоје код уређења бројних питања везаних за основни капитал овог друштва. Најпре, прописани минимални основни капитал обавезно је у новчаном облику и далеко вишег износа од основног капитала друштава која обављају друге комерцијалне делатности нефинансијске природе (висина зависи од тога које врсте животног или неживотног осигурања обавља ово друштво, као и да ли се бави делатношћу осигурања или реосигурања).[5] Затим, прописан је принцип одржања ове форме основног капитала у тој висини и током трајања пословања и живота друштва, што код друштава која обављају делатност нефинансијске природе у принципу не постоји.[6] Најзад, поред одређења појмова „значајно“ и „контролно“ капитал учешће у основи на истоветан начин као и закон који уређује привредна друштва, закон који уређује осигурање садржи и одређење појма „квалификовано капитал учешће“ (непосредно или посредно преко другог лица у своје име а за рачун тог лица капитал учешће у неком лицу са 10% или више власништва или гласачких права). У вези с овим институтима постоји и низ допунских подинститута који терен специфичности ових друштава чине комплетнијим: прво, забрана узајамних капитал учешћа свих форми друштава које уређује закон о осигурању; друго, претходна сагласност Народне банке Србије - НБС (као надзорног органа над осигуравајућим друштвима) за стицање или увећање стицања значајног (20%) или контролног (50%) капитал учешћа или гласачких права у овом друштву; треће, прописивање посебних услова за стицање или увећање квалификованог капитал учешћа (тиме и значајног или контролног): добра пословна репутација, одговарајуће ис-

[5] ЗО, члан 27; ЗОПД, члан 293.

[6] Више: Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд 2023, 611-662.

куство, финансијско стање, утврђивање извора средстава, утврђивање разлога стицања или увећања; четврто, прописивање обавезе претходног писменог обавештења НБС код отуђења или умањења квалификованог капитал учешћа (тиме и значајног и контролног); најзад, пето, прописивање правних последица недозвољеног стицања или увећања квалификованог (тиме и значајног и контролног) капитал учешћа: налагање од стране НБС отуђења стеченог или тако увећаног капитала и то у одређеном року, суспензија у међувремено до отуђења гласачких и имовинских права, ништавост правног посла таквог стицања у случају неотуђења или несмањења недозвољено стеченог капитал учешћа у остављеном року.

Посебна специфичност кад је реч о основном капиталу акционарских друштава за осигурање/реосигурање представља *институт адекватности капитала*. Друштво за осигурање/реосигурање је дужно да, ради трајног извршавања обавеза и подношења ризика у пословању, формира *тзв. гарантну резерву* у складу са законом који уређује осигурање. Гарантну резерву чини *тзв. примарни капитал* (кога чине елементи дефинисани овим законом) *и допунски капитал* (кога такође чине елементи одређени овим законом), уз умањење за одбитне ставке дефинисане овим законом. Закон који уређује осигурање утврђује посебну *тзв. маргину солвентности* за осигуравајућа друштва која врше животно осигурање и посебну маргину солвентности за осигуравајућа друштва која врше неживотно осигурање. Друштво за осигурање/реосигурање дужно је да обезбеди тзв. *расположиву маргину солвентности*, зависно од тога да ли се бави животним или неживотним осигурањима, а ова маргина се сматра обезбеђеном ако ова друштва имају прописану гарантну резерву у складу са законом који регулише област осигурања. За разлику од тзв. гарантне резерве, закон који регулише осигурање/реосигурање познаје и институт *тзв. гарантног капитала*, који представља део гарантне резерве утврђене у складу с овим законом а који износи најмање једну трећину захтеване маргине солвентности зависно од групе осигурања које друштво за осигурање обавља. Гарантни капитал друштва за осигурање не сме бити мањи од износа прописаних овим законом, звисно од групе осигурања које друштво за осигурање обавља, у складу са издатом дозволом за рад. Друштво за осигурање испуњава услове за адекватност капитала ако задовољава критеријуме расположиве маргине солвентности и гарантног капитала, у складу са законом који регулише осигурање. Ако друштво за осигурање престане да испуња-

ва захтеване услове адекватности капитала дужно је да НБС достави у прописаном року *програм мера за поновно испуњење тих услова*, односно солвентности друштва и то у периоду од најдуже три месеца од утврђивања престанка испуњености тих услова. НБС може од друштва за осигурање да тражи да измени и/или допуни програм тих мера, а ако то не захтева сматра се да се сагласила са спровођењем предложених мера. Ради обезбеђења трајне солвентности друштва за осигурање, НБС може од тог друштва тражити да, у периоду спровођења програма мера испуњености услова солвентности да јој достави *дугорочни план финансијске консолидације*.[7]

2.2. Оснивање

Осигуравајућа/реосигуравајућа друштва оснивају се, за разлику од режима оснивања друштава за које важе правила закона који уређује привредна друштва где важи систем слободног оснивања, по систему дозволе, коју издаје НБС у законом дефинисаном управном поступку уз приложену прописану документацију. Закон који уређује осигурање регулише такође и могућност одбијања захтева за издавање дозволе, као и основе престанка важења издате дозволе за рад.

Акционарска друштва која се оснивају по режиму који уређује закон који регулише привредна друштва могу бити затворена (оснивају се без јавног уписа акција) и отворена (оснивају се са јавним уписом акција). Овај закон, међутим, и код отворених друштава не познаје институт оснивачке скупштине, што сугерише да законодавац и не очекује оснивање овог друштва јавним путем и тиме практично оснивање овог друштва само нејавним путем од стране самих оснивача (затворено друштво), те да се ово друштво након оснивања и регистрације у процедури дефинисаној законом који уређује тржиште капитала може претворити у отворено (јавно) друштво новом јавном емисијом акција или конверзијом оснивачке (нејавне) емисије акција у јавну емисију применом прописане процедуре пред Комисијом за хартије од вредности. С друге стране, закон који уређује осигурање не говори о врстама акционарских друштава за осигурање/реосигурање, али регулише институт оснивачке скупштине овог друштва, која се мора одржати у прописаном року након добијања дозволе (за рад) од стране НБС, по прописно поднетом захтеву

[7] О овим институтима адекватности капитала друштва за осигурање: ЗО, чл. 124-130.

од стране оснивача (уз прилагање прописане документације). Интересантно је да закон који уређује осигурање прописује да оснивачи на оснивачкој скупштини имају право гласа „сразмерно висини свог улога“, иако је реч о оснивачкој фази у којој оснивачи наступају као уговорне стране које су закључиле уговор о осигурању акционарског друштва за осигурање/реосигурање, а не наступају као акционари друштва које треба да настане и стекне субјективитет тек након доношења прописаних аката на овој скупштини и последичне регистрације друштва које има природу друштва капитала у коме акционари са акцијама са правом гласа имају право гласа сразмерно капитал учешћу. У сваком случају, оснивачи овог друштва квалификованом већином (2/3) гласова: доносе статут друштва, бирају први надзорни одбор друштва, утврђују пословну политику и пословни план друштва, доносе опште акте друштва и акте пословне политике друштва и друге акте значајне за почетак рада и пословања друштва, утврђују највећи износ трошкова оснивања кад ти трошкови падају на терет друштва, прихватају процену вредности неновчаних улога. Ове усвојене акте оснивачи достављају НБС у прописаном року и прописаном регистру (Агенција за привредне регистре – АПР), ради регистрације и стицања правног субјективитета.[8]

3. Органи акционарског друштва за осигурање/реосигурање

3.1. Модели управљања (управе)[9]

3.1.1. Једнодомни модел

Први систем (тзв. једнодомни модел - one-tier system) је оригинално систем англосаксонског права, који је усвојен и у знатном броју земаља континенталног права (Француска, Швајцарска, Италија).[10] То је систем у коме је функција управљања у рукама једног или више

[8] ЗО, чл. 48-49.

[9] Више: Мирко Васиљевић, Татјана Јевремовић Петровић, Јелена Лепетић, *Компанијско право – право привредних друштава,* Београд 2023, 537-542.

[10] Француски La loi sur les sociétés commerciales (br. 66-537), чл. 89. (даље: ФТЗ...), Швајцарски законик о облигацијама, чл. 89-117; (1911, 1936, 1984, даље: ШЗО...), чл. 707-726. Правно-теоријску обраду института управног одбора види нарочито: Pierre Gilles Gourlay, *Le conseil d' administration de la sociétés anonymes,* thèse, Париз 1971.

лица (Швајцарска, Енглеска,САД), односно одбора директора - управни одбор, кога бира скупштина акционара (управни одбор – *board of directors*).[11] По овом систему управни одбор из реда својих чланова (*executive directors*) или делом из реда нечланова или лица стално запослених у друштву бира једног или више извршних директора за оперативно вођење послова друштва.[12] Најчешће је сам председник одбора директора (кога бира овај одбор) и председник друштва и први извршни директор (*chairman-chief executive officer, president-directeur général*). Чланови управног одбора могу бити, са разним варијацијама, стално запослени у друштву (*executive directors*) или лица која нису запослена у друштву (*non executive directors*). Дакле, по овом систему функција управног одбора (одбора директора) остварује се делом на колегијалној основи (седнице, колективно заступања), а делом и на инокосној основи (извршна функција председника, извршна функција генералног директора, извршна функција директора, извршни директори). У овом систему *надзорни одбор није обавезан орган* у акционарском друштву (контролну функцију врше спољни независни ревизори, делом и интерни ревизори или специјални ревизори).

Једнодомни модел корпоративног управљања развио се у следећем окружењу: 1) доминација дисперзованих акционара-углавном физичких лица, 2) добра законска и судска заштита акционара, 3) ограничено акционарство банака и других институционалних инвеститора, 4) постојање правила „једна акција један глас“, 5) ликвидно и развијено тржиште капитала, 6) веома развијено непријатељско преузимање, 7) слаба моћ синдиката, 8) слабо развијена државна социјална политика, 9) слаб систем социјалне демократије и 10) развијено радничко акционарство кроз пореске подстицаје.

---

[11] ШЗО ..., чл. 707, 712. і 714 ; ФТЗ..., чл. 89, 110. і 115; у Енглеској акционарска друштва са јавним уписом акција имају бар два директора, а друштва без јавног уписа акција имају бар једног директора - John Charlesworth (ed. Geoffrey Morse), *Company Law,* London 1995, 312-315.

[12] Види: Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial,* Pariz 1980, 357-402; René Rodière, *Droit commercial*, Париз 1980, 193-212; Maurice Cozian, Alain Viandier, *Droit des sociétés,* Pariz 1998, 235-272; Robert Pennington, *Company Law*, London 1995, 768-778; John Birds *et al.*, *Company Law,* London 1995, 415-430; Paul L. Cannu,*La société anonyme à directoire*, Paris 1979; Robert Hamilton, *The Law of Corporations,* Minnesota 1991, 218-249.

Једнодомни модел корпоративног управљања развио се у условима тзв. *акционарског капитализма.* Овај модел раније је карактерисан као менаџерски (профитно) орјентисан модел, а сада се сви више означава акционарски орјентисаним моделом. Основне одлике овог модела су: 1) конкуренција у свим областима, 2) доминација приватног (интерес акционара) над јавним у управљању, 3) потискивање улоге моћних приватних институционалних инвеститора и форсирање јавне емисије акција као главног извора финансирања, 4) уређивање корпоративног управљања диспозитивним нормама чиме се подстиче тржиште, 5) комплетно одвајање управљања од власништва, те акционари немају право да директно управљају активностима друштва, већ то у њихово име чини одбор директора и менаџера, са фидуцијарном дужношћу према компанији (доминирају по правилу отворене компаније), 6) изузетно лака могућност за акционаре да покрећу судске поступке против „непословних“ и штетних одлука управе друштва, 7) мотивисање управе преко уговора који накнаду за њих везује за успех компаније, 8) развијена јавна контрола квалитета управљања, посебно преко специјализованих медија и развијеног тржишног рејтинга менаџера, 9) развијена судска пракса са прецедентима корпоративног управљања који су својеврсна лекција за добро управљање.

Економска теорија као кључне предности акционарски орјентисаног капитализма наводи: 1) предност код започињања бизниса и увођења нове технологије, 2) подстиче иницијативност, индивидуалност и иновативност, 3) политичка неутралност, 4) подстицај професионализацији менаџера, 5) диверсификација ризика (јавна емисија акција – *IPO*), 6) релативно високи приноси од улагања у акције. С друге стране, као кључни недостаци овог система капитализма наводе се: 1) максимирање резултата на кратак рок запоставља стратегију на дуги рок, 2) цена акција базира се на краткорочној стратегији, што онемогућује стратегију истраживања и развоја, 3) слаба контрола управе од стране дисперзованих акционара (*„модел јаки менаџери слаби акционари“*), 4) релативно слабе акционарске скупштине и релативно моћни управни одбори, 5) везивање накнаде управи за успех компаније (цена акција) води злоупотребама управе код „надувавања биланса“, 6) слаба заштита других интереса у компанији (осим акционарских).

3.1.2. Дводомни модел

Други систем (тзв. дводомни модел – two-tier system), систем немачког права, који алтернативно са првим системом усваја и новије француско законодавство, састоји се у томе што у акционарском друштву у принципу (изузетно у малим друштвима функцију управног одбора може вршити и једно лице) постоје два одбора: управни одбор у ужем смислу (*Vorstand* - директориум) и надзорни одбор (*Aufsichtsrat*).[13] Управни одбор у ужем смислу врши своје функције управљања и пословођења делом на колективној основи (доношење одлука на седницама, колективно заступање), а делом на индивидуалној основи (индивидуално заступање, индивидуално извршење на седницама донетих одлука).[14] Изузетно у акционарским друштвима са мањим капиталом (законом прописаним) функцију управног одбора може вршити и једно лице - једини генерални директор. У овом систему чланове надзорног одбора бира скупштина (и разрешава), а надзорни одбор бира (и разрешава) чланове управног одбора. Овај систем усваја и Хрватска.[15] Наравно, и у овом систему контролну функцију поред надзорног одбора врши и спољни независни ревизор, а може и унутрашњи ревизор и понекад специјални ревизор.

Дводомни модел управе развио се у следећем окружењу: 1) доминација банака као акционара у управљању компанијама или као акционара или кроз систем пуномоћја или уговора о вршењу гласачких права, 2) спој улоге повериоца, значајног акционара и контролора преко вршења гласачких права, 3) концентрисано акционарство, 4) законско саодлучивање (кохезија рада и капитала), 5) ретко заседање надзорног одбора да би се умањила улога запослених у саодлучивању и да се не би покретала одговорност управе за штетне одлуке и тиме и одговорност самог надзорног одбора због пропуста у надзору, 6) релативно неразвијено тржиште капитала, 7) релативно неразвијено непријатељско преузимање, 8) релативно занемарљива улога малих акционара, 9) јаки синдикати, и 10) развијена социјална политика и социјална демократија.

---

[13] Немачки Aktiengesellschaft (1965…, даље: НДЗ), чл. 76-117; ФТЗ ... , 118-150.

[14] Тако: J. Hamel, G. Lagarde *et. al*., 420. Детаљније о директоријуму: P. Le Cannu, 33-122.

[15] Хрватски Закон о изменама и допунама Закона о трговачким друштвима (ХТЗ: 1993, 2003.), члан 244.

Дводомни модел управе у Немачкој развио се у условима *тзв. раднички орјентисаног модела капитализма (модел социјалне демократије).* Основне одлике овог модела су: 1) недовољно изражена одвојеност власништва од управљања у условима концентрисаног акционарства (по правилу доминирају затворена друштва), 2) управа је ослобођена од успеха на кратак рок и по правилу доминира дугорочна стратегија, 3) развијеност социјалне демократије (дистрибутивна правда) и саодлучивања врши притисак на менаџере да поред интереса акционара уважавају и друге интересе (*друштвена одговорност компанија*), 4) политичка детерминисаност модела, 5) квалитет управе не зависи толико од тржишта колико од процене успешности од стране главних акционара (по правилу банке), 6) концентрисано акционарство и слаба дисперзија слаби права акционара, али увећава сигурност радних места (социјална сигурност), 7) развијена дискрециона моћ контролног акционара, 8) слаба заштита мањинских акционара и неразвијена пракса акционарских тужби (деривативне тужбе).

Економска теорија као кључне слабости овог модела капитализма (изворно припада Немачкој, али и Јапан има у основи његове одлике, са одређеним специфичностима) наводи: 1) недовољно развијена конкуренција и тржиште (посебно тржиште капитала због ограничења у трансферу акција и тржиште рада због социјалне демократије), 2) нетранспарентно управљање и потенцијални сукоб интереса доминантног акционара и дужности његове лојалности према компанији, 3) слаба заштита интереса малих акционара (често високи капитал цензуси за коришћење права мањинских акционара), 4) потенцијални сукоб интереса акционара и управе (слабо коришћење модела учешћа управе у власништву), због дужности управе да у условима социјалне демократије и саодлучивања ради посебно и у интересу запослених, 5) хетерогеност интереса представника капитала у управи и представника запослених и потенцијална неквалитетност одлука управе, посебно са становишта конкурентности (сталне тензије између интереса капитала и интереса рада).

Предности улоге банака, са друге стране, као кључних акционара (у немачко-јапанском моделу управе) у основи су следеће: 1) цена кредита у принципу је јевтинија у односу на цену у САД, где се односи банке и компаније постављају на тржишну основу, 2) сукоб интереса кредита и капитала се лакше решава, 3) у односу на мале дисперзоване акционаре, у принципу банке или као повериоци или као акционари уживају бољу

судску заштиту. С друге стране, слабости улоге банака, као кључних акционара (у немачко-јапанском моделу) су следеће: 1) због блиских односа са компанијама (значајни акционари) банке често дају субвенције или ниже камате на кредите, уз вишу цену за банкарске услуге, 2) кад нема ограничења на пласмане у акције банке могу преинвестирати у акције уместо у кредитни капитал, 3) дугогодишње власништво у компанијама води зближавању са управом и губитку професионалног односа.

3.1.3. Јапански једнодомни модел - мешавина англосаксонског и немачког

Јапански модел управе у основи је једнодомни, али и као такав ипак има одлике америчко-британског једнодомног и немачког дводомног модела: 1) велика улога банака као контролних акционара и монитора, 2) занемарљива улога осталих малих акционара, 3) неограничено укрштено акционарство *cross-shareholding*, 4) слабо развијено непријатељско преузимање, 5) систем доживотног запослења-хумани капитализам, 6) унутрашње-затворено тржиште избора запослених и менаџера, 7) континуиране консултације запослених и менаџера, 8) развијени корпоративни синдикализам а не национални, 9) уместо надзорног одбора улога надзора једино је спољна од стране ревизора и 10) управни одбор (одбор директора), који је редовно веома бројан (по правилу без спољних – независних чланова), ради у интересу компаније и не трпи притисак акционара.

Јапански модел управе развио се у основи у истом окружењу као и немачки модел управе, са одређеним специфичностима, које се односе на смањену улогу националних синдиката (тиме и саодлучивања), али и појачану улогу традиције и културе (хумани капитализам) и државе. Отуда се јапански модел капитализма означава као *државно орјентисани модел* (једно време овај модел је покушавала да примењује и Француска).

3.1.4. Мешовити модел – слобода избора модела

Најзад, *трећи систем*, који усваја Статут Европске компаније, према ком у акционарском друштву може постојати (*систем слободе избора*) или *тзв. једностепени (једнодомни) модел* - извршни (управни) одбор директора кога бира скупштина акционара или *тзв. двостепени (дводомни) модел* - управни одбор и надзорни одбор, где надзорни од-

бор бира скупштина, а он затим бира управни одбор (остављена је ипак могућност да државе чланице предвиде да га бира такође скупштина).[16] Овај систем је у основи *мешавина првог и другог модела* и прихваћен је у Француској (алтернативно са једнодомним моделом), у варијанти избора оба органа од скупштине акционара (уз могућност да се и раздвоје функције председника управног одбора и генералног директора, када се жели раздвајање менаџмента и његова јача контрола преко управног одбора, када се говори условно о *тзв. трећем моделу управе* у Француској), Србији, Црној Гори, Македонији, Словенији.[17] За систем слободне опције акционарског друштва између тзв. једнодомног система и дводомног система организације органа управе у акционарским друштвима залаже се и *The High level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe*.[18]

3.1.5. Закон о осигурању – дводомни модел управе

Природу модела управљања акционарским друштвом не одређује постојање скупштине друштва као обавезног органа у сваком овом друштву, па и у једночланом друштву. Разлог је природан и логичан – скупштину чине акционари друштва који имају власничка права која произилазе из врсте поседованих акција. Природу модела управљања овим друштвом одређује законско одређење постојања других обавезних органа. Како српски закон који уређује осигурање одређује да, поред скупштине, обавезни органи овог друшта су надзорни одбор (кога бира скупштина) и извршни одбор (кога бира надзорни одбор), то следи недвосмислен закључак да је обавезни модел организације управљања овим друштвом дводомни модел – постоје дакле два колективна органа:

---

[16] Статут Европске компаније, *Councel regulation (EC),* No 2157/2001, чл. 38-51.

[17] ФТЗ..., чл. 90. і 120. У литератури се наводи да је, за разлику од класичног система са управним одбором, нови систем са надзорним одбором и директоријумом у Француској непопуларан јер је двадесетак година од увођења прихваћен само у око 2,61% друштава капитала - види: M. Cozian, A. Viandie*r*, 291; српски ЗОПД, члан 198 (друштво с ограниченом одговорношћу), чл. 326, 383, 417 (акционарско друштво); словеначки Закон о господарских дружбах (СТЗ: *Урадни лист РС*, 30-1298/93 і 45-2548/2001), чл. 250; македонски Законот за трговските друштва (2002. даље: МТЗ...), чл. 301.

[18] Види: Report of the High Level Group on Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brisel 2004,

надзорни одбор и извршни одбор, које закон скупно означава јединственим именом – управа друштва. Дакле, *ex lege* акционарска друштва за осигурање морају имати дводомни модел управе, без могућности избора једнодомног модела управе или могућности опције између једнодомног и дводомног модела управљања друштвом. У сваком случају, код уређења органа овог друштва за осигурање/реосигурање српски закон понавља општу норму из општег дела закона да се на ова друштва, ако нема посебних правила у овом посебном закону, примењују се правила која уређују привредна друштва (општа која важе за све форме привредних друштава и посебна која се односе на исту форму организовања друштва), што дакле важи и за органе друштва (што би иначе важило и да ова норма није поновљена код органа друштва јер је садржана у општем делу закона који уређује осигурање).[19]

Суштински, дакле, дводомни модел управе разликује се од једнодомног модела управе по постојању другог органа са надзорним функцијама у друштву (надзор над радом извршних директора и надзор над спровођењем усвојене пословне стратегије друштва) – надзорни одбор, чију функцију у једнодомном моделу управе треба да, бар делом, обављају неизвршни директори и независни директори (код јавних акционарских друштава). Једнодомни модел је модел који је карактеристичан за англосаксонске земље и земље које своју регулативу моделирају по угледу на ове земље, док је модел дводомног управљања акционарским друштвом карактеристичан за германске земље и земље које своје законодавство доносе по угледу на регулативу ових земаља.

Све реформе корпоративног управљања једнодомног модела показале су у суштини његову слабост и рањивост. Отуда, се дводомни модел показао стабилним и отпорнијим на изазове економских криза. Ово је у великој мери заслуга постојања другог колективног органа у овом моделу управљања друштвом – постојање надзорног одбора као органа друштва, уз неке остале институте реформисаног једнодомног модела управљања, јер је реч о органу који надзире рад „извршне сфере власти у друштву" и има бројна надзорна овлашћења издвојена из надлежности извршног одбора (односно одбора директора код једнодомног модела управе), те је тако у могућности да врши стварни надзор над том сфером и надзор који је виталнији, правовременији и који на време даје акционарима „сигналне лампице" за „претресање" рада извршних директо-

[19] ЗО, чл. 18. и 50.

ра и извршног одбора, што у једнодомном моделу управе ипак не могу из многих разлога да ефикасно чине неизвршни и независни директори (или делом и скупштина).

4. Органи акционарског друштва за осигурање/реосигурање[20]

4.1. Скупштина – посебна правила

Скупштина акционарског друштва за осигурање у основи је уређена на идентичан начин као и скупштина акционарског друштва које функционише применом закона који уређује привредна друштва. Отуда се и на скупштину овог друштва примењују следећа правила овог закона: састав скупштине и права акционара, сазивачи, позив за седницу (класични, електронски, интернет објава), врсте седнице (редовне, ванредне и посебне за класу акционара са преференцијалним акцијама), место одржавања скупштине, дан акционара, председник скупштине, пословник, дневни ред (право предлагања и утврђивања, право мањинских акционара на допуну, допуна по налогу суда кад се не прихвати захтев мањинских акционара за допуну), одржавање седнице по налогу суда (кад се не прихвати одржавање по захтеву мањинских акционара), начин одржавања (физичка и нефизичка седница), право постављања питања и обавеза давања одговора (давање одговора по налогу суда), гласање (директно, гласање у одсуству, учешће у раду скупштине електронским путем или преко пуномоћника – пуномоћје за гласање, ко може бити пуномоћник, пуномоћје за више акционара, посебна правила за пуномоћника које предлаже друштво, посебна правила за банке које воде збирне или кастоди рачуне, измена и опозив пуномоћја за гласање), приступање на седницу, седнице – кворум за прву и поновљену седницу са истим дневним редом, комисија за гласање, већина за одлучивање – обична, апсолутна и квалификована, резултат гласања, начин гласања – јавно или тајно, право гласа на основу заложених акција, гласање посебних класа акција, уговори о гласању, искључење права гласа и сукоб интереса, записник, изјава о примени кодекса корпоративног управљања, материјали за седницу, објава годишњих извештаја о пословању друштва, усвајање финансијских и других извештаја, ништавост и побијање одлука (право на побијање, последице тужбе за побијање, поступак по побојној тужби,

[20] Вид. Наташа Петровић Томић, 2019, 203-212.

последице одлуке суда којом се поништава одлука, посебно правило за побијање одлуке о усвајању годишњих финансијских извештаја, правило када одлука неће бити поништена).[21]

Посебна правила закона који уређује осигурање кад је реч о институту скупштине акционарског друштва за осигурање/реосигурање у основи су везана за чињеницу посебне надзорне улоге НБС у односу на осигуравајуће организације: обавеза обавештавања НБС о седници и могућност присуствовања њеног представника седници, могућност НБС да захтева да се одређена питања уврсте у дневни ред скупштине. Ван овог постоји посебно правило о праву акционара који поседује најмање 1% капитал учешћа са правом гласа да непосредно остварује рпаво гласа и искључење могућности искључења тог права статутом друштва (код друштава која су у режиму закона који уређује привредна друштва постоји аутономно право друштва да на основу закона својим статутом да такво право личног учешћа у раду скупштине акционару који поседује 0,1% „укупног броја акција одговарајуће класе“).[22] Коначно, закон који уређује осигурање регулише посебном одредбом и делокруг, мање више по истом принципу као и закон који регулише привредна друштва (уз изричиту норму забране делегирања законске надлежности на друге органе друштва), као и седнице скупштине (у контексту односа са НБС).

4.2. Надзорни одбор – посебна правила

По истом маниру по ком уређује скупштину акционарског друштва за осигурање/реосигурање (као и извршни одбор), закон који регулише осигурање уређује и надзорни одбор овог друштва. Дакле, сумарно и са само неколико одредби којима даје природу посебних и које се примењују пре општих норми које се односе на овај орган у дводомном моделу управе који је прихваћен у друштвима за осигурање/реосигурање, а које су садржане у закону који уређује привредна друштва. Најпре, закон који регулише осигурање нормира минимални број чланова овог органа (максимални утврђује статут друштва) – три члана (укључујући и председника) и, што је посебно важно, прописује да „*најмање једну трећину“ његових чланова чине независни чланови* у смислу закона који уређује привредна друштва (код друштава код којих се примењује овај

[21] ЗОПД, чл. 377-381.

[22] ЗО, члан 51. став 3; ЗОПД, члан 328. став 3.

закон иначе постоји обавеза постојања најмање једног независног члана и то само код јавних – отворених акционарских друштава), док остали чланови овог органа морају бити *неизвршни чланови* (нису запослени у том друштву чији је надзорни одбор у питању – реч је о било којој форми уговора о раду јер закон не инсистира само на уговору о раду с пуним радним временом). Затим, закон који регулише осигурање уређује посебном нормом и делокруг (надлежност) надзорног одбора, која је у основи истоветна делокругу надзорног одбора акционарских друштава са дводомним управљањем а на које се примењује закон који уређује привредна друштва, а смисао посебне норме је у специфичности неких послова из делокруга овог органа који произилазе из посебности делатности осигурања (именовање и разрешење овлашћеног актуара, успостава система интерне контроле и утврђивање стратегија за управљање ризицима, усвајање плана интерне ревизије и слично) и посебно надзорне функције НБС у односу на осигуравајућа друштва (обавештавање о утврђеним неправилностима у раду друштва, разматрање налаза НБС у поступку надзора над обављањем делатности осигурања и слично), што не постоји код друштава за које важи закон који уређује привредна друштва.[23] Најзад, као посебну норму закон који регулише осигурање садржи и питање седница надзорног одбора, посебно са становишта потребе комуникације са НБС (најмање једна седница у три месеца, обавеза обавештавања НБС о заказивању седнице ради могућег присуства њеног представника и евентуално обраћања члановима надзорног одбора, могућност захтевања од стране НБС одржавања седнице овог органа, обавезност годишњег подношења извештаја о раду надзорног одбора НБС а који укључује и број одржаних седница).

Ван питања која уређује закон који регулише осигурање у вези надзорног одбора (минимални број чланова, независни чланови, делокруг, седнице) са применом режима овог закона као посебног режима,

[23] Упор. ЗОПД, члан 441; ЗО, члан 55. Послови из надлежности надзорног одбора: 1) не могу се пренети на извршне директоре друштва (овај модел „управе" нема неизвршне директоре); 2) могу се пренети у надлежност скупштине друштва само одлуком надзорног одбора (делегација надлежности), ако статутом није другачије одређено (искљученост преноса, лимитирање питања за које је дозвољена делегација, сагласност и скупштине друштва на делегацију и слично). Управо ову делагацију надлежности закон има у виду када говори о надлежности скупштине акционарског друштва предвиђањем одлучивања о „другим питањима која су у складу с овим законом стављена на дневни ред седнице скупштине".

сва остала питања у вези овог органа детаљно се уређују законом који регулише привредна друштва. У ова питања спадају и институти које овај закон регулише јединствено и за надзорни и за извршни одбор („управа друштва“), попут: претходне сагласности НБС за обављање функције члана управе или одбијања давања те сагласности и одузимања дате сагласности, услова за обављање функција члана управе, обавештавања скупштине друштва о „приходима члана управе“, обавеза и одговорности члана управе. Питања, пак, која су у вези с овим органом а која не регулише закон који уређује осигурање нису отворена јер се на њих вољом овог закона директно „примењује“ (не сходно) закон који регулише привредна друштва.

У смислу реченог, дакле, на надзорни одбор акционарског друштва за осигурање/реосигурање се „примењују“ (директно не сходно)[24] следећи институти које уређује закон који регулише привредна друштва у вези овог органа код дводомног управљања друштвом: услови и ограничења чланства у надзорном одбору (осуђиваност за одређена кривична дела док трају правне последице осуде, изречена одређена мера безбедности док траје та мера, члан извршног одбора или надзорног одбора у више од пет друштава, лице које је запослено у том друштву – забрана не важи за лице запослено у повезаном друштву – тзв. неизвршни чланови, који морају испуњавати овај услов независности али не и друге услове који се траже за независног члана);[25] састав (не могу бити извршни директори друштва нити прокуристи - ово је последица потребе независности чланова овог органа у односу на лица чији рад надзиру, што им је једна од важних надлежности - раздвајање извршних – пословодних и заступничких функција и надзорних функција - извршни директори су и заступници друштва, а и прокуристи заступају друштво и имају у том смислу одговарајућа овлашћења, зависно од врсте прокуре, те се *надзирање извршних директора односи и на прокуристе*; могу бити *како физичка тако и правна лица* - преко заступника правног лица; чланови надзорног одбора *не могу имати заменике* - наглашено лично својство члана и индивидуализација одговорности; могу бити домаћа и страна лица; чланови одбора уписују се у регистар, обавезан је непаран број)[26], именовање (предлог кандидата – постојећи надзорни одбор, ко-

[24] ЗО, члан 50. став 2.
[25] ЗОПД, члан 432. у вези чл. 382. и 391.
[26] ЗОПД, члан 433.

мисија за именовање ако постоји, акционари који имају право предлагања дневног реда – акционари са најмање 5% акција с правом гласа)[27], мандат (претпостављени максимални четири године а статутом или одлуком скупштине може се одредити и краћи, постоји могућност реименовања без ограничења броја пута)[28], постоји могућност кооптације недостајућих чланова од стране самог одбора (највише до два члана)[29]; постојање независних чланова (најмање 1/3) уз испуњавање прописаних услова независности*:* 1) у односу на друштво у коме је члан надзорног одбора, 2) у односу на извршне директоре тог друштва и 3) у односу на повезана лица с тим друштвом и тим директорима[30] (радноправне, својинске-капиталске, имовинске, функцијске)[31]; накнада за рад чланова (начин утврђивања предлога и доношења одлука, фиксна и варијабилна – с тим да не може бити одређена као учешће у добити друштва, утврђивање политике накнада, извештај о накнадама - транспарентност, гласање о политици накнада и о извештају о накнадама)[32]; престанак мандата пре истека времена именовања и разрешење (престанак испуњавања услова, неусвајање годишњих финансијских извештаја друштва на редовној скупштини, могућност разрешења и без навођења разлога)[33]; оставка (могућност подношења осталим члановима органа у свако доба, дејство од момента подношења – осим ако је у њој означен неки каснији датум, упис у регистар);[34]обавеза извештавања скупштине (о рачуноводственој пракси и пракси финансијског извештавања, усклађености пословања са законом и другим прописима, квалификованости и независности ревизора у односу на друштво, уговорима закљученим између друштва и чланова овог органа и повезаним лицима)[35]; председник одбора (избор од стране одбора, надлежност, могућност разрешења у свако доба и без навођења разлога, у случају одсутности могућност заказивања седнице од стране било ког члана, упис у регистар)[36]; начин рада

[27] ЗОПД, члан 434. у вези члана 337.
[28] ЗОПД, члан 435. у вези члана 385.
[29] ЗОПД, члан 436. у вези члана 386.
[30] Вид. ЗОПД, чл. 391–392.
[31] ЗОПД, члан 437. у вези члана 392.
[32] ЗОПД, члан 438. у вези чл. 393. и 463а-463в; ЗО, члан 60.
[33] ЗОПД, члан 439. у вези чл. 394. и 395.
[34] ЗОПД, члан 440.
[35] ЗОПД, члан 442. у вези члана 399.
[36] ЗОПД, члан 443. у вези члана 400.

одбора (уређивање статутом и пословником о раду који доноси одбор) и седнице одбора (сазивање и рок сазивања, кворум за одржавање и начин одржавања, присуство других лица седници, одлучивање и већина за доношење одлука, могућност одлучујућег гласа председника код једнаке поделе гласова, записник седнице и достављање члановима одбора)[37]; комисије одбора - *комисије надзорног одбора у сваком случају нису органи друштва већ су радна тела* надзорног одбора која се образују се његовом одлуком и *не могу одлучивати о питањима из надлежности надзорног одбора* (обавезност комисије за ревизију и могућност комисије за именовања, комисије за накнаде и других комисија одбора – ако се ове факултативне комисије не образују њихову надлежност врши надзорни одбор, састав комисија – у комисији за ревизију обавезно један независни члан одбора и који је председник комисије и такође један овлашћени ревизор, надлежност комисија одбора, начин рада комисија и доношење одлука већином гласова уз одлучујући глас председника комисије у случају једнаке поделе гласова)[38]; одговорност чланова одбора за штету друштву за своје одлуке (одговорност чланова који су гласали за одлуку, истоветна одговорност чланова који су гласали уздржано, истоветна одговорност одсутних чланова или чланова који нису гласали за одлуку ако се у одређеном року од њеног доношења не успротиве тој одлуци, застарелост захтева друштва за накнаду штете, могућност и немогућност одрицања друштва од захтева за накнаду штете друштву)[39].

Додатно,Закон о привредним друштвима прописује *сходну примену низа института једнодомног управљања* акционарским друштвом везаних за директоре, односно одбор директора, и на надзорни одбор акционарског друштва код дводомног управљања, што по истој логици посебног закона важи и за надзорни одбор акционарског друштва за осигурање. Ово посебно чини и кад је реч о одговорности (имовинској у овом случају, а исто је то учинио и код статусне одговорности – разрешење)[40] директора једнодомног модела управљања (сходна примена на чланове надзорног одбора доводомног модела управљања акционарског друштва).

Имовинска одговорност директора акционарског друштва произилази из вршења послова из надлежности директора и одбора директо-

[37] ЗОПД, члан 445. у вези чл. 402-407.
[38] ЗОПД, чл. 408-414.
[39] ЗОПД, члан 447. у вези члана 415.
[40] Вид. ЗОПД, члан 439.

ра. Такође, и имовинска одговорност чланова надзорног одбора мора да произилази из вршења послова из надлежности овог органа, а не као последица пропуста у вршењу надлежности извршних директора и извршног одбора дводомног модела управе (чија је одговорност такође уређена сходно одговорности директора и чланова одбора директора једнодомног модела управљања).[41]

Чланови надзорног одбора су, као и директори (заступници и прокуристи и специфично за потребе ликвидације друштва ликвидациони управник), такође *лица са законом прописаним дужностима према друштву*, па и посебне дужности пажње (пажње доброг привредника и/или према околностима случаја и пажње доброг стручњака), чијом повредом, у складу са законом, могу одговарати за штету друштву по основу тужбе друштва или акционара са прописаним капитал цензусом за деривативну тужбу за друштво (и/или акционарима друштва – индивидуална или колективна тужба). Одговорност чланова надзорног одбора и у смислу сходне примене правила о одговорности директора (једнодомног или дводомног модела управљања) на одговорност чланова надзорног одбора може се заснивати само на повреди прописане дужности пажње и с тим у вези непоступања „у најбољем интересу друштва" при извршавању послова из своје надлежности, а који обухватају и „надзор над радом извршних директора," као и бројне друге дужности из сфере надлежности овог органа утврђене законом, статутом и одлукама скупштине друштва. Увек је реч дакле о одговорности за проузроковану штету друштву (и/или акционарима друштва) *својим радњама или нерадњама*, што укључује и повреду дужне пажње *у вршењу и овог надзора – одговорност за своју „кривицу"* (а не за саме незаконите и/или штетне одлуке других органа друштва). Управо због природе своје функције и својих надлежности чланови надзорног одбора често су у позицији да могу скупштини друштва скренути пажњу на неку одлуку извршних директора или извршног одбора (кога чине извршни директори) којом се може проузроковати штета привредном друштву (и/или акционарима), те у случају када то не учине и када постоји повреда прописане дужности пажње, они такође одговарају за штету насталу из извршења такве одлуке (*делимична одговорност за „туђу кривицу"*). При том, потребно је одредити колики је део штете у узрочној вези са кривицом другог органа, а колики део у узрочној вези са повредом дужне пажње чланова надзорног одбора.

[41] Вид. ЗОПД, члан 427. и члан 430, у вези члана 415.

Сходна примена правила имовинске одговорности директора и чланова одбора директора једнодомног модела управљања и на имовинску одговорност чланова надзорног одбора и извршне директоре (појединачно или као чланове извршног одбора и одлуке извршног одбора) дводомног модела управљања акционарског друштва, јавног или нејавног, обухвата исти принцип одговорности, постојање истих претпоставки, активно легитимисана лица за покретање поступка и подношење тужбе, пасивно легитимисана лица, одговорност чланова који су гласали за одлуку и чланова који нису били присутни седници али се у законом прописаном року нису успротивили писаним путем одлуци, одговорност чланова који су гласали уздржано, застарелост, могућност ослобођења од одговорности одговарајућом одлуком скупштине друштва, солидарну одговорност према друшту и/или акционарима уз могућност регреса – специфичност у погледу круга субјеката солидарне одговорности у односу на одговорност директора једнодомног модела управљања због постојања управо надзорног одбора код дводомног модела управљања). Исто важи и за одговорност према трећим лицима, поред одговорности друштва као правног лица, по основу прихватања у компанијском праву и директне одговорности чланова органа друштва (специфичан „пробој правне личности”).[42]

4.3. Извршни одбор – посебна правила

Закон о осигурању регулише само минимум статусних питања везаних за извршни одбор акционарског друштва за осигурање/реосигурање, код питања која сматра да треба да одступају као посебна правила од примене и на овај орган у осталом делу закона који уређује привредна друштва. Прво, састав: састоји се од најмање два члана а максимални број утврђује се статутом друштва (укључујући и председника извршног одбора који по самом закону представља и заступа друштво, који је у сваком случају дужан да при заступању обезбеди супотпис још једног члана овог органа). Акционарска друштва на које се примењује закон који уређује привредна друштва имају обавезни извршни одбор од најмање три члана (максимални број утврђују статутом) ако су јавна (отворена) друштва и ако имају три или више извршних директора

[42] Вид. ШЗО, art.754–761; вид. и: G. Viney, *La responsabilité civile*, Paris 1982, 555; Ph. Merle, A. Fauchon, 494–495; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 286.

код дводомног управљања друштвом, а ако има једног или два извршна директора нема извршни одбор. *Супотпис (заједничко заступање)* код ових друштава није обавезан а може се утврдити статутом, када се уписује у регистар и има дејство према трећим лицима (овакво дејство важи и за акционарско друштво за осигурање јер нема посебне норме у закону који регулише осигурање).[43] Заједничко је законско решење и за ово друштво кад се примењује закон који уређује привредна друштва или закон који уређује осигурање да члан извршног одбора (или извршни директори) не може имати заменика *(природа личног карактера статуса)*, као и решење да надзорни одбор именује извршни одбор друштва (или извршне директоре - *дводомни модел нема неизвршне директоре и нема независног директора у извршном одбору*) и обавеза уписа чланова овог одбора у регистар (као и престанка мандата и оставке). Такође, и делокруг (надлежност), са логичним специфичностима које произилазе из посебности делатности осигурања, извршног одбора (укључујући и делокруг извршних директора) у оба закона регулисана је у основи на истоветан начин.[44]

Опште норме закона који уређује привредна друштва које се односе на извршне директоре, односно извршни одбор, кад не постоји посебно правило које поставља закон који уређује осигурање примењују се и на извршни одбор акционарског друштва за осигурање/реосигурање. Ово важи за следеће институте закона који уређује привредна друштва: сметње (забране) за именовање чланова извршног одбора које нису покривене сметњама које прописује закон који уређује осигурање (осуђиваност за прописана кривична дела док трају правне последице осуде, изречена мера безбедности забране обављања делатности док траје та мера, вишеструко чланство у надзорном или извршном одбору других друштава – преко пет)[45]; предлог за именовање (комисија надзорног одбора за именовање ако постоји а ако не постоји сваки члан надзорног одбора)[46] - а по нашем мишљењу то би могло и друго лице утврђено статутом друштва (нпр. сваки акционар или акционар с одређеним процентном капитал учешћа); мандат директора (аналогно мандату члана надзорног одбора – претпостављени најдужи законски или краћи ста-

[43] ЗОПД, чл. 419-420 и 33; ЗО, члан 57.
[44] ЗОПД, чл. 422 и 427; ЗО, члан 58.
[45] ЗОПД, члан 418. у вези члана 382.
[46] ЗОПД, члан 420.

тутарни, могућност реименовања)[47]; надлежност извршног одбора и надлежност извршних директора као чланова одбора (уколико евентуално постоји неко питање које није уређено у закону који регулише осигурање као надлежност извршног одбора а уређено је законом који регулише привредна друштва - нпр. неке надлежности извршног одбора за послове за које је потребна сагласност надзорног одбора)[48]- закон који уређује осигурање, пак, уводи *претпоставку надлежности извршног одбора* (одлучује о свим питањима о којима не одлучује по закону и евентуално статуту друштва скупштина и надзорни одбор), а с друге стране закон који уређује привредна друштва цементира правило које важи и за осигуравајућа акционарска друштва да се „питања из надлежности извршног одбора не могу пренети на надзорни одбор“[49]: начин рада извршног одбора (у вођењу послова друштва извршни одбор поступа самостално и по правилу одлучује и поступа ван седница а ако не постоји сагласност извршних директора као чланова председник извршног одбора „може сазвати седницу“ ради доношења одлуке већином гласова а у случају једнаке поделе гласова глас председника одбора је одлучујући – то је и разлог зашто закон који уређује осигурање не регулише посебном нормом седнице овог органа друштва а с друге стране регулише институт седница надзорног одбора)[50]; овлашћења председника извршног одбора кога именује надзорни одбор (примена правила које садржи закон који уређује привредна друштва у вези института генералног директора друштва као првог извршног директора, уз искључење индивидуалног заступања због обавезе супотписа једног члана извршног одбора)[51]; накнаде за рад чланова извршног одбора – извршних директора (фиксна и варијабилне накнаде али без могућности одређења у форми учешћа у добити друштва али може зависити од пословних резултата друштва; политика накнада, извештај о накнадама – транспарентност накнада, гласање у скупштини друштва о политици накнада и о извештају о накнадама)[52]; престанак мандата и разрешење (аналогно правилима која важе за чланове надзорног одбора, али уз искљученост могућности кооптације

[47] ЗОПД, члан 421. у вези члана 385.
[48] ЗО, члан 58. и ЗОПД, члан 422.
[49] ЗО, члан 58. став 2. тачка 13; ЗОПД, члан 427. став 2.
[50] ЗО, члан 56; ЗОПД, члан 429.
[51] ЗОПД, члан 423.
[52] ЗОПД, чл. 424, 393, 463а-в.

од стране самог извршног одбора)[53]; оставка (аналогно правилима која важе за оставку чланова надзорног одбора али без могућности кооптације и у том случају)[54]; могућност постављања привременог заступника од стране суда ако друштво нема ни једног извршног директора уписаног у регистар у прописаном року (због обавезе супотписа из закона који регулише осигурање мислимо да би се морала именовати два привремена заступника)[55]; друштво са два извршна директора (укључујући и председника – примена одредама о извршном одбору, осим одредаба о седницама одбора)[56]; извештаји извршних директора као опште правило закона који уређује привредна друштва уз примену и посебног правила закона који уређује осигурање о извештавању скупштине друштва од стране извршног одбора[57]; одговорност (имовинска према друштву или према акционарима) извршних директора као чланова извршног одбора (аналогно правилима која важе за такву одговорност чланова надзорног одбора имајући у виду надлежност једног и другог органа друштва).[58]

Имовинска одговорност извршних директора (односно извршног одбора), код дводомног управљања друштвом, *за штету* из својих пословних одлука проузроковане *друштву, као и акционарима друштва* (индивидуална тужба, колективна тужба), *изузетно трећим лицима*, уређује се сходном применом правила која важе за директоре, односно одбор директора једнодомног управљања друштвом.[59] Тако остаје да се и на одговорност извршног одбора за колективно донете одлуке (гласање против одлуке, уздржано гласање, одговорност члана који није присуствовао седници на којој је одређена одлука донета, солидарна одговорност, активно и пасивно легитимисана лица, застарелост, могућност ослобођења од одговорности одлуком скупштине и слично) сходно примењују одредбе о одговорности чланова одбора директора једнодомног модела управе.[60]

[53] ЗОПД, члан 425.
[54] ЗОПД, члан 426. ст. 1-3.
[55] ЗОПД, члан 426. ст. 3-6.
[56] ЗОПД, члан 428.
[57] ЗОПД, члан 431.у вези члана 416; ЗО, члан 60.
[58] ЗОПД, члан 430. у вези члана 415.
[59] Вид. ЗОПД, чл. 63–64. и 415.
[60] Више: Наташа Петровић Томић, 2019, 209-212.

4.4. Управа акционарског друштва за осигурање

За разлику од закона који уређује друштва који не познаје појам „управе друштва“, закон који уређује осигурање утврђује овај појам и изричито одређује да се под „управом акционарског друштва за осигурање/реосигурање подразумева надзорни и извршни одбор“. Установљење овог појма омогућило је законодавцу из области осигурања да установи неке заједничке институте који се примењују на чланове и једног и другог органа (надзорни и извршни одбор).

Прво, регулисање позитивних услова за именовање за члана ових органа (добра пословна репутација, одговарајућа стручна квалификација, потребно знање и искуство утврђено статутом друштва), као и регулисање негативних услова (забране, сметње) који дисквалификују неко лице да може бити члан управе овог друштва (осуђиваност за именована овим законом кривична дела и то на широј основи него што то чини закон који уређује привредна друштва, изречена одређена заштитна мера, одузимање дозволе за рад друштву у коме је то лице у том моменту или одређено време пре тога било члан управе, отварање стечаја или принудне ликвидације над друштвом у коме је неко лице у том моменту или одређено време пре тога било члан управе, лице коме је у последње три године изречена мера одузимања сагласности да буде члан управе, лице које је разрешено дужности члана управе по налогу НБС у складу са законом; лице које по закону који регулише привредна друштва има забране именовања за члана ових органа, лице које је повезано с правним лицем у коме акционарско друштво за осигурање има одређени проценат капитал учешћа или права гласа, лице које је члан управе или прокуриста у неком другом акционарском друштву за осигурање/реосигурање) и, најзад, регулисање и додатних услова за именовање законом (активно знање српског језика, пребивалиште или боравиште у Србији, закључење уговора о раду с пуним радним временом у друштву – извршни директори - *дводомни модел нема неизвршне директоре и нема независног директора у извршном одбору*) и посебним прописом НБС.

Друго, систем претходне сагласности НБС за именовање за члана управе акционарског друштва за осигурање/реосигурање (са прописивањем основа ускраћивања такве сагласности и немогућности подношења новог захтева у таквом случају годину дана од дана таквог ускраћивања). За разлику од овог, постоји и могућност одузимања већ дате сагласности за именовање за члана управе ових друштава у случају ут-

врђења постојања таквих основа прописаних законом (уз немогућност давања нове сагласности за такво именовање три године од доношења решења НБС о одузимању такве сагласности).

Треће, прописивање законом који регулише осигурање посебних правила за обавезе и одговорности члана управе у односу на таква правила за чланове органа акционарских друштава на које се примењује закон који уређује привредна друштва. Ова правила по својој природи су двојака: најпре, установљење једног општег правила – чланови управе акционарских друштава за осигурање/реосигурање су дужни да „предузимају мере ради спречавања незаконитих или непримерених радњи и утицаја који су штетни или нису у најбољем интересу акционарског друштва за осигурање и његових акционара а које врше лица која су блиско повезана с тим друштвом – ради заштите корисника услуга осигурања“[61] и то у складу са „прописима, правилима струке и добрим пословним обичајима“.[62] Ово правило нешто модификује правило одговорности чланова органа акционарског друштва на које се примењује закон који уређује привредна друштва а које је познато под именом „правило пословне процене“ (Business Judgment Rule).[63] Ово опште правило одговорности чланова управе акционарског друштва за осигурање/реосигурање праћено је и са неколико посебних правила која конкретизују основе ове одговорности, а који се своде на обавезу информисања по линији извршни одбор – надзорни одбор и надзорни одбор – НБС. Наиме, у првом случају, извршни одбор је дужан да одмах обавести надзорни одбор у три случаја: угроженост ликвидности, односно солвентности друштва, наступање разлога престанка важења дозволе за рад друштва или наступање разлога за одузимање такве дозволе или разлога за престанак обављања појединих врста осигурања, наступање неадекватности основног капитала друштва. У другом случају, надзорни одбор по пријему ових информација од извршног одбора дужан је такође да одмах о томе обавести НБС. По свим овим основима повреде закона, општим и посебним, може настати штета акционарском друштву за осигурање/реосигурање за које одговара члан управе применом закона који уређује

[61] ЗО, члан 59. став 2 .

[62] Под појмом „корисник осигурања“ подразумева се „осигураник, уговарач осигурања, корисник осигурања и трећа оштећена лица“: ЗО, члан 15.став 1. Вид. Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања,* Београд 2015, 47-137.

[63] Вид. M. Vasiljević, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, 3/2012, 7-38.

привредна друштва, с обзиром на то да нема даљих посебних решења у закону који регулише осигурање.[64]

Најзад, четврто, закон који уређује осигурање садржи и посебно заједничко правило за информисање скупштине друштва о приходима чланова управе (извршног и надзорног одбора)[65]. Наиме, скупштина акционарског друштва за осигурање/реосигурање најмање једном годишње разматра писмени извештај управе друштва о свим детаљима зарада, накнада и других примања чланова, као и о свим уговорима закљученим између друштва и тих лица и лица повезаних са тим лицима[66], а чија је последица имовинска корист за ова лица, као и предлог надзорног одбора о зарадама, накнадама и другој имовинској користи тих лица за наредну годину.[67]

5. Систем управљања пословањем у акционарском друштву за осигурање

За разлику од привредних друштава на које се примењују закон који уређује ова друштва као комерцијална (профитна) друштва, код којих је са становишта дужности и одговорности (имовинске по основу донетих пословних одлука) управе друштва према друштву заштитни субјект само друштво (евентуално и други носиоци ризика пословања друштва, посебно акционари и чланови друштва), акционарска друштва за осигурање/реосигурање (као и друга осигуравајућа друштва) обављају специфичну привредну делатност за чије успешно обављање имају посебну дужност и имовинску одговорност чланови управе друштва (надзорни и извршни одбор), али не само према друштву и члановима друштва (у смислу закона који уређује привредна друштва), већ и према другим заштитним субјектима – осигураницима, уговарачима осигурања, трећим оштећеним лицима и корисницима осигурања (уопште). Ова чињеница захтевала је од законодавца осигурања да конституише посебан институт у осигурању – систем управљања друштвом. Овај систем обухвата: 1) управљање ризиком, 2) систем интерних контрола, 3) интерну ревизију и 4) актуарство.

[64] ЗОПД, чл. 415. и 447.
[65] ЗО, члан 60.
[66] Појам повезаног лица у смислу закона који регулише осигурање: ЗО, члан 30.
[67] ЗО, члан 60.

Систем управљања ризиком, као сегмент управљања акционарским друштвом за осигурање/реосигурање обухвата: преузимање ризика у осигурању и резервисање, управљање имовином и обавезама, инвестиције, ликвидност и управљање концентрацијом ризика, управљање оперативним ризиком, реосигурање и друге начине умањења ризика. Ради обезбеђења ефикасног система управљања ризиком закон који уређује осигурање регулише правила о управљању ризиком и начин управљања ризиком.[68] Закон о осигурању детаљно уређује и друге сегменте целовитог система управљања друштвом: *систем интерне контроле, систем интерне ревизије и актуарство*.[69] Ближа правила о свим овим системима доноси НБС.

6. Група друштава и група друштава за осигурање – посебна правила

Закон који регулише осигурање за статусно поимање осигуравајућих друштава садржи и одређење општег појма „група друштава", као и посебног појма „група друштава за осигурање". У смислу овог закона група друштава је група коју чине матично друштво, његова зависна друштва и правна лица у коме то матично друштво, односно његова зависна друштва имају удео у капиталу (капитал учешће), као и друштва која су међусобно повезана заједничким управљањем. *Матично друштво* правног лица је друштво које има контролно учешће у том правном лицу. *Зависно друштво* правног лица је друштво у коме то правно лице има контролно учешће. *Друштва повезана заједничким управљањем* јесу друштва која нису повезана односом матичног и зависног друштва ни уделом у капиталу а која обухватају: 1) друштва у којима се управља на јединствен начин у складу са уговором закљученим између тих друштава или одредбама оснивачких акта или статута тих друштава (*уговор о управљању*) или 2) друштва код којих иста лица чине већину чланова органа управљања или надзора (*персонална унија*). Реч је о појмовном одређењу које у садржинском смислу одговара одређењу групе друштава, холдинга, друштава са узајманим учешћем у капиталу и уговора о контроли и управљању у закону који уређује привредна друштва.[70]

[68] ЗО, чл. 149. и 150.
[69] ЗО, чл. 151-174.
[70] Упор. ЗО, члан 218. став 1-4. и ЗОПД, члан 551- 554.

Група друштава за осигурање је група друштава из појмовног одређења такве групе у закону који уређује осигурање у којој је *друштво за осигурање*, односно друштво за реосигурање *најзначајније друштво у тој групи*. Најзначајнијим друштвом у гупи друштава у смислу овог закона сматра се *крајње матично друштво* у групи или друштво које има значајно или контролно учешће у другом лицу или ефективно врши утицај на управљање тим лицем (значајни ималац) или друштво са већом билансном сумом ако два или више друштава у групи испуњавају критеријуме значајног имаоца.[71]

7. Уместо закључка

Анализа природе односа закона који уређује привредна друштва уопште (генерални закон) и закона који уређује осигурање (посебан закон), иако је реч о односу посебног и општег, када посебно има предност над општим, и поред чињенице да се овај посебни закон опредељује, за случај кад није искористио могућност да конституише посебну норму, за директну (непосредну) примену овог генералног закона исказом „*примењује се*“ и то на два места (код форми посебних друштава и заједничких института друштава и код органа друштава), искључујући тиме другу могућу опцију – „*сходну примену*“, показује да у низу нерегулисаних питања посебном нормом није могућа таква примена и да се мора посегнути за „сходном применом“. У противном дошло би се у ситуацију да се обесмишљавају и неке иначе постојеће норме посебног закона, чија посебност има свој *ratio.*

ЛИТЕРАТУРА

– Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд 2023,
– Мирко Васиљевић, Татјана Јевремовић Петровић, Јелена Лепетић, *Компанијско право – право привредних друштава,* Београд 2023,
– Mirko Vasiljević, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Anali Pravnog*

71 ЗО, члан 218. ст. 5-6.

fakulteta Univerziteta u Beogradu, 3/2012,
- Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања,* Београд 2015,
- Наташа Петровић Томић, *Право осигурања – Систем,* Београд 2019,
- Pierre Gilles Gourlay, *Le conseil d' administration de la sociétés anonymes,* thèse, Париз 1971,
- John Charlesworth (ed. Geoffrey Morse), *Company Law,* London 1995,
- Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial,* Pariz 1980,
- René Rodière, *Droit commercial*, Париз 1980,
- Maurice Cozian, Alain Viandier, *Droit des sociétés,* Pariz 1998,
- Robert Pennington, *Company Law*, London 1995,
- John Birds *et al.*, *Company Law,* London 1995,
- Paul L. Cannu, *La société anonyme à directoire*, Paris 1979,
- Robert Hamilton, *The Law of Corporations,* Minnesota 1991,
- G. Viney, *La responsabilité civile*, Paris 1982,
- ИЗВОРИ
- Закон о осигурању (ЗО), *Службени гласник РС*, бр. 139/14 и 44/21,
- Закон о привредним друштвима (ЗОПД), *Службени гласник РС,* бр. 36/2011-3, 99/11-14, 83/14-15 – др. закон, 5/15-3, 44/18-27, 95/18-335, 91/19-61, 109/21-15,
- Француски La loi sur les sociétés commerciales (br. 66-537),
- Швајцарски Законик о облигцијама, 1911, 1936, 1984,
- Немачки Aktiengesellschaft (1965…),
- Хрватски Закон о трговачким друштвима (1993, 2003.),
- Словеначки Закон о господарских дружбах (СТЗ: *Урадни лист РС*, 30-1298/93 i 45-2548/2001),
- Македонски Законот за трговските друштва (2002.),
- Report of the High Level Group on Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brisel 2004,
- Статут Европске компаније, Councel regulation (EC), No 2157/2001.

Academician prof. Mirko Vasiljević, Ph.D.[72]

LAW ON COMPANIES AND JOINT STOCK COMPANIES FOR INSURANCE/REINSURANCE

Summary: *Specialized companies which do business that falls, as a rule, within the regime of establishment permits and permits to perform business operations of competent bodies are, as a rule, regulated by special laws. This applies to insurance companies in general and joint stock insurance companies in particular. This technique of regulation is applied in particular because in all countries, as in Serbia, there is a general law regulating all companies, which is applied either "accordingly" or directly to specialized companies, including insurance companies, and thus joint stock insurance companies, in the matters for which there are no special norms in a specialized law, i.e the law which regulates insurance.*

This paper discusses the issues of the relationship between the law governing companies and the law governing insurance with special emphasis on joint stock companies for insurance. It is about the relationship between the general law (Law on Companies) and special law (Insurance Law), which is regulated by the maxim lex specialis derogat lege generali (a special law repeals the general law). It is interesting to note that the Insurance Law, having two options of: "according" and direct application, opted for direct application of the Law on Companies when it does not contain a special norm having a basis in the specificity of the insurance activity as compared to other activities "covered" in terms of regulations by the Law on Companies. The paper specifically analyzes issues related to the status of a joint stock company and its bodies (corporate governance), for which there are no special norms contained in the law regulating insurance, and to which, however, the law regulating companies cannot be directly applied, thus a rule which is closer to the nature of "according application" should be applied.

Key words: *Insurance companies.- Joint stock insurance company.- Corporate Governance Models.- Capital adequacy.- Groups of insurance companies.*

[72] PhD, Professor Emeritus

УДК 342.22:342.721
doi 10.7251/PR6924483R
Оригинални научни чланак

ОГРАНИЧЕНА ОДГОВОРНОСТ И ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ[1*]

др Вук Радовић, LL.M.[2]

Резиме: *Ограничена одговорност чланова привредног друштва је фундаментална карактеристика друштава капитала. У раду је указано на најзначајније разлоге који оправдавају увођење, тј. задржавање принципа ограничене одговорности. Међу њима се посебно истичу могућност прикупљање значајног капитала од великог броја малих инвеститора, омогућавање примене стратегије диверзификованог улагања, подстицање чланова управе да доносе оптималне инвестиционе одлуке, а све то утиче на лаку преносивост акција. Ограничена одговорност је скопчана и са бројним критикама, које се најчешће фокусирају на последице њене примене (преношење ризика на повериоце), као и неадекватност оваквог правила за нејавна друштва и групе привредних друштава.*

Пробијање правне личности је један од најконтроверзнијих и најспорнијих института компанијског права. Он представља најзначајније одступање од принципа ограничене одговорности чланова за обавезе привредног друштва. И поред мноштва написаних радова и донетих судских одлука, у овој правној области влада велика правна неизвесност. Овај рад је покушај аутора да правничкој јавности расветли

---

[1] Овај рад је настао прилагођавањем рада, који је исти аутор објавио у стручном часопису *Билтен судске праксе привредних судова* (бр. 3/2023, 249-280) под називом „Примена института пробијања правне личности у пракси“, праву Републике Српске.

[2] (University of Pittsburgh) редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

неке аспекте овог института. Акценат је посебно стављен на услове који треба да буду испуњени да би судија пробио правну личност привредног друштва и учинио чланове лично одговорним за обавезу друштва. Детаљно су анализирана три фактора за пробијање који су се посебно издвојили у упоредној и домаћој пракси: мешање имовине, подкапитализација и формални корпоративни недостаци.

У праву Републике Српске пробијање правне личности је присутно више деценија, али се веома ретко користи. Разлоге треба тражити у недовољном познавању ове материје, али и непрецизној законској регулативи, која онемогућава практичаре да схвате суштину овог института. Циљ овог рада је да се подробније схвате услови за пробијање правне личности, а тиме и домен његове примене.

Кључне речи: *акционар, акционарско друштво, ограничена одговорност, пробијање правне личности, подкапитализација, група привредних друштава, контролни акционар.*

1. ОГРАНИЧЕНА ОДГОВОРНОСТ ЧЛАНОВА ЗА ОБАВЕЗЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

1.1. Појам и значај

Ограничена одговорност чланова привредног друштва је фундаментална и неприкосновена карактеристика друштава капитала.[3] Данас се привредно пословање једне економски иоле развијене државе не би могло ни замислити без примене овог принципа. Шта се заправо подразумева под појмом „ограничене одговорности“ (енгл. *limited liability*)?

[3] „Мерим своје речи када кажем да је по мом суду ограничена одговорност акционарских друштава највеће откриће модерног доба.“ Нав. према: William P. Hackney, Tracey G. Benson, „Shareholder Liability for Inadequate Capital“, *University of Pittsburgh Law Review* 43/1982, 841.

Ограничена одговорност је „најдрагоценија карактеристика акционарских друштава“ и „далеко најефикасније правно откриће XIX века“. Нав. према: Bernard F. Cataldo, „Limited Liability With One-man Companies and Subsidiary Corporations“, *Law and Contemporary Problems* 18/1953, 473.

„Ограничена одговорност је заштитни знак акционарских друштава. Она је уобичајено основни разлог за оснивање...“ Нав. према: Roger E. Meiners, James S. Mofsky, Robert D. Tollison, „Piercing the Veil of Limited Liability“, *Delaware Journal of Corporate Law* 4/1979, 352.

Оснивањем привредног друштва или повећањем његовог основног капитала чланови који су уписали акције, односно уделе друштва капитала обавезују се да у друштво унесу уговорене улоге. Уплата, односно уношење улога је основна имовинска обавеза коју чланови преузимају према привредном друштву. Извршавањем ове обавезе чланови учествују у стварању имовине привредног друштва, из које друштво намирује своје повериоце. Основно питање које се поставља је следеће: могу ли повериоци привредног друштва, поред друштва као њиховог непосредног дужника, да траже намирење свог потраживања и од једног, неколицине или свих чланова привредног друштва? Другим речима, да ли чланови привредног друштва одговарају за обавезе привредног друштва?

Правило органичене одговорности значи да чланови привредног друштва (инвеститори) не одговарају за обавезе привредног друштва. Њихова одговорност је лимитирана на износ улога који су се обавезали да унесу у друштву. Према томе, ако се лице А обавезало да унесе 50.000 динара на име новчаног улога у акционарско друштво и ту своју обавезу је извршило, одговорност тог лица за обавезе друштва више не постоји. Поједностављено речено, лице које унесе 50.000 динара у друштво ризикује да изгуби тих 50.000 динара и ништа више од тога. Члан не ризикује да изгуби више од онога што унесе у друштво на име улога, што значи да ризик одговара вредности инвестиције.[4] На овај начин је члан ризику изложио само један део своје имовине (онај који је унео у друштво), док је преостала његова имовина (она коју није унео у друштво) заштићена, те њоме неће одговарати у случају краха привредног друштва.[5]

Из угла поверилаца привредног друштва, ограничена одговорност чланова означава следеће: поверилац може своје потраживање да намирује само из имовине привредног друштва, а не и из имовине чланова тог друштва. У теорији се ово објашњава тзв. принципом раздвојености (енгл. *principle of separation*), према коме су имовина привредног друштва и имовина његових чланова потпуно одвојене.[6] Велики број држава, попут САД и Немачке, стриктно примењују принцип раздвојености.[7] У

[4] Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, „Limited Liability and the Corporation“, *The University of Chicago Review* 51/1985, 90.

[5] Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, London 2008, 193.

[6] Carsten Gerner-Beuerle, Michael Schillig, *Comparative Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2019, 40.

[7] Model Business Corporation Act – MBCA, § 6.22(2): „Осим ако је другачије предвиђено

ову групу спада и Србија, јер закон изричито наводи да чланови друштва са ограниченом одговорношћу и акционари акционарског друштва не одговарају за обавезе друштва.[8]

Ако друштво нема имовине или је она недовољна за намирење поверилаца, поверилац који се није заштитио на неки други начин (на пример, неким стварноправним или личним средством обезбеђења) сноси ризик инсолвентности дужника. У случају да друштво добро послује, поверилац ће намирити своје потраживање, а чланови друштва ће имати право на све користи које су последице доброг пословања – право на расподелу добити друштва и право на продају акција, односно удела по вишој тржишној цени. На овај начин се јасно уочава да ограничена одговорност двоструко користи акционарима: штити их од ризика лошег пословања, омогућавајући им у исто време да неограничено учествују у расподели створеног богатства.[9] Према томе, чланови ограничено одговарају у случају пропасти друштва, а неограничено уживају у свим користима успешног пословања.[10] Једноставније речено: неограничено може да се заради, а само уложено може да се изгуби.

Данас су ретке државе које установљавају директну одговорност чланова за обавезе друштва капитала. Изузетак у том погледу представља регулатива америчке државе Њујорк, према којој 10 највећих акционара нејавног акционарског друштва солидарно одговарају за неке обавезе акционарског друштва према његовим запосленима (на пример, обавеза исплате зараде запосленима).[11] Такође, и у француском праву је уведено правило да акционари солидарно одговарају наредних пет година до висине вредности неновчаног улога означеног у оснивачком акту, ако неновчани улог није био процењен од стране независног ревизора или ако је вредност наведена у оснивачком акту

оснивачким актом, акционари акционарског друштва нису лично одговорни за радње или дугове акционарског друштва...“; GmbHG, § 13(2): „За обавезе друштва повериоцима одговара само имовина друштва“; AktG, § 1(1): „За обавезе друштва повериоцима одговара само имовина друштва“.

[8] Закон о привредним друштвима – ЗОПД 2011, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 139 и 245(1).

[9] P. L. Davies, 194; C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 43.

[10] Ако пословање пропадне, „неко други ће платити рачун, а у крајњој линији порески обвезник“. C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 46. Упор. Jakša Barbić, *Pravo društava – Knjiga prva – Opći dio*, 3. izdanje, Organizator, Zagreb 2008, 297.

[11] New York Business Corporation Law – NY BCL, § 630.

виша од вредности коју је проценио ревизор.[12] У српском праву се донекле сличан ефекат добија као резултат побијања споразумно утврђене вредности неновчаног улога.[13]

Поред директне одговорности према повериоцима, у компанијском праву се може говорити и о тзв. индиректној одговорности чланова за обавезе привредног друштва. Већина законодавстава познаје правило према коме сваки члан одговара друштву до висине неуплаћеног, односно неунетог улога у друштво. Ова одговорност постоји према друштву, а у извесном смислу се може посматрати као аспект посредне одговорности чланова. Класичан пример индиректне одговорности представљају енглеска друштва ограничена гаранцијама (енгл. *company limited by guarantee*),[14] која полако ишчезавају са корпоративне сцене. Код ових друштава, акционари преузимају обавезу да у случају престанка друштва у имовину друштва унесу одређени износ новца, а њихова одговорност је ограничена до тог унапред договореног износа. Износ који уносе акционари се уобичајено користи за исплату поверилаца друштва.[15]

Изворно је принцип ограничене одговорности настао у Француској 1807. године, усвајањем Трговачког законика, одакле се брзо проширио и на друге државе континенталне Европе.[16] У право САД овај принцип је уведен 30-их година XIX века (прво га је увела држава Масачусетс 1830. године), у Канаду 1850. године, а у Енглеску 1855. године.[17]

1.2. Рацио ограничене одговорности

Теорија је дала велики број аргумената у прилог принципа ограничене одговорности. Највећим делом они су засновани на економским разлозима ефикасности, а ређе на правничкој аргументацији.

[12] Code de commerce, L223-9(4).
[13] ЗОПД 2011, чл. 59.
[14] Companies Act – CA 2006, Sec. 3(3).
[15] C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 41.
[16] Phillip Blumberg, „Limited Liability and Corporate Groups“, *Journal of Corporation Law* 1986, 595-596.
[17] Више вид. P. Blumberg, 578-595.

1.2.1. Одвојени правни субјективитети (правничка аргументација)

Правно оправдање неодговорности чланова за обавезе друштва капитала своди се на истицање раздвојености правних субјективитета привредног друштва и његових чланова.[18] Тај тзв. „ентитетски“ или „персонални“ приступ (енгл. „*entity*“ *approach*, „*personal*“ *approach*)[19] једноставном правничком логиком долази до следећег закључка: привредно друштво и његови чланови су одвојени субјекти у праву, што значи да свако одговара за своје обавезе. Као што друштво не одговара за обавезе својих чланова, тако ни чланови не одговарају за обавезе друштва. Према томе, свако за своје обавезе одговара целокупном својом имовином, при чему нема узајамне одговорности, осим уколико она није преузета на индивидуалној основи.[20]

Аргумент одвојених правних субјективитета је неспорно тачан, али има два инхерентна недостатка. Прво, српско право познаје и привредна друштва која имају правни субјективитет, али код којих чланови одговарају за обавезе друштва. Имајући у виду правни положај ортака ортачког друштва и комплементара командитног друштва, тешко је инсистирати на аргументацији да одвојени субјективитети сами по себи оправдавају постојање принципа ограничене одговорности. Друго, правни резон ни на који начин не одговара на питање због чега је суштински значајан концепт ограничене одговорности и које су користи од његове примене.

1.2.2. Прикупљање капитала, диверзификација и развој тржишта капитала (економска аргументација)

Као што је већ речено, ограничена одговорност је у право САД и Енглеске уведено средином XIX века.[21] Тада је изградња железнич-

[18] Више вид. Марко Љ. Радовић, *Пробијање правне личности у стечајном поступку*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2018, 21-25.

[19] Robert W. Hamilton, „The Corporate Entity“, *Texas Law Review* 49/1971, 982.

[20] „...чланови нису одговорни због једноставног, али одлучујућег разлога, да облигација није преузета од стране њих, већ правног лица различитог од њих. Акционарско друштво је одговорно, и то је једини правни субјект који је одговоран.“ Edward H. Warren, „Safeguarding the Creditors of Corporations“, *Harvard Law Review* 36/1923, 519.

[21] Више вид. Henry G. Manne, „Our Two Corporation Systems: Law and Economics“, *Virginia Law Review* 53/1967, 259-260; P. Blumberg, 578-595; P. L. Davies, 194.

ке инфраструктуре била национални приоритет, а изискивала је велике трошкове. Због тога је било потребно пронаћи механизам финансирања који ће омогућити прикупљање великог капитала од бројних инвеститора. То је било реално очекивати само ако се уведе принцип ограничене одговорности, који је омогућавао великом броју лица да улажу капитал у друштво, а да притом не угрожавају своју личну имовину. Тако је из практичних потреба настао овај принцип, али и прво његово економско оправдање.

Ограничена одговорност омогућава прикупљање значајног капитала од великог броја малих инвеститора.[22] Штавише, према проф. Манеу (*Manne*) „концепт ограничене одговорности логички произлази из концепта корпорације као механизма прикупљања капитала".[23] Када би постојала одговорност чланова за обавезе друштва, потенцијални улагачи би због могућности преузимања великог ризика оклевали са улагањем. У случају да друштво добро послује, члан ће у најбољем случају зарадити релативно скроман износ, јер мали проценат удела, односно акција даје право на мали проценат добити.[24] С друге стране, лоше пословање друштва представља велики ризик за члана. Јасно је да економска логика налаже да се великом ризику придаје већи значај, што значи да ће се мали инвеститор чешће одлучивати да не улаже капитал у куповину акција, односно удела.

Ограничена одговорност омогућава примену стратегије диверзификованог улагања.[25] Улагач има интереса да свој капитал улаже у бројне пословне подухвате,[26] стварајући тако диверзификовани портфолио акција, односно удела. Мали ризик оправдава релативно мали приход од сваког појединог улагања. Неограничена одговорност би имала потпуно супротан ефекат. Улагање у капитал већег број друштава повећава ризик да ће неко од тих друштава да пропадне, што би угрозило личну имовину члана. Због тога би неограничена одговорност водила концентрисању

[22] David Millon, „Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability", *Emory Law Journal* 56/2007, 1312.

[23] H. G. Manne, 262.

[24] D. Millon, 1312.

[25] Вид. David W. Leebron, „Limited Liability, Tort Victims, and Creditors", *Columbia Law Review* 91(6)/1991, 1595-1600.

[26] Небојша Јовановић у: Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2023, 133.

улагања у једно или неколицину друштава.[27] Богати појединци би се веома ретко опредељивали за мале инвестиције, а када се и определе за улагање, контрола би морала да буде много већа.[28]

У економској теорији се надаље истиче да примена принципа ограничене одговорности подстиче чланове управе да доносе оптималне инвестиционе одлуке,[29] тј. да ефикасно управљају друштвом.[30] Неодговорност чланова за обавезе друштва омогућава члановима управе да максимизирају богатство друштва, тако што ће инвестирати у све оне мање или више ризичне послове који имају позитивну нето садашњу вредност. Када би правило била неограничена одговорност, чланови управе би морали да одбијају све оне послове за које оцене да су превише ризични, без обзира на њихову велику потенцијалну профитабилност. На овај начин би се умањивали ризици чланова друштва, а одбијање лукративних послова би представљало социјални губитак.[31]

Још једна предност ограничене одговорности је чињеница да акционари, односно чланови немају велики економски интерес за вршењем контроле рада органа друштва. Мањи ризик подразумева и мању потребу за заштитом своје инвестиције. Неограничена одговорност би имала потпуно супротан ефекат, те би члан друштва морао да улаже знатна средства у вршење надзора над радом сваког друштва у које је уложио капитал, што је за њега економски неисплативо. Према томе, већи ризик води већим трошковима надзора, а тиме и већим трошковима капитала (тзв. трансакциони трошкови).[32]

Чланови изложени неограниченој одговорности били би веома заинтересовани за праћење финансијског положаја осталих чланова.[33] Вероватноћа да ће акционар платити дуговање повериоцу друштва у значајној мери зависи од богатства других акционара.[34] Због тога се може рећи да би, поред снижених трошкова вршења контроле рада органа друштва, ограничена одговорност смањила и трошкове вршења надзора других

[27] F. H. Easterbrook, D. R. Fischel (1985), 97.
[28] H. G. Manne, 262.
[29] F. H. Easterbrook, D. R. Fischel (1985), 97.
[30] C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 41.
[31] F. H. Easterbrook, D. R. Fischel (1985), 97.
[32] Више вид. F. H. Easterbrook, D. R. Fischel (1985), 94-95.
[33] Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „The Essential Role of Organizational Law“, *Yale Law Journal* 110/2000, 424.
[34] C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 42.

чланова, јер би идентитет других чланова и њихов финансијски положај био ирелевантан. По многим ауторима, ово су нужне претпоставке развоја ефикасног тржишта капитала.[35]

Надовезујући се на претходни закључак, ограничена одговорност значајно утиче на преносивост акција, односно удела.[36] Овај принцип омогућава да акције, односно удели представљају хомогену врсту ствари, која има исту цену.[37] Неограничена одговорност би подразумевала да вредност акција зависи од бројних карактеристика њихових ималаца, што значи да свака акција, исте врсте и класе, не би морала да има исту тржишну вредност. Примера ради, акције, односно удели конкретног члана вреде више ако су други чланови богатији. Поред бројних тешкоћа око утврђивања вредности акција, примена концепта неограничене одговорности би захтевала увођење додатних правила, којима би се штитили повериоци.[38] Примера ради, продавац (бивши члан) би и након продаје акција могао да одговара за обавезе друштва, што се данас примењује као правило за ортаке ортачког друштва и комплементаре командитног друштва.

1.2.3. Критике ограничене одговорности

Критике ограничене одговорности су бројне, а најчешће се фокусирају на последице њене примене (преношење ризика на повериоце), као и неадекватност оваквог правила за нејавна друштва и групе привредних друштава.

Ограничена одговорност чланова за обавезе друштва не значи да нико неће сносити ризике неизвршења тих обавеза. Напротив. Оваквим правилом долази до преношења дела ризика пословног неуспеха са акционара на повериоце друштва.[39] Ограничена одговорност „омогућава акционарима да екстернализују ризике корпоративног стечаја које би иначе они сносили“.[40] Управо је ово преломна тачка на којој се сукобљавају бројни теоријски ставови.

---

[35] Paul Halpern, Michael Trebilcock, Stuart Turnbull, „An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law“, *University of Toronto Law Journal* 30/1980, 124.

[36] Ana Kharaishvili, „Interrelation Between the Piercing the Corporate Veil and Limited Liability Principles in Corporate Law“, *Journal of Law* 1/2017, 96-97.

[37] F. H. Easterbrook, D. R. Fischel (1985), 96.

[38] D. Millon, 1313.

[39] C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 43.

[40] D. Millon, 1316.

Према професору Познеру (*Posner*), повериоци привредног друштва су тзв. „супериорни носиоци ризика“,[41] јер поседују више информација и у бољој су позицији да врше процену ризика. Када поверилац закључује уговор са друштвом, он мора да узме у обзир и околност да му је друштво једини дужник, односно да не може имовину чланова да користи за намирење свог потраживања. То ће све неспорно утицати на цену производа, односно услуга које то лице плаћа или наплаћује. Заправо ће у ту цену бити укалкулисан и ризик неодговорности чланова за неизвршене обавезе друштва (на пример, банка приликом закључивања уговора о кредиту те ризике обухвата анализом којом одређује висину каматне стопе). Виша цена коју плаћа акционарско друштво или друштво са ограниченом одговорношћу у себи укључује и плаћање тзв. премије осигурања за случај губитка због неизвршења, и то без потребе да се улази у тржиште осигурања.[42] Поред кориговања цене, повериоцима стоје на располагању и бројне друге могућности да уговорним путем „учврсте“ своје потраживање и учине га више или мање независним од евентуалног стечаја дужника. Ту се, пре свега, мисли на примену неких института којима се обезбеђује или учвршћује потраживање (на пример, хипотека, јемство, и сл), али и на уговарање бројних рестриктивних клаузула, којима се ограничава пословање дужника, а у циљу умањивања ризика његове инсолвентности (на пример, ограничења располагања имовином, минимални захтеви у вези са имовином, и сл).

Све што је речено примењује се само на вољне повериоце, тј. повериоце који су својом вољом ступили у правни однос са привредним друштвом. Међутим, невољни повериоци су у потпуно другачијој правној ситуацији. Жртва великог загађења животне средине или пешак ударен од стране таксисте нису пристали на облигациони однос, нити су имали прилику да на било који начин заштите своје потраживање.[43] Невољни повериоци, који се најчешће поистовећују са повериоцима накнаде штете, не могу се сматрати као „супериорни носиоци ризика“, нити се у односу на њих може лако оправдати примена принципа ограничене одговорности.[44] Слична је ситуација и са неким вољним повериоцима,

[41] Richard A. Posner, „The Rights of Creditors of Affiliated Corporations“, *University of Chicago Law Review* 43(3)/1976, 501-505.

[42] P. Halpern, M. Trebilcock, S. Turnbull, 129.

[43] D. Millon, 1317.

[44] За аргументацију у прилог укидању ограничене одговорности у односу на повериоце накнаде штете више вид. Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „Toward Unlimited

попут запослених. Премда неки запослени могу адекватно да заштите своје интересе (на пример, висико позиционирани директори), просечан запослени у друштва нема јаку преговарачку моћ, што га суштински приближава невољним повериоцима.[45]

Већина разлога којима се правда ограничена одговорност чланова за обавезе друштва односе се на јавна акционарска друштва. Нејавна акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу функционишу на потпуно другачији начин. То су друштва која имају по правилу мали број чланова, чланови су укључени у поступак одлучивања, веза између управе и чланова је интензивна, не постоји развијено тржиште на коме се тргује акцијама и уделима ових друштава, чланови друштва значајан део свог богатства улажу у та друштва, те се не ослањају на диверзификацију као инвестициону стратегију, интерним актима се пренос акција, односно удела ограничава, преузимање је немогуће, а трошкови праћења финансијског положаја других чланова су неупоредиво нижи.[46] Због тога се у теоријским круговима често сусреће теза према којој ограничена одговорност можда и није најефикасније правило у нејавним друштвима капитала. Но, и поред тога, оно већ деценијама одолева, без назнака да ће се нешто у блиској будућности значајније променити.

Полемике се воде и око адекватности примене принципа ограничене одговорности на групе привредних друштава. Често се заговара увођење изузетка, према коме би матично друштво требало да одговара повериоцима зависних друштава.[47] Такође, проблематизују се и једночлана друштва, односно примена ограничене одговорности на јединог члана, због очигледних могућности јединог члана да друштво користи у циљу преваре поверилаца.[48]

Shareholder Liability for Corporate Torts“, *Yale Law Journal* 100(7)/1991, 1879-1934. У теорији постоје предлози да невољни повериоци буду привилеговани повериоци у стечајном поступку, и то тако да се наплаћују чак и пре обезбеђених поверилаца. Вид. D. W. Leebron, 1636-1650.

[45] C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 45-46.

[46] Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996, 55-56; D. Millon, 1314-1315; C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 44-45.

[47] Jonathan M. Landers, „A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy“, University of Chicago Law Review 42(4)/1975, 589-652. За критику оваквог приступа вид. R. A. Posner, 499-526.

[48] O. Kahn-Freund, „Some Reflections on Company Law Reform“, *Modern Law Review* 7/1944, 56.

Коначно, снажан аргумент против принципа ограничене одговорности произлази из чињенице да чланови друштва уживају у свим благодетима успеха, а ризик неуспеха се пребацује на нека друга лица, а нарочито повериоце и друштво у целини. Последица је корпоративна неодговорност – чланови друштва немају подстицај да контролишу рад директора, и тиме обезбеђују да они своје обавезе извршавају у складу са законом и етичким принципима.[49] Због ограничене одговорности акционарско друштво постаје „перфектна машина за екстернализацију".[50]

Имајући у виду бројне критике широко постављеног принципа ограничене одговорности, многи аутори се залажу за сужавање домена његове примене.[51] Тако неки предлажу неограничену одговорност чланова само у погледу одређених потраживања (на пример, потраживања запослених, потраживања поверилаца накнаде штете, и сл), а други за одређена друштва капитала (на пример, за друштва повезана у групу привредних друштава,[52] за нејавна друштва,[53] и сл). Но, и поред свих ових, више или мање убедљивих предлога, ограничена одговорност опстаје као основно правило права друштава капитала, обухватајући једнако сва друштва капитала (јавна и нејавна), као и све повериоце (вољне и невољне). Тачно је да она има своју цену, али и даље доминира схватање да социјалне користи од ограничене одговорности, изражене у виду подстицања предузетничких активности, претежу у односу на свеукупне трошкове.

[49] C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 48.

[50] Нав. према: C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, 48.

[51] John Armour, Gerard Hertig, Hideki Kanda, „Transactions With Creditors", *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* (eds. Reiner Kraakman *et al.*), Oxford University Press, New York 2009, 121.

[52] P. Blumberg, 573-631.

[53] P. Halpern, M. Trebilcock, S. Turnbull, 148-149.

2. ИЗУЗЕЦИ ОД ПРИНЦИПА ОГРАНИЧЕНЕ ОДГОВОРНОСТИ – пробијање правне личности у ширем смислу

Премда је ограничена одговорност чланова есенцијално правило и основни разлог оснивања друштава капитала,[54] оно никада није било апсолутно ограничено.[55] Увек су постојали мањи или већи изузеци од примене тог принципа. Због тога је анализа значаја и правног домашаја правила ограничене одговорности уско повезана са установљеним изузецима и њиховим обухватом. Шири домашај изузетака, по природи ствари, крњи принцип ограничене одговорности, а у неким екстремнијим случајевима га може у потпуности нарушити.

У англосаксонским земљама изузеци се деле на судске и законске. Судски изузеци су они које је кроз вишедеценијску примену креирала судска пракса, и у основи се своде на институт пробијања правне личности. Међутим, поред овог изузетка, временом су закони препознавали потребу да уведу и неке друге изузетке. Тако је данас комбинована примена судских и законских изузетака правило у земљама прецедентног права.[56]

У континенталноевропским земљама изузеци од ограничене одговорности се, по правилу, уводе законом. То не значи да судска пракса нема никакав утицај. Напротив. Зависно од тога како је изузетак формулисан у закону, тј. у којој мери је конкретизован, судска пракса ће имати више или мање креативну улогу.

Сви изузеци од принципа ограничене одговорности, без обзира да ли их је креирала судска пракса или су резултат законодавне политике, могу се обухватити појмом „пробијања правне личности у ширем смислу“. Овако посматрано, пробијање правне личности је шири појам који обухвата све институте чија примена води одговорности чланова за обавезе друштва. То може бити одговорност свих или само неких чланова, за све или само за неке обавезе.

Чланови привредног друштва могу применом бројних института, махом облигационог, трговинског и стварног права, да преузму одговор-

[54] R. E. Meiners, J. S. Mofsky, R. D. Tollison, 352.

[55] F. H. Easterbrook, D. R. Fischel (1985), 89.

[56] За приказ актуелних и укинутих законских изузетака од ограничене одговорности у Великој Британији више вид. P. L. Davies, 211-235; Lorraine Talbot, *Critical Company Law*, 2nd ed., Routledge, 2016, 59-67.

ност према повериоцу друштва (на пример, закључивањем уговора о јемству). Међутим, сви ти модалитети одговорности члана не подводе се под пробијање правне личности у ширем смислу.

У праву Републике Србије постоје два института који се могу подвести под пробијање правне личности у ширем смислу. Један је пробијање правне личности у ужем смислу, о коме ће бити више речи у наставку. Други се односи на принудну ликвидацију, код које контролни члан друштва са ограниченом одговорношћу и контролни акционар акционарског друштва солидарно и неограничено одговарају за обавезе друштва и након брисања друштва из регистра.[57] Ово правило је *ius novum* важећег Закона о привредним друштвима, које није познато ни у упоредном праву. Ако занемаримо његову теоријску неоснованост и потенцијалну неуставност, одговорност контролног члана због спровођења поступка принудне ликвидације подрива неке од постулата на којима се заснива примена принципа ограничене одговорности.[58] Ако се пође од тога да чланови друштва не одговарају за обавезе друштва као правила, испоставља се да је у случају принудне ликвидације све обрнуто постављено. Наиме, основно правило постаје да контролни члан одговара за обавезе привредног друштва престалог спровођењем поступка принудне ликвидације. То правило нема изузетка. У поступку утврђивања одговорности члана суд треба да утврди две околности: да ли је друштво капитала престало принудном ликвидацијом и да ли је тужено лице контролни члан друштва. За разлику од пробијања правне личности, које се врши само ако члан злоупотреби правило о ограниченој одговорности, принудна ликвидација директно води одговорности контролног члана. На овај начин је цео систем ограничене одговорнос-

[57] ЗОПД 2011, чл. 548, ст. 3.

[58] Више вид. Ненад Тешић, „'Ако сам ти оснивач, нису нам кесе сестре' – да ли и даље верујемо у лимитну функцију доо?", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2021)* (ур. Вук Радовић), Београд 2021, 137-182; Марко Радовић, „Одговорност контролног члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом", *Зборник 34. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, Том II, Београд 2021, 439-455; Татјана Матковић Стефановић, „Одговорност контролног члана друштва за обавезе брисаног друштва из регистра у случају принудне ликвидације", *Пословни изазови* 2023, 271-284; Мирјана Радовић, „Последице брисања принудно ликвидираног привредног друштва из регистра у српском и упоредном праву", *Пословни изазови* 2024, 135-161.

ти чланова пољуљан, што може имати шире неповољне реперкусије на привредно пословање.[59]

У праву Републике Српске, такође, постоје два института у оквиру пробијање правне личности у ширем смислу. Један је пробијање правне личности у ужем смислу, док се други односи на одговорност оснивача и других лица за обавезе преузете у вези са оснивање привредног друштва, а пре регистрације друштва.[60]

У упоредном праву постоје и бројни други институти који воде одговорности члана за обавезе друштва. Као примери се могу навести ситуације када законодавац прописује одговорност матичног друштва за обавезе зависних друштава, одговорност у случају оснивања феникс компаније, итд. Многи од тих института требало би да постану и део српског компанијског права.

3. ПРОБИЈАЊЕ ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ

3.1. Појам и регулатива

Пробијање правне личности је један од најконтроверзнијих и најспорнијих института компанијског права.[61] И поред чињенице да су поступци пробијања правне личности у пракси релативно чести (нарочито у англосаксонским државама), још увек се чини као да се налазимо на самом почетку. У овој области нема готових и опробаних решења, као ни јасних правила и путоказа. Ово је тим пре необичније ако се има у виду да је реч о једној од најекстензивније анализираних тема компанијског права.

Пробијање правне личности је институт чија примена води индивидуалној и неограниченој одговорности одређеног члана друштва капитала за конкретне обавезе друштва због злоупотребе правила о огра-

[59] Вук Радовић, „Пословни изазови за српско право у наредном периоду“, *Пословни изазови* 2023, 34.

[60] Више вид. Зоран Васиљевић у: Зоран Васиљевић, Вук Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023, 55-67.

[61] „Постоји консензус да је читава област ограничене одговорности и пробијања правне личности међу најконфузнијима у корпоративном праву.“ F. H. Easterbrook, D. R. Fischel (1985), 89.

ниченој одговорности.[62] Из приказаног појма произлазе следеће карактеристике пробијања.

Прво, пробијање је судски (парнични) поступак који покреће поверилац привредног друштва против конкретног (индивидуално одређеног) члана тог друштва ради намирења потраживања које има према привредном друштву.

Друго, да би суд пробио правну личност друштва капитала и учинио члана одговорним за одређену обавезу друштва, неопходно је да се испуне разлози за пробијање, У правном систему Републике Србије се ти разлози генерално одређују као „злоупотреба правила о ограниченој одговорности“, а у Републици Српској као „злоупотреба правног лица“.

Треће, пробијањем тужени члан друштва капитала постаје неограничено одговоран за испуњење одређене обавезе привредног друштва. Као што привредно друштво за своје обавезе одговара неограничено целокупном својом имовином, тако и члан друштва након пробијања за обавезу друштва одговара неограничено целокупном својом имовином. Због тога се пробијање и третира као најзначајнији изузетак од принципа ограничене одговорности и одвојених правних субјективитета друштва и његових чланова.[63]

Пробијање правне личности је настало и развијало се у судској пракси САД и Велике Британије. До данас је у овим државама пробијање остало судски креиран изузетак од ограничене одговорности. Временом оно није добило законско уобличење, већ је остало засновано на прецедентном праву. Касније је овај институт преузиман од стране других држава, како англосаксонске, тако и континентално-европске правне традиције. За разлику од англосаксонских система, у континенталним системима је ова доктрина интегисана у статусне прописе. У Србији регулатива пробијања правне личности датира још од 1989. године, а у Републици Српској од 1998. године. Слична решења су прихваћена и у државама у региону (на пример, Црној Гори, Хрватској, Словенији и Македонији).

[62] М. Радовић (2018), 47.

[63] Thomas K. Cheng, „Form and Substance of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil“, *Mississippi Law Journal* 80/2010, 502.

3.2. Терминологија[64]

У праву друштава капитала важи принцип одвојености привредног друштва од његових чланова. Ова одвојеност спречава повериоца да намири потраживање које има према привредном друштву од чланова тог друштва. Фигуративно се говори о томе да су чланови заштићени тзв. „корпоративним велом“ привредног друштва. „Вео“ (копрена, завеса) омогућава да се чланови виде, али не и да се захтев усмери ка њима. Због тога не чуди да се у Великој Британији и Француској овај институт назива „дизање корпоративног вела“ (енгл. *lifting the corporate veil*, франц. *la levée du voile social*), док се у САД користи термин „пробијање корпоративног вела“ (енгл. *piercing the corporate veil*).[65] Премда се ова два термина третирају као синоними, у Енглеској се прави фина разлика између њих. „Пробијање“ је израз који се користи онда када се права и обавезе друштва третирају као права и обавезе његових чланова, док „дизање“ значи одговорност акционара за одређене правне сврхе.[66]

У српском праву прво се користио термин „привид привредног идентитета“,[67] затим „привид правне личности“,[68] а након тога и „злоупотреба правног лица“.[69] Од 2011. године у Србији усталио се термин „пробијање правне личности“.[70] Термин је оправдан,[71] јер је суштина овог института управо у томе да се омогући повериоцу да пробије правну личност привредног друштва, тј. да се занамери чињеница да друштво има одвојен правни субјективитет од његових чланова и да се

[64] Више вид. М. Радовић (2018), 48-50.

[65] Сматра се да је овај термин осмислио проф. Вормсер 1912. године у чланку: Maurice Wormser, „Piercing the Veil of Corporate Entity“, *Columbia Law Review* 12/1912, 496-519.

[66] Нав према: Ian M. Ramsay, David B. Noakes, „Piercing the Corporate Veil in Australia“, *Company and Securities Law Journal* 19(4)/2001, 253.

[67] Закон о изменама и допунама Закона о предузећима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 40/89, чл. 140а.

[68] Закон о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 и 36/2002, чл. 54; Закон о предузећима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 24/98, 62/02, 66/02, 38/03, 97/04 и 34/06, чл. 54.

[69] Закон о привредним друштвима – ЗОПД 2004, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, чл. 15; Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017 и 82/2019, чл. 15.

[70] ЗОПД 2011, чл. 18.

[71] М. Радовић (2018), 50.

чланови учине одговорним за обавезе друштва. Због тога се у Немачкој користи термин „пробојна одговорност“ (нем. *Durchgriffshaftung*).[72]

3.3. Поступак пробијања

Поступак пробијања правне личности је парнични поступак. Тужилац је поверилац привредног друштва, а тужени члан истог привредног друштва. Тужба за пробијање (пробојна тужба) је кондемнаторна тужба, којом се од суда тражи да обавеже туженог члана, у односу на кога су испуњени услови за пробијање, да изврши обавезу друштва према повериоцу.

Право на подношење тужбе за пробијање правне личности има само поверилац привредног друштва. Услов за подношење тужбе је доспело и неизмирено потраживање повериоца према привредном друштву. За судију ће утврђивање постојања потраживања тужиоца према привредном друштву бити претходно питање. Тек ако потраживање постоји онда има смисла утврђивати испуњеност разлога за пробијање правне личности.

Одговорност по основу пробијања је потенцијална одговорност члана друштва са ограниченом одговорношћу, односно акционара акционарског друштва. Према томе, тужено лице у парници за пробијање правне личности може бити било који члан, односно акционар друштва. Пасивну легитимацију у поступку пробијања имају само директни (непосредни) чланови друштва. Индиректни чланови не могу бити тужена лица. Примера ради, друштво Б је контролни члан друштва А. Поверилац друштва А може тужбу за пробијање да поднесе у односу на друштво Б (непосредни члан), али не и у односу на његове чланове (посредни чланови). У односу на чланове друштва Б тужбу за пробијање могу поднети повериоци друштва Б.

Тужилац у тужби за пробијање може означити једног, неколицину или све чланове привредног друштва – дужника. Тужени чланови су обични, а не јединствени, нити нужни супарничари, јер се спор може решити на различите начине према различитим туженим члановима. У пракси ће тужилац ретко тужити више чланова привредног друштва. Ако

[72] Carsten Alting, „Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View“, *Tulsa Journal of Comparative & International Law* 2(2)/1995, 190.

се занемаре процесни разлози такве парничне стратегије, основни мотив свођења броја тужених на минималан број треба тражити у чињеници да се разлози за пробијање морају утврдити у односу на сваког члана. У супротном ће тужбени захтев бити делимично или потпуно одбијен.

Према општим правилима парничног поступка, терет доказивања разлога за пробијање је на тужиоцу.[73] Имајући у виду да је поверилац

[73] „Терет доказивања радњи тужених које имају карактер злоупотребе правног лица је на тужиоцу. Тужилац је пружио доказе да су наведене уплате извршене у корист рачуна оца првотуженог, те у корист рачуна предузетничке радње мајке првотуженог. Тужени су тврдили да за наведене уплате постоји правни основ, али за ове своје чињеничне тврдње нису пружили доказе. У смислу члана 228. Закона о парничном поступку, странка је дужна да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којима оспорава наводе и доказе противника. Терет доказивања изнетих чињеница је на оној странци која чињеничне тврдње износи. Међутим, не могу се доказивати негативне чињенице, па је код овакве врсте чињеница, терет доказивања на оној страни која оспорава негативну чињеницу. У конкретном случају, наведено значи да је тужилац доказао да су одређени преноси новчаних средстава од стране „…“ д.о.о. … извршени на рачуне оца првотуженог и предузетничке радње мајке првотуженог. Он тврди да су наведене уплате извршене без правног основа, али чињеницу непостојања правног основа не може доказивати тужилац, будући да се ради о негативној чињеници. У оваквој ситуацији терет доказивања постојања правног основа за наведене уплате је на туженима. Тужени нису доказали по ком основу је уплата од 520.000,00 динара извршена у корист рачуна физичког лица, оца првотуженог, нема доказа да је постојао одређени промет роба или услуга између привредног друштва „…“ д.о.о. … и физичког лица на чији рачун је извршена уплата, а закључак да се ради о располагању имовином привредног друштва као са сопственом имовином, поткрепљује и чињеница да је првотужени био овлашћено лице за располагање средствима са овог рачуна. Тужени нису доказали ни по ком основу је износ од 1.009.990,00 динара уплаћен у корист рачуна предузетничке радње мајке првотуженог. Тужени су доставили уговор о пословнотехничкој сарадњи који је оквирне природе и којим нису предвиђене уговорне обавезе уговорних страна у погледу врсте, количине, као ни у погледу уговорене цене пружања услуга које су предмет овог уговора. Тужени нису доставили фактуре, отпремнице или друге писане исправе којима би доказали да је наведени уговор о пословно-техничкој сарадњи заиста и реализован, да је ова предузетничка радња извршила за привредно друштво „…“ д.о.о. … одређене услуге, врсту, количину и цену пружених услуга, те да је наведени износ уплаћен на име накнаде за пружене услуге. Нема доказа о постојању правног основа за наведену уплату, а ради се о преносу средстава, која су наплаћена од иностраног партнера на име цене за извезену робу, у корист рачуна предузетничке радње мајке првотуженог. Наведено указује на располагање имовином привредног друштва као сопственом имовином, односно као да привредно друштво не постоји.“ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 4749/20 од 13.1.2021. године.

лице ван друштва, које по правилу нема довољно информација који би могле да доведу до пробијања правне личности, у теорији и пракси се ово доказивање третира као *probatio diabolica*, јер тужилац по правилу неће бити у могућности да суду презентује све релевантне доказе.[74]

У праву Републике Србије пробојна тужба се мора поднети у року од шест месеци од дана сазнања за злоупотребу (субјективан рок), а најкасније у року од пет година од дана злоупотребе (објективан рок).[75] У случају да потраживање повериоца није доспело у тренутку сазнања за злоупотребу, субјективан рок од шест месеци почиње да тече од дана доспелости потраживања. „Прописивањем субјективног рока (шест месеци од дана сазнања за злоупотребу) води се рачуна о правној заинтересованости повериоца за пробијање правне личности, док се предвиђеним објективним роком (пет година од дана злоупотребе) штити правна сигурност.[76] Ови рокови су материјалноправне природе, због чега њихово непоштовање треба да води одбијању тужбеног захтева.[77] У праву Републике Српске нису прописани посебни рокови за подношење побојне тужбе.

3.4. Услови за пробијање

3.4.1. Два случаја као полазна основа

DeWitt Truck Brokers v. W. Ray Flemming Fruit Co.[78] Тужилац (*DeWitt Truck Brokers*) је у овом случају био поверилац акционарског друштва *W. Ray Flemming Fruit Co*, а тужени је био председник друштва господин Флеминг (*Flemming*). Поверилац је тражио од суда да господина Флеминга учини лично одговорним за исплату конкретног потраживања према друштву, које је у међувремену постало презадужено. И првостепени и другостепени суд су усвојили тужбени захтев тужиоца, пробили правну личност акционарског друштва и учинили Флеминга одговорним. Чињенице које су оправдале пробијање биле су следеће: прво, ак-

[74] Mirjana Radović, „Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo“, *Strani pravni život* 2/2019, 42; Мирко Васиљевић, „Пробијање правне личности и судска и арбитражна пракса“, *Правна ријеч* 67/2023, 399.

[75] ЗОПД 2011, чл. 18(3-4).

[76] М. Радовић (2018), 162-163.

[77] М. Радовић (2018), 163.

[78] United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 1976, 540 F.2d 681.

ционарско друштво је било нејавно друштво; друго, господин Флеминг је поседовао око 90% свих акција, али то нигде није могло да се провери; треће, друштво је у моменту оснивања издало 5.000 акција по вредности од један долар, при чему је накнадно 2.000 акција повучено, при чему господин Флеминг није могао да објасни да ли се ово и због чега десило; четврто, по сведочењу Флеминга, поред њега друштво је имало само још једног директора, који никада није присуствовао ниједној седници органа управе друштва, свака комуникација са њим је била преко телефона, а то лице никада од друштва није добило било какву накнаду за свој рад; пето, нема ниједног доказа да је икада одржана иједна седница скупштине; шесто, нико у друштву, осим Флеминга, никада није примио никакву накнаду, дивиденду, зараду и сл., седмо, током година Флеминг је годишње примао између 15.000 и 25.000 америчких долара, а да притом друштво није остваривало профит, нити имало оперативни капитал; осмо, исплате Флемингу никада није пратила нека одлука друштва, а накнаде које је узимао за себе су зависиле од новца који је друштво у том тренутку имало на рачуну; девето, друштво је било поткапитализовано, а друштво је годинама пословало туђим капиталом; десето, у тренутку када је друштво било инсолвентно, Флеминг је тужиоцу рекао да ће лично измирити обавезе друштва, ако оно то не буде учинило, на основу чега му је тужилац и дао кредит.

Пробијање правне личности у овом случају је било више него оправдано. Но, оно што привлачи пажњу је неколико идеја које је суд изложио и елаборирао. Наиме, суд је пошао од тога да за пробијање правне личности није нужно доказати постојање преваре. Такође, чињеница да се све или скоро све акције налазе у власништву једног лица није довољан основ за пробијање правне личности. Суд је навео неколико релевантних фактора за пробијање на које је потребно посебно обратити пажњу: 1) иницијална и/или накнадна поткапитализација, 2) непоштовање корпоративних формалности; 3) неплаћање дивиденди; 4) инсолвентност привредног друштва у моменту преузимања обавезе; 5) пресипање имовине друштва од стране контролног члана; 6) непостојање или потпуна неактивност других директора и руководилаца; 7) непостојање и/или неуредно вођење документације; и сл. Коначно, суд је закључио да одлука о пробијању правне личности не сме да се заснива на само једном фактору, већ на комбинацији више различитих фактора. Поред тога, потребно је да се докаже и постојање неког елемента неправде или фундаменталне неправичности.

Walkovszky v. Carlton.[79] Џон Валковски (*John Walkovszky*) је пешак кога је ударио њујоршки такси, који је припадао акционарском друштву *Seon Cab Corp*., наневши му озбиљну штету. Ово друштво је било једно од десет такси друштава у власништву Вилијама Карлтона (*William Carlton*). Свако од ових друштава је имало два таксија, регистрована на име Карлтона, за која је уплаћено минимално осигурање од одговорности предвиђено законом. Валковски је тужио Карлтона, тражећи од суда да пробије правну личност друштва *Seon Cab Corp*. Валковски је тужбу засновао на два аргумента.

Прво је указано на то да ниједно од десет друштава нема одвојен идентитет, већ да представљају један ентитет којим је управљао Карлтон. Заједничко финансирање, набавка, поправке, запослени и гаражирање говоре у прилог овој тези. Суд није прихватио тај аргумент. Чињеница да је привредно друштво део једног већег система (предузећа) не може да оправда пробијање правне личности. Закон дозвољава оснивање привредних друштава чак и ако то за циљ има избегавање личне одговорности. Према томе, подела јединственог бизниса на више саставних компоненти неће довести до личне одговорности контролног акционара за дугове неког од основаних друштава.

Други аргумент Валковског се састојао у тврдњи да вишеструка корпоративна структура представља незаконит покуштај да се превари јавност. Суд је одбио и ту теорију с образложењем да нема ничег преварног у одлуци да се јединствено предузеће подели на више акционарских друштава, чак и ако се то чини искључиво ради обезбеђивања ограничене одговорности.

Интересантно је да је у овом случају суд и поред одбијања захтева дао тужиоцу и одређену наду. Наиме, суд је сугерисао тужиоцу да измени своју тужбу тако што ће доказати да има места примени тзв. „*alter ego*“ доктрине. Према ставу суда, акционар може бити одговоран за дуговања акционарског друштва ако је акционар користио своју контролу над друштвом како би остваривао личне, а не корпоративне интересе. Након што је Валковски изменио тужбу, уважавајући сугестију суда, странке су се вансудски поравнале.

[79] New York Court of Appeals, 23 N.Y.2d 714, 244 N.E.2d 55, 296 N.Y.S.2d 362 (N.Y. 1968).

3.4.2. Услови за пробијање – општа питања

Шта оправдава пробијање правне личности? Из којих разлога судија треба да одступи од принципа ограничене одговорности и обавеже конкретног члана друштва да изврши одређену обавезу друштва? У одговору на ова питања пођимо од тезе према којој је ограничена одговорност привилегија коју правни поредак нуди свим субјектима у праву (инвеститорима) који желе да привредне делатности обављају у форми друштва са ограниченом одговорношћу или акционарског друштва.[80] Дата привилегија не подразумева само права и овлашћења, већ и одређене обавезе. Према томе, од чланова друштва капитала очекује се одређено понашање, и то да не злоупотребљавају ограничену одговорност. Пробијање правне личности је висока цена која се плаћа због неадекватног коришћења добијене привилегије.

Какво то понашање члана привредног друштва оправдава плаћање овако високе цене? Шта се то очекује од члана заштићеног принципом ограничене одговорности, тј. шта члан не би смео да ради ако не жели да му се укине добијена привилегија? Прво треба кренути од правне реалности, а то је да су чланови друштва и само друштво одвојени правни субјекти. Међутим, шта ако се чланови понашају као да друштво не постоји? Шта ако у пословном животу (економској реалности) нема разлике између члана и његовог друштва? У том случају долази до сукоба између правне и економске (пословне) реалности. Право полази од правне реалности одвојених субјективитета, а самим тим и одвојене одговорности. Међутим, судовима је дозвољено да у екстремним случајевима предност дају економској реалности, а то је да између члана и друштва постоји економско јединство. Уосталом логика је једноставна: ако се члан понаша као да друштво не постоји, због чега би право инсистирало да заштити тог члана и онемогућавало повериоце друштва да се наплате од чланова друштва. Овако посматрано, пробијање правне личности је институт који уважава и предност даје економској науштрб правне реалности.

Приликом пробијања правне личности судије морају да имају у виду следеће: принцип ограничене одговорности је правило и мора остати правило, док пробијање правне личности представља изузетак од

[80] L. Talbot, 30.

тог правила. Као и сваки изузетак у праву, и овај се мора уско тумачити.[81] Уским тумачењем се штити основно правило. Према томе, пробијање правне личности треба применити само у екстремнијим случајевима злоупотреба ограничене одговорности.

Поверилац привредног друштва ће поднети пробојну тужбу по правилу само онда када друштво није у могућности да му исплати потраживање. То могу бити ситуације када је друштво у стечају, када друштву прети стечај, када друштво нема имовине, кад нема ликвидних средстава, и сл. Но, у нашем праву се као услов за подношење тужбе за пробијање не тражи да друштво није у могућности да измири своју обавезу. Једино је релевантно да потраживање према друштву постоји и да је доспело.

Као што је раније речено, поверилац може да поднесе тужбу против било ког члана привредног друштва који начелно не одговара за обавезе друштва. Међутим, то не значи да ће се правна личност пробити у односу на сваког, већ само у односу на оног или оне чланове за које се утврди да су злоупотребили принцип ограничене одговорности. Имајући у виду ову околност, пробојне тужбе ће се подносити само у односу на контролне чланове, јер су то лица која могу одлучујуће да утичу на пословање друштва, а тиме и креирају економску реалност различиту од правне. Због тога су најчешћи случајеви у којима се врши пробијање једночлана привредна друштва или привредна друштва у којима постоји члан, односно акционар који поседује квалификовано капитал-учешће.

Развијена америчка судска пракса пробијања правне личности указује на то да се пробијање врши само код нејавних (затворених) друштава капитала, а да је готово немогуће замислити пробијање јавних акционарских друштава.[82] Код јавних друштава је присутна велика дисперзија акционарства, због чега долази до раздвајања власништва од управљања друштвом, што повлачи са собом немогућност члана да злоупотреби правило ограничене одговорности. Овакав закључак се не би могао дати и за српско право, јер јавна акционарска друштва у нашој земљи нужно не карактерише дисперзија акционарства. Штавише, концентрација власништва је у значајној мери присутна и код српских

[81] Лат. *exceptiones non sunt extendendae*.

[82] Robert B. Thompson, „Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study“, *Cornell Law Review* 76/1991, 1047-1048.

јавних акционарских друштава. Но, чињеница је да се повећањем броја чланова смањује вероватноћа да ће доћи до пробијања правне личности.

3.4.3. Разлози за пробијање in concreto

Бројни случајеви пробијања правне личности у земљи и иностранству могу се *grosso modo* поделити у четири групе.

Прву групу чине случајеви у којима се доказује економски идентитет контролног члана и привредног друштва. У судској америчкој и британској пракси се користе сликовите језичке конструкције којима се указује на то јединство и непостојање суштинске разлике између контролног члана и његовог друштва. Тако се друштво посматра као „инструмент“, „маска“, „фасада“, „*alter ego*“, „агент“ (енгл. „*instrumentality*“, „*mere facade*“, „*sham*“, „*shell*“, „*agent*“, „*dummy*“) одређеног члана. Коришћени изрази често подразумевају прихватање неке од теорија којима се правда пробијање правне личности, попут теорије помоћног средства, теорије *alter ega* или теорије заступања. Међутим, садржински посматрано, све те теорије су сличне и веома је тешко направити јасно разграничење међу њима. За све њих је карактеристично да се не баве формом, већ испитивањем реалности (на пример, како се воде послови друштва, какав је однос туженог члана и друштва, и сл).[83]

Другу групу чине случајеви пробијања унутар група привредних друштава, где се по правилу тужи матично друштво за обавезе зависног друштва. У таквим случајевима се може користити иста аргументација као и код прве групе случајева (на пример, да је зависно друштво агент матичног друштва). Међутим, пробијање се код група уобичајено правда констатацијом да она представља „јединствену економску јединицу“ (енгл. „*single economic unit*“).[84] На овај начин се група посматра као целовит и јединствен ентитет, што у контексту пробијања има још један значајан практичан ефекат: постоји могућност пробијања и у односу на друга друштва која су чланови исте групе (на пример, у односу на сестринска друштва).

Трећу групу представљају случајеви у којима се пробијање врши због тога што је друштво поткапитализовано. Поткапитализација најчешће није једини аргумент за пробијање, али може бити најзначајнији.

[83] P. L. Davies, 203-208.
[84] P. L. Davies, 202-203.

Он има велики значај у САД, а потпуно је ирелевантан у Великој Британији.[85]

Четврту групу чине случајеви преварног поступања према повериоцу. Један од фактора који се у пракси успешних случајева пробијања често истиче је преварно поступање туженог члана према повериоцу који је иницирао поступак. Тако је у наведеном случају *DeWitt Truck Brokers v. W. Ray Flemming Fruit Co* суд велики значај придао околности да је тужени члан лично гарантовао тужиоцу да ће му исплатити потраживање, у случају да то не учини друштво. Такође, у случају *Western Rock Co. v. Davis*[86] суд је пробио правну личност, и члана учинио одговорним за штете коју је друштво проузроковало својим активностима минирања на имовини тужиоца. Као разлог је наведено да је тужени члан контролисао (заједно са супругом) 50% удела у друштву и да је као члан управе дао налог да се изврши минирање, иако је знао за могуће негативне последице.

Приказани примери говоре о томе да превара повериоца као основ за пробијање може имати разноврсне појавне манифестације, а најчешће се своде на неку од следеће три врсте радњи.[87] Прву групу чине оне радње чланова привредног друштвима којима се повериоцу друштва приказује финансијско стање друштва у бољем светлу него што оно уистину јесте. На овај начин се поверилац доводи у заблуду о финансијској позицији друштва, која је можда и одлучујуће утицала на закључење уговора. Другу групу представљају обећања чланова чланова да ће друштво извршити своје обавезе, те да поверилац не треба ни о чему да брине. Ово ће посебно долазити до изражаја у ситуацијама када члан (на пример, контролни акционар) приликом давања изјаве није намеравао да друштво изврши своје обавезе. Наравно, у оваквим случајевима ће се пред судове поставити сложено питање како утврдити која је била скривена намера контролног члана. Овакве изјаве не морају да буду изричите, већ је могуће пробити правну личност и онда када контролни члан закључи уговор у име друштва, а да притом зна да друштво не може да изврши преузете обавезе.[88] Трећу групу чине радње чланова које су дове-

[85] P. L. Davies, 209.

[86] 432 S.W.2d 555 (Tex. Civ. App. 1968).

[87] Више вид. Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, 83-86.

[88] F. A. Gevurtz, 85.

ле до тога да поверилац верује да још неко одговара за обавезе друштва.

Приликом одлучивања о томе да ли пробити правну личност, судија треба да има на уму следеће: за пробијање правне личности уобичајено се захтева испуњење више фактора који оправдавају пробијање. У највећем броју случајева један фактор неће бити довољан.[89] Због тога је потребно узети у обзир све околности конкретног случаја.[90]

У даљем тексту ће бити више речи о три фактора за пробијање који су се посебно издвојили у упоредној и домаћој пракси пробијања.

1. *Мешање имовине*. Под мешањем имовине подразумевају се бројне ситуације у којима се не може јасно утврдити да ли имовина припада привредном друштву или његовом члану.[91] Привредно друштво има своју имовину, различиту од имовине чланова. Чланови друштва су дужни да имовину друштва не користе у личне сврхе, као што су и дужни да своју имовину не представљају као имовину друштва.[92] Мешањем имовина се на еклатантан начин показује да члан друштва не поштује одвојеност субјективитета друштва, већ да друштво третира као свој *alter ego*.

Код мешања имовине се као услов не захтева да је члан то учинио намерно, нити да је за то крив.[93] Такође, у упоредној пракси се указује на то да једна изолована трансакција између друштва и његовог члана, по правилу неће бити довољна да се пробије правна личност.

Ако једно лице оснује више привредних друштава, која имају неке заједничке елементе, попут седишта, телефонског броја и извршних директора, неће бити места пробијању под условом да друштва уредно воде пословне књиге и рачуне, а имовине су им одвојене.[94] У пракси се најчешћи видови мешања имовине везују за повезана привредна друштва, при чему једно привредно друштво пружа услуге или продаје робу, а

---

[89] Sung Bae Kim, „A Comparison of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in the United States and in South Korea“, *Tulsa Journal of Comparative & International Law* 3(1)/1995, 77.

[90] Правило сагледавања свих околности онемогућава пословне субјекте да добију јасне смернице о томе како да избегну неограничену одговорност. David H. Barber, „Piercing the Corporate Veil“, *Willamette Law Review* 17/1980, 374.

[91] C. Alting, 211; J. Barbić, 300; М. Васиљевић, 410.

[92] У српском праву се овај разлог дефинише тако што члан друштва „користи имовину друштва или њоме располаже као да је његова лична имовина.“ ЗОПД 2011, чл. 18(2)(2). Слично је и у праву Републике Српске, где је прописано да чланови „са имовином привредног друштва располажу као са сопственом имовином на начин као да привредно друштво као правно лице не постоји“. ЗОПД, чл. 15(1).

[93] J. Barbić, 301.

[94] C. Alting, 211.

другом се исплаћује цена. На овај начин се мешају имовински супстрати привредних друштава, а ове радње веома често имају и елементе преварног поступања (на пример, пресипања имовине из једног у друга друштва, након чега се отвара стечај над друштвом које више нема имовине, али има мноштво неизмирених потраживања).

У српској судској пракси се као пример успешног пробијања правне личности због мешања имовине може навести случај у коме је поверилац тужио два члана привредног друштва (сваки је поседовао по 50% удела у друштву), након што је закључен стечајни поступак над привредним друштвом због недостатка имовине. Захтев за пробијање правне личности поверилац је образложио на следећи начин: он је раније испоручио робу привредном друштву, које је након тога ту робу продало у иностранству и наплатило цену од иностраних купаца. Наплаћеним новчаним средствима директор друштва, који је у исто време био првотужени члан, располаже на следећи начин: „износ од 520.000 динара уплаћен је на рачун физичког лица, оца првотуженог који се водио код Поштанске штедионице, а са ког рачуна је овлашћење за располагање средствима имао и првотужени. За наведену уплату као основ је наведен промет роба и услуга. Осим наведеног, привредно друштво је износ од 1.009.990,00 динара пренело у корист рачуна СТР „…“ ...мајке првотуженог. У оба ова случаја ради се о уплатама за које не постоји доказ по ком основу су извршене.“[95] Суд је у овом случају пробио правну личност у односу на оба члана привредног друштва и солидарно их обавезао да исплате потраживање повериоцу.[96]

2. *Поткапитализација*. Поткапитализација је један од најспорнијих, али и најзначајнијих фактора који могу да доведу до пробијања правне личности. Према неким ауторима ово је основни разлог за пробијање, док према другима он не треба да води одговорности чланова за

[95] Пресуда Привредног апелационог суда, 9 Пж 4749/20 од 13.1.2021. године.

[96] У односу на првотуженог суд је јасно образложио због чега је пробио правну личност, јер је реч о члану који је био директор друштва и који је располагао новчаним средствима друштва, тако што их је пребацио на рачуне својих родитеља. С друге стране, из образложења се не види због чега је суд обавезао друготуженог члана. Суд је његову одговорност засновао на законској одредби према којој чланови солидарно одговарају за обавезе друштва. Међутим, интенција законодавца није била у томе да када се пробије правна личност у односу на одређеног члана друштва, тиме остали чланови постају солидарно одговорни. Напротив. Законодавац говори о солидарној одговорности чланова у односу на које су испуњени услови за пробијање.

обавезе друштва.[97] Но, без обзира на поларизоване ставове, чињеница је да постоје бројне практичне дилеме у вези са применом овог фактора.

Прва дилема тиче се самог појма поткапитализације. Потребно је строго разликовати овај појам од неспособности плаћања и презадуженості, као познатих појмова стечајног права.[98] Поткапитализација у смислу пробијања правне личности односи се на имовину друштва која се може користити за редовно пословање, тј. за намирење поверилаца. Према томе, друштво је поткапитализовано онда када нема довољно имовине да обавља своје редовне пословне активности. То не значи да друштво не може да послује и закључује вредне уговоре, већ само да је капитал који друштво поседује значајно мањи од потенцијалних обавеза („разумних предвидивих ризика пословања“[99]). Неки аутори сматрају да уместо поткапитализације треба користити термин „неадекватна вредност имовине“, јер се анализа у случајевима пробијања фокусира на то да ли друштво има „неадекватну вредност имовине“ која служи намирењу потраживања.[100]

У Немачкој се прави разлика између номиналне и материјалне поткапитализације. Номинална поткапитализација односи се на непоштовање законских услова везаних за минимални основни капитал, док се за материјалну поткапитализацију користи Улмерова формула, према којој ова врста поткапитализације постоји онда када је капитал друштва, који укључује и зајмове чланова, недовољан када се упореди са природом и обимом пословања друштва.[101]

Чланови друштва су у обавези да друштву обезбеде капитал који је адекватан имајући у виду потенцијалне обавезе. Ова обавеза постоји како у моменту оснивања друштва, тако и накнадно, током пословања.[102] Отуда се и може правити разлика између иницијалне и накнадне поткапитализације.

---

[97] T. K. Cheng, 567-568.

[98] J. Barbić, 305.

[99] D. H. Barber, 390.

[100] Harvey Gelb, „Piercing the Corporate Veil – The Undercapitalization Factor“, *Chicago Kent Law Review* 59/1982, 13.

[101] Тако је суд у Хамбургу (*Oberlandesgericht Hamburg*) у једном случају разматрао одговорност два издавача, који су основали друштво са ограниченом одговорношћу, са намером да оно издаје нови часопис. Поред 50.000 немачких марака, што је био законски минимум, они су друштву дали и зајам у износу од 700.000 немачких марака. Суд није дозволио пробијање правне личности, сматрајући да је 750.000 немачких марака довољно за финансирање прва три броја часописа. C. Alting, 207.

[102] М. Васиљевић, 407.

Поред појма поткапитализације, друга дилема се тиче обима поткапитализације који оправдава пробијање. У сваком случају, поткапитализација треба да буде значајна. Као илустрација се може навести неколико примера из америчке судске праксе, где је утврђена поткапитализација друштва које је имало капитал у износу од 3.000 долара и годишње приходе у износу од 200.000 долара, као и друштва које је поседовало капитал у износу од 5.000 долара, а месечне приходе у износу од 150.000 долара.[103] Такође, у једном случају је суд учинио одговорним матично друштво за обавезе зависног друштва, и то зато што је матично друштво уложило у зависно друштво 300.000 долара, при чему је председник зависног друштва у тренутку ангажовања сматрао да је адекватан капитал који треба уложити 800.000 долара. Суд је поклонио веру председнику зависног друштва, сматрајући га експертом у овој области.[104]

Поред поређења економских категорија, приликом утврђивања поткапитализације судија треба да узима у обзир и друге релевантне факторе, попут чињенице да ли је друштво осигурано од одговорности, као и на које начине су чланови финансирали рад друштва. Поткапитализација се мора посматрати у дужем периоду. Наиме, чињеница да је друштво у неком тренутку имало адекватну имовину, која је касније постала неадекватна, захтева од суда да испита и који су разлози за ову промену. Сигурно је да ће судови бити благонаклони у ситуацијама када је до смањивања адекватности имовине дошло из искључиво пословних разлога, док ће другачија слика бити ако су чланови својим радњама умањили имовину друштва.[105]

Српско право претпоставља постојање злоупотребе правила о ограниченој одговорности ако члан „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“.[106] Приметно је да овај став говори само о једном могућем виду накнадне поткапитализације, а то је онај где чланови друштва извлаче средства из друштва, чиме оштећују повериоце. Но, ово не значи да се и други видови поткапитализације не могу подвести под појам „злоупотребе ограничене одговорности“, те довести од пробијања правне личности.

---

[103] Нав. према: C. Alting, 203.
[104] Нав. према: C. Alting, 204.
[105] H. Gelb, 15.
[106] ЗОПД 2011, чл. 18(2)(4).

3. *Формални корпоративни недостаци*. У поступцима пробијања правне личности велики значај се придаје и непоштовању бројних корпоративних формалности које уводи статусни пропис.[107] На самом почетку се уочава једна контрадикторност: одговорност по основу пробијања правне личности, што је неспорно материјално (суштинско) питање, утврђује се доказима формалих недостатака.[108] Према многим ауторима, „злочин“ у овим случајевима не одговара „казни“.[109]

Компанијско право намеће привредним друштвима велики број корпоративних формалности које морају да поштују. Сваки од тих формалних захтева није подједнако релевантан за тематику пробијања правне личности. Примера ради, бројне формалности којима се остварују функције информисања немају велики значај из угла пробијања. Због тога неки аутори сматрају да у поступцима пробијања формалне недостатке треба узимати у обзир само ако је њихов циљ заштита поверилаца.[110]

Каква је веза непоштовања корпоративних формалности и пробијања? У одговору на ово питање треба поћи од тога да се у поступку пробијања испитује да ли контролни члан третира друштво као свој *alter ego*.[111] То се може чинити на различите начине, између осталог и занемаривањем бројних формалних захтева које прописује компанијско право. Непостојање или неуредно вођење пословних књига, неодржавање седница скупштине и/или одбора директора, неконституисање неких обавезних органа друштва, узурпирање овлашћења неког од органа од стране контролног члана, само су неки од примера формалних корпоративних недостатака који указују на јединство контролног члана и самог друштва. Премда неки судови у упоредном праву сматрају да само формални недостаци не могу да доведу до пробијања, други судови омогућавају пробијање у оваквим случајевима, наравно под условом да су недостаци били значајни и бројни. У сваком случају, судије у поступцима пробијања треба да узимају у обзир и непоштовање корпоративних формалности како би утврдили постојање јединства члана и друштва.

---

[107] У америчкој судској пракси непоштовање корпоративних формалности је уз поткапитализацију најзначајнији фактор на који се судови позивају. R. B. Thompson, 1064.

[108] T. K. Cheng, 551.

109 D. Millon, 1335.

[110] У супротном „не постоји логичан разлог да се поштовање правила третира као *quid pro quo* за ограничену одговорност.“ F. A. Gevurtz, 82.

[111] Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, 145.

Постојање само формалних недостатака не би требало да води одговорности чланова, осим у неким посебним случајевима (на пример, ако члан намерно игнорише корпоративне формалности како би довео повериоце у заблуду да уговор закључују са чланом лично, а не са друштвом).[112]

Када судија сагледавањем свих релевантних околности дође до закључка да је привредно друштво „друго ја“ одређеног члана, то још увек не значи да треба пробити правну личност и учинити туженог члана одговорним. У другом кораку је потребно поставити следеће питање: да ли би примена принципа одвојених правних субјективитета довела до неправичних резултата?[113] Још је давне 1955. године Апелациони суд Њујорка у случају *Bartle v. Home Owners Coop*[114] закључио да правну личност треба пробити онда када је то потребно да би се „спречила превара или досегла правичност“. Кад год судија установи да би поштовање принципа ограничене одговорности довело до неправичних резултата или би се тиме промовисала неправда или не би била санкционисана превара он треба да одступи од овог принципа и обавеже члана према повериоцу друштва. Судови нису до сада дали јасне назнаке шта се подразумева под „неправичним резултатом“, „преваром“ или „неправдом“ у контексту пробијања. Ови појмови су намерно остали непрецизни како би омогућили судовима да обухвате најразличитије чињенице које се појављују у поступцима пробијања.[115]

Највећи проблем пробијања правне личности је у томе што су стандарди за пробијање нејасни, а то судијама даје велику дискрецију. „Резултат је несигурност и недостатак предвидљивости, што повећава трансакционе трошкове за мале привреднике.“[116]

3.5. Правне последице пробијања

„Судови повремено дозвољавају повериоцима да „пробију корпоративни вео“, што значи да акционари морају да намире потраживања поверилаца. Пробијање изгледа да наступа чудновато. Попут муње, оно

[112] D. Millon, 1335-1336.

[113] T. K. Cheng, 503.

[114] Court of Appeals of New York, 1955, 309 N. Y. 103, 127 N. E. 2d 832.

[115] За поделу ових фактора више вид. Cathy S. Krendt, James R. Krendl, „Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry“, *Denver Law Journal* 55(1)/1978, 28-37.

[116] Stephen M. Bainbridge, „Abolishing Veil Piercing“, *Journal of Corporation Law* 2001, 481.

је ретко, болно и непринципијелно.“[117] Наведени цитат најбоље осликава озбиљност и далекосежност последица пробијања.

Основна правна последица пробијања правне личности привредног друштва је одговорност члана друштва за обавезе друштва. Према томе, лице које по принципу ограничене одговорности не одговара за обавезе друштва, након што се утврди постојање услова за пробијање постаје одговорно. У односу на ову одговорност члана потребно је дати неколико напомена.

Прво, пробијање правне личности у односу на одређеног члана привредног друштва не значи да је друштво пробијено и у односу на друге чланове. Пробијање се увек врши имајући у виду индивидуализираног туженог члана, а не обухвата остале чланове. Разлози за пробијање се увек утврђују само у односу на туженог члана.

Друго, усвајањем тужбеног захтева тужени члан привредног друштва обавезује се да измири потраживање које привредно друштво има према тужиоцу. Према томе, пробијање не значи да тужени члан одговара свим повериоца привредног друштва, већ само оном који је поднео тужбу за пробијање. На овај начин се доследно поштују општа парнична правила о субјективним границама правноснажности пресуде.[118] Суштински посматрано, пробијање одговара на следеће питање: да ли одређени члан, односно акционар лично одговара за одређену обавезу друштва?[119]

Треће, одговорност члана привредног друштва не произлази из облигационог односа, јер овај однос настаје и постоји само између повериоца и привредног друштва. Ако би члан био непосредно укључен у тај правни однос, онда би он одговарао по општим правилима облигационог и трговинског права, а не по основу пробијања правне личности. Због тога се у теорији наглашава да је одговорност члана према повериоцима друштва законом наметнута.[120]

Четврто, одговорност члана је акцесорна, јер члан одговара за туђу, а не за своју обавезу.[121] Члан може повериоцу да истакне све приговоре

[117] F. H. Easterbrook, D. R. Fischel (1985), 89.

[118] Закон о парничном поступку (*Службени лист СФРЈ*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023), чл. 360(1).

[119] Robert W. Hamilton, *Cases and Materials on Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*, 7th ed., West Group, St. Paul, Minn., 2001, 305.

[120] М. Радовић (2018), 58-59.

[121] М. Радовић (2018), 59.

које може да му истиче привредно друштво, али и личне приговоре (на пример, приговор компензације).

Пето, сваки члан у односу на кога је извршено пробијање и привредно друштво солидарно одговарају за испуњење обавезе према повериоцу. Ако обавезу испуни привредно друштво, облигација се гаси, и друштво нема никаква регресна права према члановима. Супротно томе, ако обавезу према повериоцу изврши члан у односу на кога је пробијена правна личност, тај члан може да се регресира од друштва. Овакав закључак се изводи из општег правила облигационог права о солидарности дужника према коме ако је обавеза преузета у искључивом интересу једног солидарног дужника (читати: привредног друштва), то лице је дужно да накнади цео износ обавезе садужнику (читати: члану друштва).[122]

Шесто, пробијањем правне личности привредно друштво не престаје да постоји, нити престаје његова одговорност према повериоцу.[123] Према томе, пробијање ни на који начин не утиче на облигациони однос привредног друштва и његовог повериоца.

Коришћена литература

– Carsten Alting, „Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View“, *Tulsa Journal of Comparative & International Law* 2(2)/1995
– John Armour, Gerard Hertig, Hideki Kanda, „Transactions With Creditors“, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* (eds. Reiner Kraakman *et al.*), Oxford University Press, New York 2009
– Sung Bae Kim, „A Comparison of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in the United States and in South Korea“, *Tulsa Journal of Comparative & International Law* 3(1)/1995
– Stephen M. Bainbridge, „Abolishing Veil Piercing“, *Journal of Corporation Law* 2001
– David H. Barber, „Piercing the Corporate Veil“, *Willamette Law Review* 17/1980

[122] Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99), чл. 424(2).
[123] Н. Јовановић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 137.

- Jakša Barbić, *Pravo društava – Knjiga prva – Opći dio*, 3. izdanje, Organizator, Zagreb 2008
- Phillip Blumberg, „Limited Liability and Corporate Groups“, *Journal of Corporation Law* 1986
- Bernard F. Cataldo, „Limited Liability With One-man Companies and Subsidiary Corporations“, *Law and Contemporary Problems* 18/1953
- Thomas K. Cheng, „Form and Substance of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil“, *Mississippi Law Journal* 80/2010
- Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, London 2008
- Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996
- Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, „Limited Liability and the Corporation“, *The University of Chicago Review* 51/1985
- Harvey Gelb, „Piercing the Corporate Veil – The Undercapitalization Factor“, *Chicago Kent Law Review* 59/1982
- Carsten Gerner-Beuerle, Michael Schillig, *Comparative Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2019
- Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, West Group, St. Paul, Minn., 2000
- William P. Hackney, Tracey G. Benson, „Shareholder Liability for Inadequate Capital“, *University of Pittsburgh Law Review* 43/1982
- Robert W. Hamilton, *Cases and Materials on Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies*, 7th ed., West Group, St. Paul, Minn., 2001
- Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, West Group, St. Paul, Minn., 2000
- Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „The Essential Role of Organizational Law“, *Yale Law Journal* 110/2000
- Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts“, *Yale Law Journal* 100(7)/1991
- Paul Halpern, Michael Trebilcock, Stuart Turnbull, „An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law“, *University of Toronto Law Journal* 30/1980
- Robert W. Hamilton, „The Corporate Entity“, *Texas Law Review* 49/1971
- Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2023

– O. Kahn-Freund, „Some Reflections on Company Law Reform“, *Modern Law Review* 7/1944
– Ana Kharaishvili, „Interrelation Between the Piercing the Corporate Veil and Limited Liability Principles in Corporate Law“, *Journal of Law* 1/2017
– Cathy S. Krendt, James R. Krendl, „Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry“, *Denver Law Journal* 55(1)/1978
– Jonathan M. Landers, „A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy“, University of Chicago Law Review 42(4)/1975
– David W. Leebron, „Limited Liability, Tort Victims, and Creditors“, *Columbia Law Review* 91(6)/1991
– Henry G. Manne, „Our Two Corporation Systems: Law and Economics“, *Virginia Law Review* 53/1967
– Татјана Матковић Стефановић, „Одговорност контролног члана друштва за обавезе брисаног друштва из регистра у случају принудне ликвидације“, *Пословни изазови* 2023
– Roger E. Meiners, James S. Mofsky, Robert D. Tollison, „Piercing the Veil of Limited Liability“, *Delaware Journal of Corporate Law* 4/1979
– David Millon, „Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability“, *Emory Law Journal* 56/2007
– Richard A. Posner, „The Rights of Creditors of Affiliated Corporations“, *University of Chicago Law Review* 43(3)/1976
– Вук Радовић, „Пословни изазови за српско право у наредном периоду“, *Пословни изазови* 1/2023
– Марко Радовић, „Одговорност контролног члана за обавезе друштва престалог принудном ликвидацијом“, *Зборник 34. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, Том II, Београд 2021
– Марко Љ. Радовић, *Пробијање правне личности у стечајном поступку*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2018
– Mirjana Radović, „Uticaj anglosaksonskog prava na srpsko kompanijsko pravo“, *Strani pravni život* 2/2019
– Ian M. Ramsay, David B. Noakes, „Piercing the Corporate Veil in Australia“, *Company and Securities Law Journal* 19(4)/2001
– Lorraine Talbot, *Critical Company Law*, 2nd ed., Routledge, 2016
– Ненад Тешић, „’Ако сам ти оснивач, нису нам кесе сестре’ – да ли и даље верујемо у лимитну функцију доо?“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2021)* (ур. Вук Радовић), Београд 2021

– Robert B. Thompson, „Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study“, *Cornell Law Review* 76/1991
– Мирко Васиљевић, „Пробијање правне личности и судска и арбитражна пракса“, *Правна ријеч* 67/2023
– Зоран Васиљевић, Вук Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023
– Edward H. Warren, „Safeguarding the Creditors of Corporations“, *Harvard Law Review* 36/1923
– Maurice Wormser, „Piercing the Veil of Corporate Entity“, *Columbia Law Review* 12/1912

Vuk Radović, PhD, LL.M.[124]

LIMITED LIABILITY AND PIERCING THE CORPORATE VEIL

Summary: *The limited liability of the members of a company is the most fundamental feature of a company. This paper has highlighted the main reasons justifying the introduction or maintenance of the principle of limited liability, such as the possibility of raising significant capital from a number of small investors, the application of the strategy of diversification of investments, the stimulation of the members of the board of directors to make optimal investment decisions, etc. Limited liability has a number of critics, which mainly focus on the consequences of its application (transfer of risks to creditors), as well as on the inappropriateness of this principle for non-public companies and groups of companies.*

Piercing the corporate veil is one of the most controversial and contentious issues in company law. It is the most significant exception to the principle of limited liability of members for the obligations of the company. Despite a number of academic articles and judgments, this area is still legally uncertain. The present article is the author's attempt to clarify some aspects of this topic for the legal public. The emphasis is on the conditions that must be fulfilled before the judge pierces the corporate veil and determines the members legally responsible for certain debts of the company. Three factors for piercing, which are common in comparative and domestic practice, are analysed in detail: commingling of assets, undercapitalisation and disregard of corporate formalities.

In the Srpska Republic, piercing the corporate veil has existed for many decades, but has been used very rarely. The reasons for this can be found in the lack of knowledge about the subject, as well as in the imprecise legal text, which did not allow practitioners to understand the essence of piercing the corporate veil.

Key words: *shareholder, corporation, limited liability, piercing the corporate veil, undercapitalization, groups of companies, controlling shareholder.*

[124] University of Pittsburgh

УДК 347.218.2:347.724(497.6)
doi 10.7251/PR6924521V
Оригинални научни чланак

ТРЕНДОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ ОСНИВАЊА ДРУШТАВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ И СУСЈЕДНИМ ДРЖАВАМА**

Проф. др Зоран Васиљевић*

Резиме: *Аутор анализира процес оснивања привредних друштава у Босни и Херцеговини, са акцентом на друштва са ограниченом одговорношћу, правећи поређење са земљама у окружењу и acquis communautaire. Истиче се да се оснивање не своди само на регистрацију и да се у том смислу објашњава суштинска разлика између ова два појма, посебно са аспекта дефинисања правних односа из прединкорпорационе фазе и одговорности за преузете обавезе. Што се тиче самог поступка регистрације, констатује се да се у Босни и Херцеговини, односно њеним ентитетима и Брчко дистрикту, који су надлежни за регулисање анализиране материје, прате трендови земаља у окружењу и Европске уније, а да се побољшање посебно односи на увођење електронске регистрације, скраћивање и олакшавање поступка и рационализацију трошкова.*

Кључне ријечи: *оснивање, друштво са ограниченом одговорношћу, регистрација.*

---

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, email: zoran.vasiljevic@pf.unibl.org

** Рад је објављен на енглеском језику у часопису Анали Правног факултета Универзитета у Зеници, бр. 31/2022, на стр. 253-282.

1. Уводна разматрања

Босна и Херцеговина је сложена држава настала распадом Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (у даљем тексту: СФРЈ), чија је била једна од република. Саставни дио Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, који је парафиран у малом граду Дејтону у САД, а потписан 14. децембра 1995. године у Паризу је Анекс 4, који представља Устав Босне и Херцеговине, којим је прописано да државу чине два ентитета, Федерација Босне и Херцеговине (у даљем тексту: ФБиХ), коју чини 10 кантона, и Република Српска (у даљем тексту: РС). У кондоминијуму два ентитета је Брчко Дистрикт (у даљем тексту: БД).

Као једна од република, Босна и Херцеговина (у даљем тексту: БиХ) је прошла заједнички пут развоја законодавства у бившој СФРЈ, које се односи и на материју компанијског права. Наиме, преласком на социјалистички модел управљања пословањем, 1945. године напушта се тржишни систем, а тиме и регулисање компанијског права које је до тада било засновано на концепту приватне својине.[1]

Принципијелна равноправност свих облика својине је враћена након доношења Закона о предузећима СФРЈ 1988. године.[2] Ова фаза је настављена и у новоформираној држави БиХ, односно њеним ентитетима. У ФБиХ је први Закон о предузећима, заснован на моделу тржишне економије, усвојен 1995. године,[3] након чега је убрзо усвојен нови Закон о привредним друштвима.[4] Овим законом економски термин „предузеће“ замијењен је правним појмом „привредно друштво“. Овај закон је већ био озбиљан покушај усклађивања домаћег права са правом Европске уније (у даљем тексту: ЕУ). Био је то један у низу транзиционих закона који су успоставили регулаторни оквир за либерализацију тржишта,

[1] Истовремено, мора се нагласити да су на просторима бивше Југославије примјењивани различити правни извори, посебно на оним који су били под јурисдикцијом Аустроугарске монархије. Види више: Ј. Барбић, „Утјецај њемачког права на стварање хрватског права друштава“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 3-4/2007, 339-363.

[2] Закон о предузећима, „*Службени лист СФРЈ*“, бр. 77/88, 40/89, 46/90 и 61/90.

[3] Закон о предузећима, „*Службене новине ФБиХ*“, бр. 2/95 и 8/96. Овај закон је замијенио југословенски Закон о предузећима из 1988. године.

[4] Закон о привредним друштвима, „*Службене новине ФБиХ*“, бр. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 84/08, 88/08, 7/09, 63/10 и 75/13.

приватизацију и успостављање тржишта капитала.[5] Такође су извршене и накнадне измјене у циљу усаглашавања са правним тековинама ЕУ, све до доношења новог Закона 2015. године, који је и данас на снази.[6]

Законодавство РС имало је сличан развојни пут. Југословенски Закон о предузећима замијењен је Законом о предузећима РС 1998. године,[7] а потом и Законом о привредним друштвима,[8] сачињеним по узору на Закон о привредним друштвима Србије из 2004. године и који је и данас на снази. Коначно, на територији БД првобитно су се паралелно примјењивали закони ентитета, а 2001. године усвојен је Закон о предузећима БД.[9]

Босна и Херцеговина је у статусу кандидата за чланство у ЕУ од децембра 2022. године. Развојни пут ка ЕУ започео је практично одмах након формирања државе. Вијеће министара (Влада) БиХ је у марту 1999. године донијело Одлуку о покретању иницијативе за приступање Европској унији,[10] а позитивно мишљење о статусу потенцијалног кандидата дато је 2003. године. Међутим, још у марту 2000. године ЕУ је смјерницама за БиХ (тзв. Мапом пута) означила смјер реформи неопходних за даље квалификације у европским интеграцијама, тако да је већ тада почело добровољно усклађивање законодавства БиХ са дијеловима *acquis communautaire*.[11] БиХ се формално обавезала да ће ускладити своје законодавство са *acquis communautaire* тек потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању 16. јуна 2008. године, који је сту-

---

[5] М. Симић, (ур.), *Закон о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима*, Сарајево 2018, 16.

[6] Закон о привредним друштвима ФБиХ, „*Службене новине ФБиХ*“, бр.81/15 и 75/21.

[7] Закон о предузећима РС, „*Службени гласник Р. Српске*“, бр. 24/98, 62/02, 66/02, 38/03, 97/04 и 34/06.

[8] Закон о привредним друштвима, „*Службени гласник Р. Српске*“, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17 и 82/19.

[9] Закон о предузећима БД, „*Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*“, бр.11/01, 10/02, 14/02, 01/03, 08/03, 04/04, 19/07, 34/07, замијењен са бројем 49/11 (пречишћени текст Закона из 2001. године) и 11/20.

[10] Одлука о покретању иницијативе за приступање Европској унији, „*Службени гласник БиХ*“, бр. 3/99.

[11] А. Алихоџић и др., Приручник за усклађивање прописа Босне и Херцеговине са прописима Европске уније, Дирекција за европске интеграције БиХ, Сарајево 2005., 59, www.dei.gov.ba/dei/media_servis/publikacije/default.aspk?id=1177&lanfTag=bs-BA (14.10.2021.).

пио на снагу 1. јуна 2015. године.[12] У чл. 70(1) Споразума прописана је обавеза БиХ да настоји осигурати пуну усклађеност својих постојећих закона и будућег законодавства са *acquis communautaire*. Усклађивање треба проводити на основу програма који ће се договорити између Европске комисије и БиХ.[13]

Питање компанијског права ће свакако бити незаобилазна област у преговорима након стицања статуса кандидата, с обзиром на то да је од 2005. године и преговора са Хрватском и Турском, ово предвиђено као једно од 35 поглавља, са такође важним поглављем које се односи на право на оснивање привредних друштава и слободу пружања услуга.[14] Уосталом, у самом Уговору, у оквиру поглавља В, регулисано је посебно потпоглавље које се у чл. 51. односи управо на омогућавање пословања, којим су се ЕУ и БиХ заједнички обавезале да ће олакшати привредним друштвима и грађанима друге стране из Споразума да започну пословање на својој територији, на основу чега ће им дати једнак третман, било са сопственим компанијама или компанијама из било које треће земље, шта год је боље.

Поред општих закона о привредним друштвима, поједини дијелови компанијског законодавства у БиХ регулисани су посебним законима (*lex specialis*). То је случај и са регистрацијом привредних друштава. На нивоу Босне и Херцеговине, 2004. године донијет је Оквирни закон о регистрацији пословних субјеката у Босни и Херцеговини,[15] који има за циљ да се утврди начин регистрације пословних субјеката у ентитетима БиХ, односно РС и ФБиХ, као и у БД, те усклађивање цјелокупног законодавства са прописима ЕУ кроз стварање јединствене идентификације привредних субјеката и успостављање брзе и јединствене процедуре за њихову регистрацију на територији БиХ, било да се ради о домаћим или

[12] Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part, OJ L 164, 30.6.2015, OJ L 12, 17.01.2017., OJL 22, 27.01.2017.

[13] У складу са Споразумом, Вијеће министара је 28. јула 2016. године донијело нову Одлуку о поступку усклађивања законодавства БиХ са *acquis communautaire*, којом су дефинисани и инструменти за усклађивање, у виду хармонизацијских табела и декларација о усклађивању. Видјети: Одлука о поступку усклађивања законодавства БиХ са *acquis communautaire*, „*Службени гласник БиХ*“, број 75/16.

[14] Поглавља 6 и 3.

[15] Оквирни закон о регистрацији пословних субјеката у БиХ, „*Службени гласник БиХ*“, број 42/04.

страним привредним субјектима. У сваком случају, спектар привредних субјеката у законодавству БиХ је шири од обима директива ЕУ које се односе на компаније, јер се односи како на компаније (а.д. и д.о.о.) и друштва лица (о.д. и к.д.), тако и на задруге и друга правна лица која обављају пословну дјелатност, основана у складу са посебним законима о регистрацији субјеката у РС, ФБиХ и БД ради остваривања добити.

У БиХ, и поред усвајања Оквирног закона о регистрацији пословних субјеката, питање регулисања цјелокупне материје компанијског права, а самим тим и питања регистрације привредних друштава, у надлежности је ентитета. Тако је у РС ово питање регулисано Законом о регистрацији пословних субјеката у РС из 2013. године,[16] а у ФБиХ истоименим Законом из 2005. године.[17] Може се рећи да су оба закона усклађена са Оквирним законом и садрже суштински идентична рјешења, али да је Закон на нивоу РС, који је замијенио некадашњи Закон из 2005. године, ипак савременији, јер убрзава процес регистрације прописивањем краћих рокова и даје већи значај електронској регистрацији, вођењу регистра у електронском облику, те објављивању и достављању података и аката електронским путем. Такође, док се оба закона и даље заснивају на принципима судске регистрације по правилима ванпарничног поступка, Закон Републике Српске је направио искорак и у овом сегменту, јер је измјестио регистрацију ван опште судске надлежности ка привредним судовима, као и укључивањем посебне управне организације, односно Агенције за посредничке, информатичке и финансијске услуге (у даљем тексту: Агенција), која треба да скрати и олакша процес регистрације привредних субјеката. Ово је први корак у законодавству Републике Српске за прелазак из судског система у систем управне регистрације привредних друштава. Такође, по узору на РС, 2020. године донесен је нови Закон о регистрацији пословних субјеката у Брчко Дистрикту БиХ,[18] којим се регулише поступак електронске регистрације у складу са једношалтерским системом. Закон је ступио на снагу 1. јануара 2021. године.

И поред свега претходно наведеног, у наслову овог рада смо се опредијелили за шири термин „оснивање“, који се најчешће користи

[16] Закон о регистрацији пословних субјеката у РС, „*Службени гласник Р. Српске*“, број 67/13, 15/16 и 84/19.

[17] Закон о регистрацији пословних субјеката у ФБиХ, „*Службене новине ФБиХ*“, бр. 27/05, 68/05, 43/09, 63/14, 32/19 – одлука Уставног суда и 85/21.

[18] Акт о регистрацији пословних субјеката у Брчко Дистрикту БиХ, „*Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*“, број 11/20.

у англосаксонској правној терминологији ("*incorporation"*, уз термин *„formation"*),[19] јер је регистрација само дио свеобухватног процеса оснивања, који је предмет овог рада, који обухвата израду и закључивање оснивачког акта, упис оснивачких удјела у друштво и предузимање припремних радњи у циљу отпочињања регистроване дјелатности одмах по стицању субјективитета, као што су обезбјеђивање пословног простора, набавка алата и репроматеријала за рад, ангажовања радника и сл., што све заједно представља правне радње извршене у фази прије инкорпорације, чију правну природу такође треба утврдити, посебно у интересу трећих лица која ступају у правне односе са заступницима будућег друштва, које у том периоду нема правни субјективитет. Сам процес регистрације, у ужем смислу, односи се само на период од подношења пријаве за регистрацију до доношења рјешења о регистрацији од стране надлежног регистра.

2. Конститутивни елементи привредног друштва

Начини оснивања привредних друштава у БиХ могу се груписати у три основна система: нормативни систем, законски систем и систем дозволе.[20] Нормативни систем је данас преовлађујући систем у земљама гдје привреда почива на тржишним принципима, па тако и код нас. Према овом систему, оснивачи (промотери) морају испунити све законске услове и надлежни регистар ће бити у обавези да изда одлуку о регистрацији (рјешење или сертификат) без могућности дискреције. Ово је у складу са принципом службености у вођењу процеса инкорпорације.

Дакле, да би се формирало друштво морају бити испуњени одређени предуслови. Наиме, оснивачки акт (као формални услов)[21] мора бити

[19] Вид. P. L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London 2008., 21., 26., 79.; J. Birds/ A. J Boyle/ B. Clark/ I. MacNeil/ G. McCormack/ C. Twigg-Flesner/ C. Villiers, *Boyle & Birds` Company Law,* Jordan Publishing Limited, Bristol 2007., 2., 47., 58-59., 87.; D. French/ S. Mayson/ C. L. Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law,* Oxford University Press, Oxford 2014., 5., 42.

[20] Више о системима оснивања привредних субјеката: М. Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010., 92-93; З. Васиљевић, В. Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката,* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023., 43-45.

[21] Под оснивачким актом подразумијевамо уговор о оснивању или одлуку о оснивању, у зависности од тога да ли је привредни субјект основан као вишечлани или једночлани привредни субјект.

закључен и оснивачки удјели (као материјални услов) из којих ће се формирати основни капитал будућег друштва морају бити унијети или само уписани у судски регистар, под условима предвиђеним за поједине облике привредних субјеката.[22] Реализација ова два услова такође чини два саставна елемента будућег предузећа.[23] Ово питање је такође посебно регулисано у ентитетима и БД БиХ општим законима из области компанијског права.[24]

2.1. Оснивачки акт

Оснивачки акт као основни формални конститутивни елемент будућег привредног друштва, који мора да садржи минималне податке прописане законом, може имати два облика. То су облик уговора о оснивању ако постоји више оснивача или облик одлуке о оснивању ако се оснива друштво са једним чланом. Свако лице које носи назив оснивача мора потписати оснивачки акт. Форма оснивачког акта мора бити свечана, што значи да акт мора бити нотарски обрађен у РС,[25] док је у ФБиХ довољна овјера потписа.[26] За измјене и допуне овог закона у РС је потребна нешто блажа форма, али само у случају привредних друштава (за разлику од ортачких друштава), која се може извршити у писаној форми са нотарском потврдом. За одлуку о оснивању (случај једночланог друштва) потребна је најблажа форма, те се овај акт може донијети,

[22] Види чл. 55 ст. 1, чл. 107 ст. 1 и чл. 187 ст. 4 Закона о привредним субјектима РС – ЗПД, и чл. 44 ст. 5, чл. 79, чл. 114 и 307 ст. 5 ЗПД ФБиХ.

[23] Види С. Диздаревић, *Пословно право (правне норме, дионичарство, обавезе)*, Сарајево 2003., 117. Поред ових елемената, могу постојати и други посебни услови за оснивање друштва. Њихово постојање зависи, прије свега, од врсте дјелатности за коју је друштво основано. На примјер, ангажовање одређеног броја радника на позицији инвестиционог менаџера може се захтијевати као кадровски елемент ако је друштво основано за управљање инвестиционим фондовима или се као материјални услов може тражити постојање складишта ако је друштво основано за обављање послова трговине на велико.

[24] Видјети фусноте 6, 8 и 9.

[25] Види Д. Марковић-Бајаловић, Право привредних друштава, Источно Сарајево 2011., 41.

[26] Уз изузетке који се односе на електронску регистрацију описану у сљедећем пасусу овог рада. Види чл. 7 ст. 3 и 4 ЗПД-а РС и чл. 108 ст. 2 и чл. 304 ст. 3 ЗПД-а ФБиХ. Такође видјети чл. 22 ст. 1(2) Закона о регистрацији пословних субјеката у ФБиХ (ЗРПС ФбиХ).

али и измијенити у виду писаног акта са нотарском овјером потписа.[27]

Посљедњим измјенама и допунама ЗПД РС из 2019. године отишао је корак даље у усаглашавању са измјенама Закона о регистрацији привредних субјеката, а посредно и са Директивом ЕУ о употреби дигиталних алата и поступака у праву привредних друштава (у даљем тексту: Директива 2019/1151).[28] Наиме, предвиђено је да у поступку електронске регистрације привредног друштва или доношења измјена и допуна оснивачког акта једночланог друштва са ограниченом одговорношћу (у даљем тексту: ДОО), умјесто досадашње обавезне овјере потписа оснивача одн. овлашћеног лица, биће довољна примјена метода провјере аутентичности и електронског потписа, у складу са прописима којима се уређује електронски потпис и електронски документ.[29] Тако ће, умјесто код нотара, идентитет оснивача или лица овлашћеног за заступање једночланог ДОО убудуће провјеравати надлежно сертификационо тијело приликом подношења захтјева за одобрење метода аутентикације. Доказивање идентитета даје право на коришћење електронског потписа (издавањем квалификованог електронског сертификата са пратећом паметном картицом) који је у потпуности изједначен са потписом у материјалној форми.[30] Ово доприноси поједностављењу и већој економичности поступка регистрације овог облика привредних друштава.

С друге стране, законодавство у БиХ не предвиђа институт модела оснивачких аката, који су испрва били познати само у енглеском праву, а сада су постали чешћи у многим земљама ЕУ.[31] Они су такође пред-

[27] Чл. 7 ст. 3 и 4 ЗПД-а РС.

[28] Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Directive 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law, "*Official Journal of the European Union*", L 186/80, 11.7.2019.

[29] У ФБиХ, такође, посљедњим измјенама Закона о привредним друштвима из 2021. године предвиђена је могућност доношења оснивачког акта у форми електронског документа, када су у питању друштва са ограниченом одговорношћу, али без даљњих прецизирања. Види чл. 304, ст. 3. наведеног Закона.

[30] Види чл. 5 Закона о електронском потпису Републике Српске, „*Службени гласник РС*", број 106/15.

[31] У Шпанији, на примјер, коришћење модела аката за једноставне компаније, које оснивају физичка лица и немају одбор директора, значајно је смањило трошкове оснивања. Наиме, они износе само 100€ за комплетну процедуру оснивања. Види S. A. Royo-Villanova, „Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: The Practioner's Perspective*", European Company and Financial Law Review*, 1-2/2019, 178.

виђени чл. 13h (1) Директиве 2019/1151, у виду обавезе држава чланица да их поставе на портале за регистрацију или веб-странице којима се може приступити преко једног дигиталног гејтвеја, барем за друштва са ограниченом одговорношћу. Они служе да олакшају и убрзају регистрацију друштва и да заврше процес електронске регистрације без физичког присуства оснивача (промотера) компаније.[32] Важна улога модела је у преношењу трошкова са оснивача на државу или друге субјекте који учествују у изради тих аката, тако да оснивачи не морају да плаћају услуге нотара или адвоката.

Садржај оснивачког акта прописан је законом, посебно за сваки правни облик привредног друштва или ортачког друштва. Ово се ради навођењем минималног садржаја без којег би акт био ништав (основни су подаци о оснивачима, пословном имену, сједишту и дјелатности друштва, као и врсти и вриједности уписаних удјела оснивача друштва), али је законом предвиђена могућност да се садржај прошири другим подацима од значаја за друштво и његове чланове, ако за то имају интерес.[33] Међутим, у пракси ријетко када садржај оснивачког акта превазилази законски минимум, већ се друга значајна питања у вези са статусом и функционисањем друштва регулишу накнадним општим актом, који, поред тога, не треба достављати у регистар привредних друштава у РС, без обзира на врсту привредног друштва, што је додатна погодност за чланове друштва.[34] За привредна друштва која имају такав додатни општи акт (уговор ортака, уговор чланова или статут) он је често значајнији од самог оснивачког акта, јер се њиме ближе уређују питања од интереса за функционисање друштва. Овај акт не мора бити у свечаној већ у обичној писаној форми и не морају увијек да га потписују сви чланови привредног субјекта, већ је у случају статута довољно да га потпише

[32] Т. Јевремовић Петровић, *Модели оснивачких аката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, 16.

[33] Види чл. 50 ст. 2 чл. 87 ст. 2, чл. 101 ст. 2 и чл. 180 ст. 2 ЗПД-а РС. У ФБиХ ова могућност није изричито прописана законом, али се у правној теорији сматра да би требало омогућити оснивачима да, осим питања наведених у ЗПД-у ФБиХ, регулишу и нека друга питања у оквиру других императивних норми ЗПД-а ФБиХ и Закона о облигационим односима. Видјети А. Гагула, 12.

[34] Стога се препоручује, посебно у случају акционарских друштава, да се оснивачки акт сведе само на обавезни законски садржај. Видјети М. Васиљевић (2010.), 255. О предностима и недостацима закључивања другог општег акта, видјети и Д. Марковић-Бајаловић, 41.

прво лице органа који је донио акт (нпр., предсједник управног одбора друштва).[35] Од садржаја овог додатног општег акта као и од садржаја оснивачког акта зависи да ли ће акценат у ДОО бити на личним или капиталним елементима.[36]

У ФБиХ чл. 22, ст. 1, тач. 3 Закона о регистрацији привредних субјеката за све облике привредних субјеката даје опште рјешење које утврђује обавезу достављања ових докумената, у форми статута, који не мора бити нотарски акт, већ само овјерен код нотара. Наиме, ступањем на снагу ЗПД-а ФБиХ, као *lex posterior* у односу на Закон о регистрацији пословних субјеката у ФБиХ, укинута је обавеза нотарске обраде оснивачких аката ДОО у ФБиХ.[37] У том смислу, чак и без узимања у обзир питања која су отворена одлуком Уставног суда Босне и Херцеговине од 2015. године,[38] више нема потребе за нотарском обрадом оснивачких аката у ФБиХ.[39] С друге стране, појединачне одредбе о потребној документацији за регистрацију појединих облика привредних друштава прописују обавезу достављања статута само у случају јавних акционарских друштава[40] у општем режиму и одређених спе-

[35] Види чл. 181 ст. 5 ЗПД РС.

[36] С обзиром на мјешовиту правну природу ове врсте привредних субјеката (има елементе и личних и капиталних привредних субјеката). Види Х. Шемић, Трговачко право (књига прва), Бихаћ/ Сарајево 2000., 73.

[37] Види чл. 304 ЗПД ФБиХ. Истовремено, мора се нагласити да је Уставни суд ФБиХ прогласио неуставним исте дијелове Закона о регистрацији пословних субјеката који се односе на форму оснивачког акта и статута друштва са јавним овлашћења и оснивачки акт ДОО. Види Пресуду Уставног суда ФБиХ број У-22/16 од 06.03.2019. године. Односи се на чл. 29 ст. 2 и 3 и чл. 36. ст. 1 Закона о регистрацији пословних субјеката ФБиХ.

[38] Одлуком Уставног суда ФБиХ број У-15/10 од 02.12.2015. године, којом је утврђено да чл. 73. Закона о нотарима ФБиХ, који је предвиђао нотарску обраду оснивачких уговора, није у складу са Уставом ФБиХ.

[39] Вид. A. Gagula, „Ugovorno uređenje odnosa osnivača u društvu sa ograničenom odgovornošću“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici,* 20/2017, 8.

[40] Ради терминолошког појашњења, мора се нагласити да се друштва капитала могу поделити на друштва са ограниченом одговорношћу или приватне компаније (под којима у локалној терминологији подразумијевамо и затворена акционарска друштва према терминологији ЗПД-а РС, одн. дионичка друштва са симултаним оснивањем према терминологији ЗПД ФБиХ) и јавне компаније (под којим у локалној терминологији подразумевамо отворена „акционарска друштва“ или „дионичка друштва“ са сукцесивним оснивањем, у зависности од тога да ли се користи терминологија ЗПД-а РС или ЗПД-а ФбиХ). Појам отворено акционарско

цијализованих друштава (банке, осигуравајућа друштва, друштва са јавним овлашћењима).[41]

Оснивачки акт, у форми уговора о оснивању, је прост уговор по Закону о облигационим односима, до регистрације привредног друштва, односно до стицања својства правног лица.[42] Дакле, овај уговор, његово закључивање, измјене и раскид регулисани су истим законским одредбама које регулишу и друге облигације (нпр. питања способности закључивања уговора и одсуства воље, једногласности у промјени његових одредби, правила о раскиду уговора и др.).[43] Тек од тренутка настанка новог правног лица, односно друштва дефинисаног оснивачким актом, сам акт производи статутарна дејства и постаје највиши правни акт тог друштва. Промјене његове правне природе најизраженије су код акционарских друштава, па се уговор, на примјер, више не мора мијењати једногласно, већ одређеним процентом квалификоване већине.[44]

2.2. Оснивачки улози

Разлика између РС, ФБиХ и БД је у могућности, која је предвиђена само у РС, да се у ДОО и затворена акционарска друштва, осим новца, ствари и права, уносе и извршени рад и услуге.[45] У отворена акционарска друштва, међутим, не могу се уносити ни рад ни услуге, било извршени

друштво има потпуно другачије значење у ЗПД-у ФБиХ (види чл. 105. ст. 3 наведеног Закона) и под њим се подразумијева ужи круг акционарских друштава која се оснивају сукцесивно и која испуњавају посебне услове. У законодавству Републике Српске таква јавна акционарска друштва називају се котираним друштвима, иако се не могу поистовјећивати са отвореним акционарским друштвима регулисаним законодавством ФБиХ. Наиме, ради се о отвореним акционарским друштвима која, уколико испуњавају услове из чл. 167. Закона о тржишту хартија од вриједности Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 92/06, 34/09, 8/12 – одлука Уставног суда, 30/12, 59/13, 86/13 – одлука Уставног суда, 108/13, 4/17, 63/21, 11/22 и 63/22), морају да уврсте своје акције на службено берзанско тржиште.

[41] Види чл. 23-27. Закона о регистрацији пословних субјеката ФБиХ. Слично рјешење садржи и Закон о регистрацији пословних субјеката у БД БиХ, види чл. 21-25.

[42] Видјети М. Васиљевић (2010), 63-64.

[43] *Ibid,* 63.

[44] Видјети, на примјер, чл. 330 ЗПД РС.

[45] Види чл. 45 ЗПД-а ФБиХ, који даје могућност уписа само новца, ствари и права. С друге стране, према чл. 79. ЗПД ФБиХ, извршене услуге се могу унијети као улог у ортачко друштво. Види и Диздаревић, 119; Х. Шемић, 116.

или будући.[46] Разлог оваквих законских ограничења, за разлику од ортачког и командитног друштва[47] у коме су дозвољене све врсте оснивачких улога, јесте ограничена одговорност његових чланова за обавезе друштва, што би могло довести до штете по повјериоце и немогућности наплате потраживања уколико би основни капитал био формиран само од ових врста улога, јер не би било могуће остварити потраживања.[48] ДОО у РС је изузетак, с обзиром на то да је законодавац фаворизовао осниваче да им да што више погодности у циљу развоја предузетничког духа, а на штету правне сигурности и заштите интереса повјерилаца овог типа привредних субјеката. Тако је данас потребна само 1 КМ по оснивачу као услов за оснивање ове правне форме привредних друштава,[49] за разлику од досадашње праксе тражења већих износа (по Закону о предузећима из 1998. било је потребно унијети 5.000 КМ). У ФБиХ за ДОО је и даље потребан нешто озбиљнији износ од 1.000 КМ.[50] Исти износ је потребан и у БД, али само у случају вишечланих друштава, док је за једночлана ДОО, као у РС, износ од 1 КМ довољан оснивачки капитал.[51]

3. Статус фазе прије инкорпорације

Процес оснивања привредног друштва је фаза кроз коју морају проћи оснивачи да би реализовали намјеру стварања новог субјекта. Морају, прије свега, да испуне законске услове како би показали своју озбиљност и вољу за оснивањем друштва. Период прије оснивања је познат као период привредног друштва *in statu nascendi* (њем. Vorgesellschaft). Овакво стање траје од закључења оснивачког акта до доношења рјешења о регистрацији привредног друштва од стране надлежног органа, што се сматра моментом стицања правног субјективитета друштва.[52] Међутим,

[46] Чл. 187 ст. 1 ЗПД РС.

[47] Под којим у локалној терминологији подразумевамо „ортачко друштво“, односно „друштво са неограниченом солидарном одговорношћу“. Види чл. 48-84. ЗОО РС и чл. 86-93. ЛБЕ ФБиХ.

[48] Видјети М. Васиљевић (2010), 66.

[49] Чл. 107. ЗПД-а РС.

[50] ЗПД ФБиХ, чл. 307, ст. 1. Такође, вриједност улога појединца не може бити мања од 100 КМ.

[51] Види чл. 343 ст. 1 Закона о предузећима БД БиХ.

[52] Видјети З. Васиљевић, „Правна природа стања преддруштва“, *Право и привреда*, 4-6/2016, 164-167.

прије закључења уговора о оснивању, оснивачи већ раде на формирању друштва, тако да постоји још једна фаза која претходи стању друштва у настанку и могли бисмо је назвати предоснивачким друштвом. Њемачка правна теорија посебно инсистира на издвајању ове фазе инкорпорације.[53] Ако се, међутим, закључи предуговор о оснивању, онда би се ова фаза могла назвати и предуговорним друштвом.

За период предоснивачког или предуговорног друштва неспорно је да оно има грађанскоправну природу и да је најближе облику грађанског ортачког друштва.[54] Дакле, у овој фази оснивачи одговарају за преузете обавезе солидарно свом својом имовином.[55] Разлика је у томе што ако је закључен предуговор, уз поштовање форме и обавезног садржаја потребних за оснивачки акт, предуговор би могао имати снагу оснивачког уговора и, у случају спора, судска пресуда би могла да замијени конститутивни акт друштва.[56] Ово се може десити ако неко од лица које је потписало предуговор одбије да предузме потребне правне радње у циљу оснивања друштва или одбије да потпише оснивачки акт. У сваком случају, правила о промијењеним околностима, на основу којих може престати обавеза закључења уговора, могла би да се примјењују на предуговор ако су се околности у међувремену толико промијениле да предуговор не би био закључен да су такве околности постојале у вријеме његовог закључења.[57] Коначно, оснивачи могу једноставно одлучити да не подносе пријаву за регистрацију, за шта им није потребан било какав разлог и друштво у том случају неће бити основано.

Озбиљније дилеме постоје у вези са утврђивањем правне природе друштва *in statu nascendi*. Опречни ставови се заснивају на два основна концепта које су изградиле њемачка и француска правна теорија. Прва

[53] G. Hueck/ C. Windbichler, *Gesellschaftsrecht,* Beck, C H, Munich 2008, 206-207. 14.; F. Kübler, *Gesellschaftsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 1994, 433.

[54] Вид. J. Barbić, *Pravo društava – opći dio*, Organizator, Zagreb 2008, 201.;G. Hueck/ C. Windbichler, 207.

[55] У нашој правној теорији преовлађује став да за обавезе које један ортак преузима у име ортачког друштва, други ортаци одговарају као заједнички јемци. Видјети Д. Марковић-Бајаловић, 45. У сваком случају, ово питање је ријешено у чл. 12 ст. 1 ЗПД РС који прописује да оснивачи привредног друштва и друга лица солидарно одговарају својом имовином за обавезе преузете у вези са његовим оснивањем, осим ако уговором са трећим лицем које има потраживања по том основу није другачије одређено. Сличан закључак се може извести из чл. 4 ст. 3 и 4 ЗПД ФБиХ.

[56] J. Barbić (2008), 202-203.

[57] *Ibid,* 203.

правна теорија сматра да већ у овој фази треба препознати ограничени правни субјективитет друштва, односно третирати га као друштво у настајању и сходно томе примијенити правила компанијског права. Други правац сматра да се у овој фази ради само о облигационим односима, било да се ради о унутрашњим односима између оснивача или екстерним према трећим лицима. Стога се у овој фази може прихватити само грађанскоправна природа која је најближа уговору о грађанском ортаклуку.[58] Ово питање поставља дилеме и у компанијском праву ЕУ, које је настојало да га усклади, посебно у циљу заштите трећих лица која склапају уговоре са представницима компаније у фази оснивања, како би се избјегла ситуација да се нико не сматра одговорним за обавезе из таквих уговора.[59] Дакле, Директива 2017/1132,[60] у чл. 7. прописује да у случају обављања радње у име друштва прије него што оно стекне правни субјективитет и друштво не преузме обавезе које из такве радње проистичу, сва лица која су деловала одговараће солидарно неограничено за испуњење. Дакле, постоји могућност утврђивања одговорности не само на страни оснивача, већ и на страни трећих лица која су учествовала у оснивању привредног друштва.

Спор око утврђивања правне природе друштва у настајању такође може имати значајне практичне импликације. Наиме, у овој фази се обично предузимају одређене правне радње како би се будуће друштво што прије укључило у правни промет. На примјер, закључују се уговори о закупу пословног простора, набавци опреме, ангажовању радника, именовању заступника, итд.[61] Уосталом, морају се предузети одређене радње које захтијевају трошкове за које се очекује да буду надокнађени од будуће компаније, као што је отварање привременог рачуна, овјера или обрада оснивачког акта, слање јавног позива за куповину акција у случају отвореног акционарског друштва, итд. Уколико прихватимо концепт правног јединства између друштва у настајању и будућег друштва, морао би се прихватити и режим законског уступања потраживања и обавеза од оснивача према друштву у моменту стицања правног субјек-

[58] Видјети више: З. Васиљевић, 166-168.

[59] М. Васиљевић/ В. Радовић/ Т. Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 113-115.

[60] Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (codification), "*Official Journal of the European Union*", L 169*,* 30.06.2017.

[61] Видјети М. Васиљевић (2010), 68.

тивитета, какво рјешење је и усвојено у Закону о предузећима РС из 1998. Ако се, међутим, полази од теорије правног раздвајања, онда би до преноса права и обавеза могло доћи само ако то прихвате органи корпоративног управљања новоформираног друштва. Ово је концепт уговорног уступања који је експлицитно понудио законодавац у РС,[62] док се у ФБиХ то имплицитно претпоставља. Наиме, ЗПД ФБиХ прописује да прије регистрације привредног друштва нико не може дјеловати у његово име, те да онај ко прекрши ово правило одговара за обавезе свом својом имовином (неограничено солидарно).[63] Прописано је и у чл. 309 (1) ЗПД ФБиХ, али само у случају ДОО, да се трошкови оснивања дијеле између оснивача у висини њихових удјела, осим ако оснивачким актом није другачије одређено. Овакво рјешење упућује на закључак да се законодавство ФБиХ може сврстати у она која прихватају искључиво грађанскоправну природу друштва *in statu nascendi*.

Међутим, уговор о грађанском ортаклуку је још увијек неименован у нашем праву. Својевремено је ово било регулисано Аустријским грађанским закоником из 1811. године (у даљем тексту: АГЗ),[64] који се на територији БиХ примјењивао као супсидијарни извор права.[65] Коначно, можда најдрастичнија разлика између два концепта утврђивања правне природе прединкорпорационе фазе види се у процесу оснивања једночланог друштва, што је могуће у случају затвореног акционарског деуштва и

[62] Наиме, у чл. 12 ЗПД РС прописано је да оснивачи друштва и друга лица за обавезе преузете у фази оснивања одговарају солидарно цјелокупном својом имовином, осим ако уговором са трећим лицем које има право на потраживање по овом основу није другачије одређено. За исте обавезе привредно друштво може солидарно одговарати са оснивачима или другим лицима само ако након регистрације преузме обавезе у складу са законом.

[63] Чл. 4, ст. 3 и 4 ЗПД ФБиХ.

[64] Проглашен је у Бечу под насловом *Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer, Justizgesetzsammlung,* No. 1-6/1811. Три пута је мијењан – 1914, 1915. и 1916. године.

[65] Могло би се рећи да данас АГЗ у РС представља извор права који спада у групу извора под називом *lex mercatoria* (чак и у судској пракси РС прихвата се примјена АГЗ-а „због очигледне правне празнине у уређивању ове материје у позитивној регулативи“), види пресуду Врховног суда РС, број 72 О П 043480 20 Рев, 06.07.2021.); док се у ФБиХ у чл. 1107 пара. 6 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89- одлука Уставног суда и 67/89, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/92, 13/93. и 13/94, *Службене новине ФБиХ*, бр. 29/03 и 42/11) изричито наводи да се правила АГЗ-а у погледу партнерства могу примјењивати ако су у складу са њеним Уставом и законима.

друштва са ограниченом одговорношћу. Заговорници теорије идентитета и даље сматрају да постоји преддруштво, те да је потребно примијенити исти режим као и у случају вишечланих преддруштава, с обзиром да постоји и потреба предузимања одређених правних радњи прије регистрације, барем оних прописаних законом, као што је обавеза уношења улога. Сматра се да у тренутку уношења ови депозити више не припадају оснивачу, па се не могу одузимати ради намирења потраживања његових личних повјерилаца. То такође може довести до злоупотреба.[66] С обзиром на то да грађанско друштво не може да се састоји од само једног ортака, на овај начин није могуће утврдити правну природу једночланог преддруштва. Сматрамо да у овом случају не можемо уопште да разговарамо о преддруштву, јер нема потребе да једини оснивач регулише своје односе са било ким, па треба и даље да буде лично одговоран према трећим лицима за све предузете радње све док намјеравано друштво не буде основано.[67]

4. Упис у надлежни регистар

4.1. Стање и тенденције промјена у БиХ

Да би привредно друштво стекло правни субјективитет и, на основу тога, могућност самосталног дјеловања у правном промету, потребно је уписати га у надлежни регистар. У упоредном праву постоји тренд да овај регистар воде управне организације по правилима управног поступка, како би се растеретили судови. Међутим, у БиХ је и даље у судској надлежности, односно надлежности окружних привредних судова у РС и општинских судова у ФБиХ, који су основали привредна одјељења.[68] Такође, у БД је поступак регистрације у надлежности Основног суда БД.

Међутим, доношењем Закона о регистрацији пословних субјеката (у даљем тексту: ЗРПС) у РС 2013. године остварен је одређен напредак у погледу увођења једношалтерског система[69] који подно-

[66] То признају и присталице поменутог концепта. Видјети: Ј. Барбић (2008), 199-200.

[67] З. Васиљевић, 176.

[68] По један у сваком кантону ФБиХ.

[69] Иако се овај систем регистрације примјењује и у ФБиХ, али без учешћа било које управне организације. Видјети: чл. 50, ст. 2 и чл. 74-75 Закона о регистрацији пословних субјеката у ФБиХ. Једношалтерски систем предвиђен је и новим Законом о регистрацији пословних субјеката у БД, види чл. 2, ст. 1, тач. д).

сиоцима захтјева пружа јединствену услугу Агенције за посредничке, информатичке и финансијске услуге РС (у даљем тексту: АПИФ), као ентитетске управне организације. АПИФ пружа услуге како у поступку регистрације код надлежног регистарског суда тако и у поступку добијања пореског идентификационог броја код надлежног пореског органа, а по могућности и добијања царинског броја код Управе за индиректно опорезивање БиХ.

РС је отишла и даље у регулисању тзв. електронске регистрације,[70] која представља пружање услуга на једној виртуелној локацији током процеса регистрације код надлежног регистра, Пореске управе и АПИФ-а, примјеном техничких метода коришћењем квалификованог електронског сертификата за идентификацију подносиоца захтјева и правоснажно потписивање докумената у форми електронског документа. Посебно су допринијеле измјене и допуне ЗРПС из 2019. године, учињене у складу са новом Директивом 2019/1151, у којој је највише пажње посвећено управо овом питању, односно електронској регистрацији. Дефинисан је Јединствени информациони систем за регистрацију пословних субјеката РС (скраћено: ЈИС), који се користи за електронску комуникацију и размјену података између учесника у процесу регистрације. Направљен је електронски формулар за пријаву, а подносилац захтјева мора бити регистрован у ЈИС-у и имати креиран начин аутентификације и кориснички налог. Метод аутентификације је квалификовани електронски сертификат подносиоца захтјева којим се врши пријава у ЈИС-у. Овај сертификат издаје квалификовано сертификационо тијело са

[70] Иако се мора нагласити да прелазне и завршне одредбе, односно чл. 89а. ЗРПС РС дефинишу да је поступак електронске регистрације омогућен само за ДОО, у складу са чл. 13г(1) Директиве 2019/1151, те да ће процес електронске регистрације и резервације пословног имена започети када се стекну технички услови, штитећи тако законодавца од јаза између стварног и нормативног. Међутим, овај поступак је дозвољен само оним друштвима са ограниченом одговорношћу чији су оснивачи домаћа физичка или правна лица. У овој фази Агенција још припрема платформу на којој ће се одвијати електронска комуникација. Проблем је, међутим, недостатак квалификованих сертификационих тела која би пружала услуге привредним субјектима и институцијама РС у складу са Законом о електронском потпису РС. У ЗРПС ФБиХ у чл. 48, ст. 2, с друге стране, прописано је само да је могуће поднијети пријаву за регистрацију електронским путем ако је могуће поднијети и верификовати електронски потпис, без даљег елаборирања ове материје. У БД на почетку имплементације новог ЗРПС, од 1. јануара 2021. електронска регистрација треба бити омогућена за ДОО и предузетнике.

сједиштем у РС, БиХ или иностранству. У самом поступку електронске регистрације, комуникација између подносиоца захтјева и надлежног регистарског суда и пореског органа обавља се у складу са Законом о електронској трговини РС.[71]

Разлог за увођење АПИФ-а као посредника у процесу регистрације је управо његова боља припремљеност за процесе електронске комуникације. Улога АПИФ-а[72] је да обезбиједи софтверски програм, техничку исправност, одржавање и испоруку електронских података главне књиге Регистра, као и правилно и трајно функционисање ЈИС-а.

Почевши од 2021. године, поменути стандарди су требали почети да се имплементирају и у пракси БД. Ово доприноси реализацији процеса дигитализације компанијског права, која је посебно пожељна у процесу регистрације привредних друштава. Међутим, мора се нагласити да се БиХ и даље суочава са проблемом недостатка квалификованих сертификационих тијела и да је процес успостављања првог тијела које би требало да пружа ову врсту услуга крајем 2018. године у РС започела бивша Агенција за Информатичко друштво РС, које је у децембру 2018. године трансформисано у посебно одјељење једног од министарстава,[73] да би у септембру 2023. године поново било одвојено од Министарства. Овај процес још није завршен.

Коначно, у БиХ се страни субјекти изједначавају са домаћим, осим у поступку електронске регистрације, у који још нису укључени. У поступку класичне папринe регистрације, страна физичка и правна лица су додатно морала испунити само један услов, а то је пријавити улагање Министарству спољне трговине и економских односа БиХ. Стога је ова подваријанта нормативног система оснивања привредних друштава именована као систем пријаве.[74] Сада овај поступак проводи регистарски суд, односно АПИФ, у зависности од тога да ли се оснивање врши у РС или ФБиХ.[75]

---

[71] Закон о електронском пословању РС, „*Службени гласник Р. Српске*“, бр. 59/09 и 33/16.

[72] У сарадњи са Владом РС.

[73] Министарство за научно-технолошки развој, високо образовање и информационо друштво РС.

[74] Видјети М. Васиљевић, *Пословно право*, Београд 1999., 53.

[75] Види чл. 25 ст. 2 ЗРПС РС.

4.2. Детаљи процеса регистрације у БиХ

Како је истакнуто, процес регистрације у БиХ није једнообразно уређен, већ постоје различите процедуре у ентитетима и БД. Процес регистрације у РС почиње подношењем пријаве АПИФ-у. Ово се може урадити директно у просторијама АПИФ-а, поштом или електронским путем. Потписивање електронске пријаве и докумената, као и прилагање и верификација електронских докумената, врши се у складу са прописима којима се уређује електронски документ и електронски потпис. Поред квалификованог електронског потписа, на обрасцу пријаве треба ставити и квалификовани електронски печат правног лица.[76] Пријава мора бити уредно попуњена и приложена са свом траженом документацијом у зависности од правне форме привредног субјекта. Изузетно, према чл. 6, ст. 7 ЗРПС РС, подносилац захтјева у поступку електронске регистрације нема обавезу достављања докумената када, за потребе доказивања испуњености услова за регистрацију, орган за регистрацију може електронски користити податке из релевантних регистара других надлежних органа, о чему ће се подносилац пријаве обавијестити путем ЈИС-а.[77] У сваком случају, за сваки од организационих облика привредних субјеката, банака, друштава за осигурање, јавних предузећа, задруга и других правних лица, као и пословних јединица привредних друштава, посебно је прописана документација потребна за упис у Регистар. У случају подношења докумената на страном језику, потребан је превод овлашћеног судског тумача, а стране јавне исправе не подлијежу поновној овјери, под условом реципроцитета.

На основу чл. 7, ст. 4 Оквирног закона о регистрацији пословних субјеката у БиХ, пријава се може поднијети било ком регистарском суду, без обзира на сједиште субјекта регистрације, у ком случају се без одлагања просљеђује надлежном суду. Сходно томе, пријава се може поднијети било којој организационој јединици АПИФ-а без обзира на сједиште субјекта регистрације. Сам АПИФ ће затим писмено и електронским путем упутити предмет надлежном суду на одлучивање. АПИФ је

[76] Чл. 6 ст. 5 ЗРПС РС.

[77] Тако се, на примјер, подаци о имену и презимену, ПИБ-у, адреси пребивалишта, броју идентификационог документа и сл., код физичких лица, провјеравају у одговарајућој евиденцији преко Министарства унутрашњих послова. Такође, на исти начин, преко Регистра новчаних казни, провјерава се да ли су плаћене све казне и други трошкови за прекршаје учињене у области привредно-финансијског пословања.

дужан да добије ЈИБ од надлежног пореског органа прије него што преда захтјев суду. Надлежни порески орган ће, ако не постоје сметње, издати ЈИБ истог дана по пријему пријаве, а најкасније у року од два дана.[78]

У ФБиХ и БД пријава се подноси директно у регистар,[79] а то могу учинити сами оснивачи или преко овлаштеног заступника/агента или пуномоћника. Према чл. 48, ст. 1 ЗРПС ФБиХ, пуномоћник може бити само адвокат или нотар, што је у складу са правилима парничног поступка. Међутим, мора се нагласити да, на горе наведени начин ангажовани, адвокат или нотар немају улогу промотера (оснивача) друштва.[80] Такву улогу немају ни у енглеском праву, одакле долази овај институт, ако дјелују у чисто заступничком својству.[81]

Образац пријаве за регистрацију треба да буде доступан у регистарским судовима или на релевантним интернет страницама (регистрационих судова или АПИФ-а) и њиме се не може трговати, како је прописано у чл. 16, ст. 3 Оквирног закона о регистрацији пословних субјеката у БиХ. У ФБиХ још увијек није дефинисана процедура за подношење захтјева за регистрацију електронским путем, остављајући само законску могућност за такав чин. Међутим, судови неће бити у обавези да издају рјешења о регистрацији на основу таквих пријава док се не утврди идентитет подносиоца захтјева или оснивача.[82] У БД, пак, нови ЗРПС регулише поступак електронске регистрације, а слично као и у РС, у чл. 65, ст. 2 прописано је да се провјера идентитета подносиоца захтјева и верификација регистрационих исправа врши у складу са прописима којима се уређује електронски потпис и електронски документ.

Надлежни регистарски суд у РС такође има рок од два дана од дана пријема пријаве да испита и утврди да ли су испуњени услови за упис у судски регистар и, ако јесте, да донесе рјешење о упису. То је краћи

---

[78] Види чл. 9, ст. 2 ЗРПС РС.

[79] Захтјев за упис може се поднијети било ком регистарском суду, без обзира на сједиште субјекта уписа, јер је у сваком случају ненадлежни регистарски суд дужан да је достави по службеној дужности и без одлагања надлежном регистарском суду. Види чл. 8, ст. 4 ЗРПС ФБиХ и чл. 6, ст. 4. ЗРПС БД БиХ, у складу са чл. 7, ст. 4. Оквирног закона о регистрацији пословних субјеката у БиХ.

[80] Више о промотерима: Н. Јовановић, „Треба ли у Србији правно уредити промотере“, *Право и привреда*, 4-6/2019, 124-131.

[81] Вид. P. L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London 2008, 106.

[82] Види чл. 48, ст. 2 и 3 ЗРПС ФБиХ.

рок од оног који је прописан у чл. 20, ст. 1 Оквирног закона о регистрацији пословних субјеката у БиХ, што је пет радних дана од уредно поднесеног захтјева.[83] Ако, међутим, услови за регистрацију нису испуњени, пријава се одбија. Тиме је испуњен услов из чл. 10 Директиве 2017/1132 за организовање превентивне контроле оснивања привредних друштава на националном нивоу. О пријави за упис у регистар одлучује судија појединац, који вреднује испуњеност формалних[84] и материјалних[85] услова за регистрацију, али и провјерава да ли је регистровано или само резервисано исто или слично компанијско име другог постојећег или будућег друштва које обавља дјелатност или треба да обавља исте или сличне дјелатности, што би могло да изазове забуну у погледу идентитета таквих друштава у правном промету. Такође, у случају сумње у аутентичност акта којим се доказује чињеница која је предмет уписа или законитост поступка у коме је акт донијет или правне радње која је предмет уписа, регисрациони суд може одржати рочиште, након чега доноси рјешење о регистрацији. О питањима у вези са вођењем поступка регистрације одлучује се закључком.

О упису у Регистар одлучује надлежни суд рјешењем које се издаје у материјалној и електронској форми,[86] које садржи основне податке о субјекту уписа. Оваква одлука, као и сви документи које издаје надлежни регистарски суд у поступку електронске регистрације, имају својство

[83] Исти рок прописан је чл. 81, ст. 2 ЗРПС ФБиХ. С друге стране, у БД, као и у РС, прописан је рок од 2 радна дана. Види чл. 84, ст. 1 ЗРПС БД БиХ.

[84] Под формалним условима подразумијева се да је пријава поднијета на прописаном обрасцу и потписана од стране подносиоца захтјева, да су уз пријаву приложена сва потребна документа у оригиналу или овјереној фотокопији и да су састављена у прописаној процедури и уз прописане садржине и да су испуњени други формални услови прописани актима који се примјењују у поступку регистрације. У случају електронске регистрације пријава и пратећа документа морају бити сачињени у складу са прописима који уређују ову материју (израда електронског потписа и електронског документа).

[85] Под материјалним условима подразумијева се да је захтјев за упис одређених података у складу са законом о регистрацији и другим законима којима се уређује област уписа тих података, као и у складу са одредбама општих аката којима се уређују подаци, тј. промјене података уписаних у судски регистар. Видјети: чл. 11, ст. 3 ЗРПС РС, чл. 53, ст. 3 ЗРПС ФБиХ и чл. 55, ст. 3 ЗРПС БД БиХ.

[86] Које се доставља подносиоцу захтјева у виду електронског документа потписаног електронским потписом судије са електронским печатом матичног суда. Види чл. 63а, ст. 1, тач. а) ЗРПС РС и чл. 65, ст. 3 ЗРПС БД БиХ. Овом радњом се такође завршава процес електронске регистрације.

јавне исправе (као и штампани примјерак) и њихова правна ваљаност се не може оспоравати због чињенице да су издати у виду електронског документа. Електронска копија рјешења о регистрацији, одмах по доношењу, доставља се пореском органу, јединици локалне самоуправе и заводу за пензијско и инвалидско осигурање, према сједишту субјекта регистрације, као и надлежном статистичком органу ентитета, односно БД, надлежном царинском органу (ако субјект регистрације региструје спољнотрговинске послове), и надлежним регулаторним органима, у складу са посебним прописима којима се уређују услови за обављање одређених дјелатности, ако је предмет регистрације таква дјелатност.

Одлуке суда се подносиоцу могу доставити у штампаној верзији, електронским путем или преко АПИФ-а РС, који може, истицањем обавјештења на својој интернет страници или објављивањем на огласној табли, позвати подносиоца да преузме одлуку у просторијама АПИФ-а, уколико се подносилац захтјева опредијелио за такав начин доставе.[87] Без обзира на изабрани начин достављања, све одлуке регистарских судова донијете у поступку регистрације објављују се на сајту АПИФ-а, што је у складу са принципом јавности и доступности података без накнаде. Начело јавности је један од најважнијих принципа поступка регистрације. То значи да су подаци из Главне књиге Регистра јавни и доступни свим заинтересованим лицима, без потребе доказивања правног интереса, у складу са посебним прописима којима се уређује заштита података о личности, док се приступ Збирци исправа субјекта уписа може извршити ако постоји оправдан правни интерес.[88] Изводи, као и увјерења и потврде из регистра су јавне исправе, било у штампаној или електронској форми. Јавност је додатно омогућена обавезом објављивања уписа у службеним гласилима ФБиХ и БД, као и на веб страници судског регистра у БД. Увид у податке објављене путем интернет странице је бесплатан, а у БД је изричито прописано да је бесплатно и право на увид у јавне податке главне књиге.[89]

---

[87] Ако подносилац захтјева не донесе одлуку у року од осам дана од дана истицања обавјештења, Агенција ће извршити доставу објављивањем одлуке о трошку подносиоца захтјева у Службеном гласнику РС, као и на својој интернет страници и огласној табли. Испорука се сматра обављеном након 15 дана од дана објављивања. Види чл. 14, ст. 3-5 ЗРПС РС.

[88] Види чл. 3, тач. д) ЗРПС РС.

[89] У принципу, ови подаци су доступни преко претраживача на веб страници регистра. Види чл. 9 ЗРПС БД БиХ.

Против рјешења о упису у Регистар заинтересовано лице (субјекат уписа и лице које има правни интерес – нпр. повјериоци из фазе оснивања и др.) може изјавити жалбу другостепеном суду (Вишем привредном Суду у РС, Окружном суду у ФБиХ и Апелационом суду у БД), у року од осам дана од пријема првостепене одлуке.[90] Такође, лице које сматра да су му рјешењем о регистрацији повријеђена права и интереси засновани на закону, а није му достављен препис рјешења, може изјавити жалбу у дужем року који се рачуна од сазнања за упис или објављивање рјешења о регистрацији.[91] У другом степену одлучује вијеће од тројице судија. Рок за доношење одлуке по жалби је 30 дана. Није дозвољено обнављање поступка за упис у регистар (*restitutio in integrum*) и ванредни правни љекови, као што су ревизија и понављање поступка, нису дозвољени. Одредбе Закона о парничном поступку РС односно ФБиХ сходно се примјењују на сва питања која нису уређена у два ентитетска закона о регистрацији пословних субјеката.[92]

Новоосновано друштво је уписано у Регистар пословних субјеката, који је јавна књига која садржи податке и документе о привредним субјектима на територији ентитета БиХ. Састоји се од Главне књиге и Збирке исправа. И Главна књига и Збирка испраа у РС се воде и електронски и „писмено“,[93] док је у ФБиХ и БД то прописано као обавеза само у случају Главне књиге, док је вођење Збирке исправа у електронском облику прописано као опционо.[94] Главна књига у електронској форми доступна је свим регистарским судовима у БиХ и тако је успостављен систем међусобне повезаности регистара у БиХ, преко којег ће електронске копије докумената и информације бити јавно доступни.

[90] То је исти рок у свим законима.

[91] Види чл. 66, ст. 5 ЗРПС РС и чл. 63, ст. 3 ЗРПС ФБиХ.

[92] Види чл. 61, ст. 8 ЗРПС РС и чл. 57, ст. 6 ЗРПС ФБиХ. Занимљиво је да је у ЗРПС БД БиХ у чл. 59, ст. 6 прописана одговарајућа примјена закона којим се уређује ванпарнични поступак.

[93] Види чл. 20, ст. 2 и 6 ЗРПС РС. Закон користи израз „писана“, мада би прикладнији термин био „папирна“ форма, пошто је електронски облик у крајњој линији писани облик.

[94] Чл. 10, ст. 2 и 5 ЗРПС ФБиХ и чл. 8, ст. 2 и 8 ЗРПС БД БиХ.

4.3. Процеси регистрације у сусједним земљама

БиХ, као бивша република Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, која се налази у њеном централном дијелу, граничи се са бившим југословенским републикама, Србијом, Хрватском и Црном Гором, са којима дијели дугу заједничку историју и баштини правну традицију са заједничким коријенима. Стога су и у области компанијског права ове земље прошле сличан пут.

4.3.1. Србија

У Србији је 2004. године почело увођење управног поступка регистрације и једношалтерског система. Регистрацију врши Агенција за привредне регистре (у даљем тексту: АПР), као управна организација.[95] Поред тога, АПР је самоодржива, јер се финансира из накнада које се наплаћују за пружене услуге. Висина накнаде за пружене услуге утврђује се у складу са принципом јефтиног пружања јавних услуга. Рок за регистрацију је пет радних дана од пријема пријаве, а у случају неодлучивања, сматра се да је пихваћена. Изузетак су само случајеви ненадлежности, достављање података или докумената који не подлијежу регистрацији или су већ регистровани, неподношење пријаве у законом прописаном року (ако је рок услов за регистрацију), неблаговремено подношење или подношење непотпуно исправљене пријаве ако је претходни захтјев одбијен због недостатака или када је упис података или докумената у супротности са законом или актом надлежног органа.[96] Овим рјешењем уведен је принцип „ћутања администрације“, како би се унаприједила ефикасност јавне управе.

Измјенама Закона о привредним друштвима, од јуна 2018. године, омогућена је електронска регистрација свих правних облика привредних друштава и укинута употреба пословног печата у пословној комуникацији. Прописана је могућност израде оснивачког акта у електронској форми, у ком случају се овјера потписа замјењује квалификованим електронским потписима чланова друштва, осим ако је то супротно про-

[95] Ово такође задовољава концепт да су сви регистри на једном месту.

[96] Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, „*Службени гласник Р. Србије*“, бр. 99/11, 83/14, 31/19 и 105/21, чл. 15 и чл. 19. у вези чл. 14, ст. 1, 3, 4 и 10-13.

писима којима се уређује промет непокретности.[97] То практично значи да су нотари и даље укључени, али само у електронски процес. Наиме, оснивачи састављају акт у писаној форми, предају га нотару, који га дигитализује и, након провјере идентитета оснивача у складу са посебним законом којим се уређује овјера потписа, рукописа и преписа, овјерава својим квалификованим електронским потписом или електронским печатом.[98] Право Србије нема ни обавезујуће законске моделе оснивачких аката, већ само приватне које је саставила АПР која их бесплатно нуди корисницима својих услуга.[99]

Према чл. 11, ст. 1 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, електронска пријава за регистрацију подноси се АПР-у путем корисничке апликације којом се обезбјеђује пријем електронских докумената и доказ о уплати накнаде за регистрацију. И поред испуњености нормативног предуслова за електронску регистрацију свих правних облика привредних субјеката, у почетку је то у пракси било изводљиво само у случају предузетника, а од краја 2018. године омогућено је и за једночлана ДОО, чији минимални основни капитал износи 100 динара.[100] Коначно, средином 2019. године уведена је могућност спровођења комплетног поступка електронске регистрације за вишечлане затворене компаније (друштва са ограниченом одговорношћу и акционарска друштва), док то још увијек није могуће у случају отворених акционарских друштава. Могућност електронске регистрације оснивања без физичког присуства, у случају наведених облика привредних субјеката, функционише од краја 2018. године. Међутим, када је ријеч о страним правним лицима у својству оснивача, могућност електронске регистрације је првобитно била искључена,[101] а сада је дозвољена свим физичким и правним лицима, без обзира на њихову националност.[102] У сваком случају, може се констатовати да у Србији постоји веома ефикасна регистрација оснивања привредних друштава, која је и прије увођења електронске регистрације у 99 одсто случајева вршена у року од 24 сата

[97] Д. Вујисић, „Дигитализација компанијског права“, *Право и привреда*, 4-6/2019, 150.

[98] Закон о привредним друштвима у Србији, „*Службени гласник Р. Србије*“, бр.36/11,99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 и 109/21, чл. 11, ст. 3 и 4.

[99] Вид. *www.apr.gov.rs* (26.01.2022).

[100] Мање од 1 €.

[101] Т. Јевремовић Петровић (2019), 132.

[102] Т. Јевремовић Петровић, „Електронска регистрација оснивања привредних друштава у Републици Србији“, *Право и привреда*, 3/2021, 314.

од подношења пријаве за регистрацију са пратећом документацијом.[103] Мора се истаћи да електронска регистрација и даље не искључује могућност тзв. папирних регистрација, али уколико се оснивач опредијели за електронску регистрацију, сва документа морају бити достављена у електронској или дигитализованој форми, а никако у папирној форми.[104] Коначно, све компаније су обавезне да имају *e-mail* адресу преко које комуницирају са другим субјектима и коју морају регистровати. Према чл. 21 ЗПД-а Републике Србије, привредна друштва такође морају бити регистрована као корисници услуга е-управе.

4.3.2. Хрватска

Хрватска је једина од земаља у окружењу чије законодавство посебно регулише поједностављено ДОО. Овај облик друштва уведен је по узору на њемачко *Unternehmersgesellschaft haftungsbeschränkt* (скраћено: UG)[105] и може га основати највише пет чланова путем записника које попуњава нотар.[106] Ови обрасци записника су приложени уз текст измјена Закона о трговачким друштвима од 2012. године, којима је уведена ова форма друштава, али су измјенама из 2019. године замијењени новим обрасцима. Основна предност овог облика друштва у поређењу са класичним ДОО је то што основни капитал износи само 1€, умјесто 2.500 €, колико је потребно за класично ДОО, а карактерише га једноставнији поступак оснивања и смањени трошкови оснивања у односу на стандардно ДОО.

Измјенама и допунама Закона о трговачким друштвима, ради административног растерећења, укинута је обавеза уписа пословних објеката у главну књигу регистра привредног суда,[107] већ се то уписује само као

[103] Т. Јевремовић Петровић (2019), 121 – 122.

[104] Т. Јевремовић Петровић (2021), 316. Дигитализација је претварање документа који није издат у електронском облику у електронски облик. Види чл. 2, ст. 1, т. 43-44 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, „*Службени гласник Р. Србије*“, бр. 94/2017 и 52/2021.

[105] За више о овој правној форми привредних друштава, вид.: A. Bartolacelli, „Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition“, *European Company and Financial Law Review,* 1/2017, 203.

[106] Закон о трговачким друштвима Хрватске, „*Службене новине РХ*“, бр. 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15 и 40/19, чл. 390а, ст. 1.

[107] У хрватском праву, иначе, прихваћен је концепт судске регистрације, као у Аустрији

евиденција, осим ако се ради о дјелатности која се може обављати само уз сагласност, дозволу или други акт надлежног органа. Пословни објекат, дакле, више није саставни дио оснивачког акта. Такође, уведена је и олакшица у погледу могућности уписа четвртине, уместо дотадашње половине основног капитала прије уписа, с тим да се остатак мора уплатити у року од годину дана.[108]

Измјене и допуне хрватског Закона о трговачким друштвима из 2019. од посебне су важности за олакшавање оснивања друштава у циљу развоја предузетничке дјелатности. Наиме, према чл. 397а, ст. 1 овог закона могуће је оснивање привредног друштва на даљину у облику ДОО или поједностављеног ДОО. Ови облици друштава могу се оснивати без пуномоћја преко сајта система судског регистра, користећи систем аутентификације који гарантује високу сигурност у погледу идентитета лица које приступа поменутом систему. У поступку оснивања користе се модели уговора или изјаве о оснивању у електронској форми, који су дати у прилогу Закона, а сви остали документи се достављају у електронском облику. На овај начин хрватски закон омогућава оснивање друштва без физичког присуства. Ова могућност критикована је, прије свега од стране представника нотарске струке, још 2017. године, када је разматран приједлог Закона о оснивању трговачког друштва на даљину. Међу бројним ризицима директне електронске регистрације, посебно су истицани повећана опасност од крађе идентитета, немогућност лаког утврђивања недостатка воље оснивача, односно да ли постоје елементи принуде или пријетње, немогућност давања правног савјета неукој странци, нарушавање повјерења у јавни регистар, а самим тим посредно и у мала и средња предузећа регистрована електронски, што би довело до нежељених посљедица у њиховим односима са пословним партнерима (посебно повјериоцима) и др.[109] Ипак, превагнуо је прагматичан интерес да се олакша процес инкорпорације и усклађивања са најновијим *acquis communautaire*, оличеним у новој Директиви 2019/1151.

Закон о судском регистру усклађен је са измјенама које доносе измјене Закона о привредним друштвима, па је овим законом регулисана

и Немачкој, па се упис врши у привредним судовима надлежним по основу мјесне надлежности.

[108] Види чл. 390, ст. 2 Закона о трговачким субјектима Хрватске.

[109] M. Grbac/ A. Grbac, „Javni bilježnik i elektroničko osnivanje društava sa ograničenom odgovornošću“, *Javni bilježnik,* 44/2017, 26-27.

могућност даљинског оснивања друштва путем сајта судског регистра у оквиру СТАРТ система, којем се може приступити путем акредитива које издаје Национални систем за идентификацију и аутентификацију.[110] Као и у Србији, уведена је обавеза пријављивања мејл адресе, у року од три мјесеца од регистрације, а приступ јавним подацима и објављивање документа у електронској форми мора бити омогућен путем сајта регистра, без накнаде. Коначно, према чл. 53, ст. 1 Закона о судском регистру, рок за доношење рјешења о упису у судски регистар је скраћен са 15 дана на 5 радних дана од дана подношења пријаве за упис у регистар. Ако се, пак, пријава за регистрацију подноси електронским путем система е-Тврткa, регистрација се мора извршити у року од 24 сата од дана пријема пријаве.[111]

4.3.3. Црна Гора

У Црној Гори је, измјенама Закона о привредним друштвима од 2011. године, поступак регистрације пребачен са Привредног суда на Пореску управу (у даљем тексту: ПУ) и сада се води по правилима управног поступка. Упис се врши, по принципу једног шалтера, у Централни регистар привредних субјеката који води ПУ.[112] То је потврдио и нови Закон о привредним друштвима, који регулише и процес њихове регистрације.[113] Рок за доношење рјешења је три радна дана од дана пријема документације и ћутање ПУ се сматра уредним рјешењем о регистрацији,[114] као у Србији у случају ћутања АПР. Међутим, ПУ није институција која може дугорочно обављати послове регистрације, те

[110] Закон о судском регистру, „*Народне новине РХ*“, бр. 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 9/10, 90/ 11, 148/13, 93/14, 110/15 и 40/19, чл. 52а, ст. 1 и чл. 52ц, ст. 2.

[111] Осим тога, могућност електронске регистрације привредних друштава у Хрватској постоји од 2005. године када је покренута канцеларија ХИТРО.ХР, чије услуге се могу користити само за оснивање ДОО, обичних или поједностављених. Међутим, овај систем није дозвољавао директну регистрацију друштава, већ само уз посредовање нотара или канцеларије ХИТРО.ХР, види више: D. Jurić/ S. Marinac, „Societas Unius Personae – Prijedlog Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2015, 458 – 459.

[112] Види чл. 83, ст. 1 и 4 Закона о привредним друштвима Црне Горе, „*Службени лист ЦГ*“, бр.6/02, 17/07, 80/08, 40/10, 36/11 и 40/11.

[113] Закон о привредним друштвима Црне Горе, „*Службени лист ЦГ*“, бр .65/20, 146/21 и 4/24, чл. 319-324.

[114] Чл. 321, ст. 5 и 6 Закона о привредним друштвима ЦГ.

би убудуће те послове требало пренијети на специјализовану управну организацију.

Министарство за информационо друштво и телекомуникације (као претеча данашњег Министарства државне управе)[115] је од 2012. године покренуло апликацију за електронско подношење пријава за регистрацију привредних друштава, коју могу користити појединци са квалификованим електронским сертификатом. Међутим, преко ове платформе, скенирана уплатница се не може приказати као доказ трошкова регистрације, па се процес регистрације своди на електронско подношење пријаве за регистрацију, док се оригинална документација и уплатница морају доставити у папирном облику.[116] Циљ даљих реформи је да се омогући потпуна електронска регистрација у којој оснивач компаније треба да предузме само два корака: електронски достави документа и податке, оде у пословну банку да се идентификује и отвори трансакцијски рачун. У ту сврху морају се побољшати технички услови. Ни у Црној Гори тренутно не постоје законски модели оснивачких аката, већ само модели које препоручује Привредна комора Црне Горе који се налазе на њеној званичној веб адреси.[117]

Новим ЗПД-ом уведена је и обавеза достављања *e-mail* адресе за све облике привредних друштава приликом подношења пријаве за регистрацију.[118] Ова обавеза је наметнута како би се олакшала преписка са другим правним лицима. С друге стране, отежавајуће околности и вишак у односу на земље у окружењу састоје се у обавези достављања регистру и статута, поред оснивачког акта, када су у питању било отворене или затворене компаније. Међутим, нови ЗПД у чл. 320, ст. 1 и чл. 323, ст. 3. и 4. доноси побољшања у питању електронске регистрације, јер прописује могућност подношења захтјева за регистрацију у папирној или електронској форми, као и пратеће документације, која се сматра оригиналном када се подноси у облику електронског документа. Такође, Централни регистар привредних субјеката води се у електронском облику као јединствена база података и увид у регистроване податке може се остварити у сваком тренутку путем електронских средстава

[115] У сарадњи са Министарством финансија Црне Горе.

[116] М. Шуковић et al., *Анализа стања у области регистрације предузећа са мјерама за унапређење,* Подгорица 2019., 16-17.

[117] Види: *www.privrednakomora.me/kako-registrovati-preduzece* (23.01.2022.)

[118] Чл. 68 ст. 2 тач. 3), чл. 94 ст. 1. тач. 6), чл. 116 ст. 1 тач. 11) и чл. 272 ст. 1 тач. 8) Закона о привредним друштвима ЦГ.

комуникације у складу са законом којим се уређује електронска управа и електронско пословање. Новина Закона је и успостављање услова за примјену система међусобног повезивања регистара привредних друштава, који је, у складу са правним тековинама ЕУ, заснован на заједничкој електронско-технолошкој платформи и порталу који представља јединствену европску приступну тачку.[119]

4.3.4. Међусобно повезивање регистара

На крају, важно је истаћи да је Европска банка за обнову и развој покренула регионални пројекат који има за циљ повезивање регистара привредних друштава. Први су се повезали регистри Србије и Сјеверне Македоније, потписивањем Уговора о успостављању регионалног портала привредних регистара у октобру 2018. године, који је јавно објављен у марту 2019. године, под називом BIFIDEKS. Циљ ових активности је повезивање регистара свих земаља Западног Балкана и шире, те су у том смислу и друге земље у региону потписале приступе.[120]

4.4. Модернизација регистрације друштава са ограниченом одговорношћу у Европској унији

Најновији корак у развоју процедуре електронске регистрације на нивоу ЕУ је Директива 2019/1151, која је везана за EIDAS уредбу[121] у смислу алата за утврђивање идентитета оснивача, али и проширења спектра алата електронске идентификације мимо оних предвиђених EIDAS уредбом у смислу да квалификовани електронски потпис не мора бити крајњи домет алата у процесу идентификације оснивача и њихових представника.[122] У ствари, ова Директива наставља идеју SUP (*societas unius personae*) директиве[123] да омогући комплетан процес електронске

[119] Види чл. 321 ст. 1-3 Закона о привредним друштвима ЦГ.

[120] М. Шуковић et al., 10.

[121] 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, OJ L 257, 28.8.2014.

[122] T. Jevremović Petrović (2019), 128; S.A. Royo-Villanova, 164.

[123] Proposal Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies, COM/2014/0212, Brussels, 9.4.2014. SUP Директива је требало да укине још увијек важећу Директиву о друштвима са ограниченом

регистрације без физичког присуства оснивача, али овога пута не само за једночлана друштва, већ бар за све затворене компаније.[124] Само у изузетним случајевима, у циљу спрјечавања злоупотребе или промјене идентитета, као и ради обезбјеђења поштовања правила о пословној способности и овлашћењу подносиоца захтјева за заступање компаније, може бити потребно физичко присуство подносиоца захтјева пред надлежним националним органима или лицима.[125] У званичним документима Европске уније наводи се да је током 2018. године, односно у периоду који је претходио усвајању поменуте Директиве, потпуна електронска регистрација оснивања компанија у Европској унији била могућа у 17 држава чланица.[126]

Правила о онлајн регистрацији друштава садржана су у чл. 13а до 13х, који су постали саставни дио кодификоване Директиве 2017/1132. Предност ових одредби у односу на претходна рјешења је што изричито остављају могућност да нотари учествују у процесу регистрације.[127] Ово је наглашено и у фуснотама 19. и 20. Меморандума са објашњењима Директиве 2019/1151, у погледу поштовања специфичности режима регистрације појединих држава чланица, као и у циљу борбе против превара и обезбјеђивања гаранција за поузданост и аутентичност докумената и информација садржаних у националним регистрима. Такође, нотари полако схватају да се могу укључити у процесе електронске регистрације, односно да директна комуникација није једини начин да се оствари превентивна контрола, а самим тим и коректно оснивање предузећа.[128] Међутим, у случају озбиљних сумњи у идентитет оснивача, државе чланице би могле да успоставе правила према којима би нотари могли да

одговорношћу са једним чланом из 2009. године тако што је уградила њене одредбе и даље их проширила како би се постигла већа усаглашеност националног законодавства. Међутим, постојали су јаки разлози против прихватања ове Директиве, што је довело до њеног повлачења (више о томе види J. L. Hansen, „The SUP Proposal: Registration and Capital (Articles 13-17)“, *European Company and Financial Law Review,* 2/2015, 179; P. Conac, „The Societas Unius Personae (SUP): A „Passport“ for Job Creation and Growth“, *European Company and Financial Law Review,* 2/2015, 173.).

[124] A. Bartolacelli, „A New Framework on Digitalization in European Company Law“, *Intereulaweast,* 2/2018, 39-40.

[125] Види чл. 13б, пара. 4 и чл. 13г, пара. 8 Директиве 2019/1151.

[126] T. Jevremović Petrović (2021), 308-309.

[127] Чл. 13g, пара. 4, тач. c) Директиве 2019/1151.

[128] Вид. више: C. Teichmann, „The Company Law Package – Content and State of Play“, *European Company and Financial Law Review,* 1- 2/2019, 7.

захтијевају физичко присуство оснивача.[129] Директивом 2019/1151 у чл. 13г, пара. 7 прописани су и рокови за регистрацију ДОО, који су највише 10 радних дана, односно краћи, 5 радних дана, ако су оснивачи искључиво физичка лица која користе законске моделе оснивачких аката.

5. Закључак

У компанијском праву, један од најважнијих циљева који се може истаћи је смањење трошкова и подстицање предузетничке активности, уз отклањање неједнакости у регистрацији привредних друштава. То су циљеви којима тежи регулатива Европске уније, а прихваћени су и од законодавстава земаља у окружењу, укључујући и саму Босну и Херцеговину, односно њене ентитете.

У Босни и Херцеговини је комплетна материја компанијског права, а самим тим и процес оснивања привредних друштава, у надлежности ентитета и Брчко Дистрикта, чије је законодавство засновано на истим принципима и садржи доста слична рјешења. У овим законима не постоје специјализовани облици друштава са ограниченом одговорношћу, већ само општи облици. Осим тога, сви наведени закони предвиђају оснивање једночланог друштва са ограниченом одговорношћу, које потпада под општи режим, уз неколико посебних одредби које се односе на углавном на начин управљања (чл. 131. ст. 2. и 3. ЗПД РС), закључивање уговора између јединог члана и друштва (чл. 131. ст. 4. ЗПД РС) и ликвидацију друштва узроковану смрћу или престанком јединог члана који нема правног сљедбеника, јер друштво не може постојати без макар једног члана (чл. 177. ЗПД РС).

Законодавци у Босни и Херцеговини прате трендове регулативе Европске уније, као и законодавства земаља у окружењу, али са закашњењем у имплементацији. Тако у Босни и Херцеговини потпуна електронска регистрација без физичког присуства још увијек није могућа, за разлику од закона Србије и Хрватске, гдје је то могуће. Такође, за разлику од Хрватске, гдје је ово питање регулисано као и у другим земљама чланицама ЕУ, и Србије, гдје је то недавно омогућено, у Босни и Херцеговини се не спроводи електронска регистрација страних физичких и правних лица као оснивача. С друге стране, за разлику од закона Србије, који дозвољава учешће нотара у изради оснивачког акта у

[129] S.A. Royo-Villanova, 177.

електронској форми, у Републици Српској, као једном од закона БиХ, дозвољено је састављање оснивачког акта без учешће нотара ако се ради о једночланом друштву са ограниченом одговорношћу. За такав акт је довољно да садржи квалификовани електронски потпис оснивача.

Коначно, вјероватно најзначајнија разлика у односу на земље у окружењу је чињеница да се поступак регистрације у Босни и Херцеговини и даље води као судски, док у Федерацији БиХ не постоје чак ни посебни привредни судови. У Републици Српској је тачно да је АПИФ укључен у процедуру регистрације, али више у улози „поштара". Стога би се могло очекивати да дође до промјена у овој области како би се растеретили судови и додатно убрзао процес регистрације.

Видљив је тренд модернизације цјелокупног процеса оснивања, почев од поједностављења форме оснивачког акта, посебно код једночланих друштава, преко смањења трошкова оснивања (како административних трошкова, тако и смањења висине основног капитала), стварања предуслова за спровођење електронске регистрације друштава са ограниченом одговорношћу и убрзање цјелокупног процеса. Ови процеси нису завршени нити усаглашени у свим релевантним законима у Босни и Херцеговини, тако да остаје задатак да се у наредном периоду настави са убрзаним активностима, како би се што више олакшало оснивање привредних друштава и створило повољно предузетничко окружење.

ЛИТЕРАТУРА

- Алихоџић. А. и др., *Приручник за усклађивање прописа Босне и Херцеговине са прописима Европске уније*, Дирекција за европске интеграције БиХ, Сарајево 2005.
- Барбић, J., „Утјецај њемачког права на стварање хрватског права друштава", Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 3-4/2007.
- Barbić, J., *Pravo društava – opći dio*, Organizator, Zagreb 2008.
- Bartolacelli, A., „A New Framework on Digitalization in European Company Law", *Intereulaweast,* 2/2018.
- Bartolacelli, A., „Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition", *European Company and Financial Law Review,* 1/2017.
- Birds, J.. Boyle, A. J., Clark, B., MacNeil, I., McCormack, G., Twigg-Flesner, C.,Villiers, C., *Boyle & Birds` Company Law,* Jordan Publishing Limited, Bristol 2007.

- Васиљевић, З., „Правна природа стања преддруштва“, *Право и привреда*, 4-6/2016.
- Васиљевић, З., Радовић, В., *Компанијско право – право привредних субјеката,* Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2023.
- Васиљевић, М., *Пословно право*, Београд 1999.
- Васиљевић, М., *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.
- Вујисић, Д., „Дигитализација компанијског права“, *Право и привреда*, 4-6/2019.
- Gagula, A., „Ugovorno uređenje odnosa osnivača u društvu sa ograničenom odgovornošću“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici,* 20/2017.
- Grbac, M., Grbac, A., „Javni bilježnik i elektroničko osnivanje društava sa ograničenom odgovornošću“, *Javni bilježnik,* 44/2017.
- Davies, P. L., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London 2008.
- Диздаревић, С., *Пословно право (правне норме, дионичарство, обавезе)*, Сарајево 2003.
- Јевремовић Петровић, Т., „Електронска регистрација оснивања привредних друштава у Републици Србији“, *Право и привреда*, 3/2021.
- Јевремовић Петровић, Т., *Модели оснивачких аката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019.
- Јовановић, Н., „Треба ли у Србији правно уредити промотере“, *Право и привреда*, 4-6/2019.
- Jurić, D., Marinac, S., „Societas Unius Personae – Prijedlog Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2015.
- Kübler, F., *Gesellschaftsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 1994.
- Марковић-Бајаловић, Д., *Право привредних друштава*, Источно Сарајево 2011.
- Royo-Villanova, S. A., „Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: The Practioner's Perspective*“, European Company and Financial Law Review*, 1-2/2019.
- Симић, М., (ур.), *Закон о измјенама и допунама Закона о привредним друштвима*, Сарајево 2018.
- Teichmann, C., „The Company Law Package – Content and State of Play“, *European Company and Financial Law Review,* 1- 2/2019.

– French, D., Mayson, S., Ryan, C. L., *Mayson, French & Ryan on Company Law,* Oxford University Press, Oxford 2014.
– Hansen, J. L., „The SUP Proposal: Registration and Capital (Articles 13-17)“, *European Company and Financial Law Review,* 2/2015.
– Hueck, G., Windbichler, C., *Gesellschaftsrecht,* Beck, C H, Munich 2008.
– Conac, P., „The Societas Unius Personae (SUP): A „Passport“ for Job Creation and Growth“, *European Company and Financial Law Review,* 2/2015.
– Шемић, Х., *Трговачко право (књига прва),* Бихаћ/ Сарајево 2000.
– Шуковић, М., et al., *Анализа стања у области регистрације предузећа са мјерама за унапређење,* Подгорица 2019.

Zoran Vasiljević, PhD[130]

TRENDS AND PERSPECTIVES OF INCORPORATION OF THE LIMITED LIABILITY COMPANIES IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AND NEIGHBORING COUNTRIES

***Abstract**: The author analyzes the process of establishing companies in Bosnia and Herzegovina, with an emphasis on limited liability companies, making a comparison with the surrounding countries and the acquis communautaire. It is pointed out that the incorporation is not limited to registration and in that sense the substantive difference between the two terms is explained, especially from the aspect of defining legal relations from the pre-incorporation phase and liability for the undertaken obligations. Regarding the registration procedure itself, it is concluded that in Bosnia and Herzegovina, i.e. its entities and Brčko District, which are competent for regulating the analyzed matter, the trends of neighboring countries and the European Union are followed, and that the improvement is especially related to the introduction of electronic registration, shortening and facilitating of procedure and rationalization of costs.*

***Key words:** Incorporation, Limited Liability Company, Registration.*

[130] Full professor, Faculty of Law University of Banja Luka

УДК 336.717:657.631.6(497.11)
doi 10.7251/PR6924557D
Оригинални научни чланак

ОДБОР ЗА РЕВИЗИЈУ У БАНКАМА[1]

Проф. др Дамјан Даниловић[2]

Апстракт: *У раду се анализира правни положај одбора за ревизију као посебног и обавезног органа у банкама. Системска начела банкарске легислативе се специфично манифестују на агенцијске проблеме у банкама. У том смислу се и одбор за ревизију разматра као дио једне системске контролне структуре са посебном надлежношћу контроле ризика. Након тога се у раду разматрају појединачни правни аспекти/предуслови за адеквано обављање задатака/дужности одбора за ревизију, прије свега у погледу надлежности, посебно у компарацији са другим тијелима која имају контролне надлежности. Након тога се разматрају аспекти независности одбора за ревизију као важног предуслова за адекватно обављање дужности.*

Кључне ријечи: *агенцијски проблеми, ризици, контрола, независност.*

1. Увод

Кредитно-депозитним пословањем банке остварују се врло важне функције кредитирања привредних система, тј. бројних привредних субјеката, а са друге стране то пословање може узроковати низ негатив-

[1] Полазна основа за овај рад јесте сопствена докторска дисертација „Специфичности корпоративног управљања у банкарском сектору БиХ-прави аспекти“, Бањалука 2017.

[2] Ванредни професор Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву.

них ефеката уколико није добро уређено. Банке спадају у ред високоризичних субјеката који могу узроковати негативне системске ефекте на привредне системе у цјелини, а то је условљено високим односом дуга (прикупљеног капитала кроз депозите) у односу на сопствени капитал и рочним диспаритетом ове врсте капитала (може се поврат остварити одмах) у односу на пласирана средства кроз кредите, од којих су многобројни средњорочни и дугорочни.[3] Стога је креација банкарског правног оквира изазовна и на међународном и на националим нивоима. У својој укупности банкарска легислатива земаља широм свијета је имала за циљ превенцију банкарских криза, која је у суштини прерасла у системску контролу банкарских ризика.[4] И не чуди што је хармонизација стандарда контроле ризика полазила са међународног нивоа преко Базелског одбора за супервизију банака. У Европској унији постоји сложен систем контроле банкарског сектора који чине Јединствени надзорни механизам, Европски одбор за системски ризик, Европска Банкарска управа, Јединствени механизам за стечај, Еропски механизам за стабилност. Циљеви овако сложених система јесте очување финансијске стабилности банака и спрјечавање негативног системског ефекта, што је циљ и домаћег законодавног оквира.

Постојање привредних субјеката увијек подразумијева постојање агенцијских проблема.[5] Први агенцијски проблем тиче се односа управе наспрам акционара. Циљ легислативе код овог агенцијског проблема јесте успостављање механизама контроле управе од стране акционара, пошто управа водећи послове друштва може своје позиције користити у личне сврхе а не у интересу друштва. Други агенцијски проблем се тиче односа већинског акционара према мањинским, јер суштински од воље већинских акционара зависи доношење најважнијих одлука у друштву, тако да се и мањинским акционарима дају одговарајућа права како би имали примјерен утицај у друштву. Трећи агенцијски проблем се тиче односа привредног друштва и заинтересованих страна, у првом

---

[3] Дамјан Даниловић, Страхиња Миљковић, *Особености регулаторног режима банака и система короративног управљања*, „Зборник радова Економског факултета у Источном Сарајеву“, бр. 21, 2020., стр. 21-22.

[4] Thomas F. Hellmann, Kevin C. Murdock, Joseph E. Stiglitz, Liberalization, Moral Hazard in Banking, and Prudential Regulation: Are Capital Requirements Enough?, *THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW,*2000., стр. 147-148.

[5] Мирко Васиљевић, Корпоративно управљање и агенцијски проблеми, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 57. Бр. 1, 2009., стр. 5-24.

реду повјерилаца друштва. Повјериоци не могу условљавати доношење одлука унутар друштва, сем када је ријеч о крупним кредиторима који могу уговарати одговарајуће механизме заштите. Проблем је што управа може доносити одлуке на штету повјерилаца на које они немају утицај. Од прилике су агенцијски проблеми и хијерархијски у наведеном редослиједу.

У случају банака ипак постоје одређене особености. Бројност депонената у банкама условљава неопходност успостављања стејкхолдерског модела управљања у банкама, са фокусом на трећи агенцијски проблем, сходно чему се мијења и концепт дужности у друштву.[6] Стејкхолдерски модел намеће лицима са дужностима у друштву да се приликом доношења одлука у друштву воде интересима заинтересованих страна. Међутим, ако се погледа шири круг лица која улазе у контекст заинтересованих страна видјећемо да постоји више различитих категорија као што су повјериоци, запослени, локална заједница, држава и др. Општа легислатива у овој области фокус заштите ставља на повјериоце. У случају банака доминира интерес државе за добрим системом управљања у банкама, јер се на тај начин штити стабилност финансијског и уопште привредног система у цјелини. Интереси повјерилаца свакако јесу директно највидљивији и најзначајнији, они се поклапају са интересима саме државе, јер управо неповјерење повјерилаца у банке може узроковати директан колапс цјелокупног финансијског система.

У горе наведеном контексту јасно је да је основни циљ банкарске легислативе контрола ризика и у том контексту се посматра положај и функционисање органа банака, укључујући и одбор за ревизију. Тако се примјера ради контролна тијела у друштвима реалног сектора редовно сматрају механизмима превазилажења првог агенцијског проблема у смислу механизма индиректне контроле управе.[7] У случају банака улога одбора за ревизију примарно се сматра механизмом превазилажења трећег агенцијског проблема, све у циљу контроле банкарских ризика, а тек онда и механизмом првог агенцијског проблема. Правни положај одбора ћемо посматрати кроз неколико аспеката надлежности одбора, а затим и кроз елементе независности.

---

[6] Jonathan R. Macey and Maureen O'Hara, The Corporate Governance of Banks, *FRBNY Economic Policy Review* 2003., стр. 93-94, 98

[7] Вук Радовић у Зоран Васиљевић, Вук Радовић, Компанијско право-право привредних субјеката, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, 2023., стр. 389.

2. Надлежности одбора за ревизију

Одбор за ревизију је веома важно корпоративно тијело, чији значај расте упоредо са величином и сложеношћу компаније. Управа је одговорна за креирање и остваривање стратешких циљева и смјерница компаније, а значај одбора за ревизију јесте у чињеници што омогућава управљање ризицима при остварењу постављених циљева, при чему је одговоран за разумљивост, јасност и поузданост финансијских извјештаја, свеобухватност и континуитет управљања ризицима, креирање оквира јаке интерне контроле, контролу усклађености корпоративних политика према закону и етичким начелима, те испитивањем могућности настанка превара.[8] Традиционална улога одбора за ревизију је везана за надзор, праћење и савјетовање у вези финансијског извјештавања, а због значаја области његове дјелатности она постаје јавни интерес, те јој се у задње вријеме придодају и функције надзора над процесом извјештавања, ризицима, контролним процедурама, функцијом интерне и екстерне ревизије.[9] Финансијско извјештавање јесте битно и за депоненте и за акционаре и за инвеститоре, међутим контрола ризика је корак даље којим се кренуло како би регулатори имали још један алат више у контроли банака.

Одбор за ревизију чине најмање три члана (РС), односно укупно пет чланова (ФБиХ), именованих од стране надзорног одбора на мандат од четири године, који обавља сљедеће надлежности:[10]

1) предлаже надзорном одбору план рада интерне ревизије,

2) разматра извештаје интерне ревизије и других контролних функција и даје мишљење о овим извештајима,

3) прегледа годишње финансијске извјештаје и извјештаје о пословању банке, са извештајем друштва за ревизију који се достављају надзорном одбору и скупштини банке и др., финансијске извештаје, и даје мишљење о истим,

---

[8] Јозефина Беке-Тривунац, Улога одбора и интерног ревизора у савременом корпоративном управљању, *Часопис за економију и тржишне комуникације Vol. 1 по.1*, 2011., стр. 121.

[9] Марина Гавриловић, Управљање информацијама-модел савременог корпоративног управљања ризицима, *Финрар*, Бањалука, 2014., стр. 211.

[10] Закон о банкама Републике Српске (ЗОБРС), *Службени гласник Републике Српске*, бр. 4/2017, 19/2018 - исправка 54/2019 чл. 78. ст. 1), 79.; Закон о банкама Федерације БиХ (ЗОБФБиХ), *Службени гласник Федерације БиХ* бр. 27/17 чл. 32.г.

4) испитује примену рачуноводствених стандарда при састављању финансијских извештаја,

5) анализира и надзире примјену и адекватно спровођење усвојених стратегија и политика за управљање ризицима и спровођење система унутрашњих контрола,

6) извјештава надзорни одбор о предузетим активностима, као и о утврђеним неправилностима одмах након што их постане свјестан, и предлаже начин да их елиминише,

7) извјештава надзорни одбор о спровођењу препорука на основу извјештаја о обављеној интерној и екстерној ревизији,

8) подноси надзорном одбору и скупштини посебан извјештај о закљученим уговорима између банке и лица у посебном односу са банком,

9) извјештава надзорни одбор о усклађености пословања банке са законом, другим прописима и стандардима пословања,

10) води поступак и предлаже надзорном одбору друштво за ревизију банке, као и у

случају потребе даје образложен предлог за разрјешење друштва ради ревизије,

11) прати и разматра, са друштвом за ревизију банке, годишњу ревизију финансијских извјештаја банке,

12) предлаже надзорном одбору банке да одређена питања у вези са интерном и екстерном ревизијом уврсте у дневни ред скупштине банке,

13) подноси тромјесечни, полугодишњи и годишњи извјештај о свом раду надзорном одбору и

14) сазива сједницу надзорног одбора ако сматра да су угрожени интереси акционара или утврди незаконитости и неправилности органа управљања.

(2) Комисија за ревизију је дужна, када оцијени да банка послује супротно закону и другим прописима, статутом или другим актом банке, да даје препоруке за елиминацију надзорном одбору банке уочених незаконитости и неправилности, као и тражење сазивања ванредне сједнице скупштине банке у случају да утврђене незаконитости и неправилности могу имати теже посљедице на пословање банке.

Summa summarum све надлежности одбора за ревизију дијелимо на надлежности контроле, именовања спољног ревизора, сазивања скупштине, финансијског извјештавања. У сегменту контроле се поред области контроле ризика уочава још неколико подваријанти као што је креација плана интерних контрола, контрола извјештаја интерне реви-

зије, контрола годишњих финансијских извјештаја и извјештаја спољњег ревизора, контрола усклађености пословања банке са законским прописима. На крају крајева одбору је дата надлежност опште контроле законитости, па се поставља питање да ли је преамбициозно захтијевати то све заједно од једног органа који нема тако широке компетенције, поготово када се на то додају посебна поља контроле укључујући и ризике. И сами прописи минималне компетенције за чланство у одбору сврставају у област рачуноводства. Уопште посматрано системи контрола у банкама су форматирани у неколико линија, почев од извршних одбора, одбора за ревизију и интерног ревизора, гдје одбори за ревизију врши надзор над управљањем ризицима, други аутори указују и на додатно расчлањивање контролних функција.[11] Пошто и сам закон контролне фунцкије ставља у надлежност више органа, то је јако битно да не долази до преклапања надлежности, тј. да у систему контроле сваки орган има прецизиране надлежности, како не би долазило до замагљивања одговорности.

Тако у домену контроле ризика надзорни одбори усвајају стратегију и политику за управљање ризицима, те врше контролу ризика, извршни одбори предлажу стратегију и политику управљања ризицима, спроводе усвојену стратегију и политику контроле ризицима те је редовно преиспитују.[12] Извршни одбори успостављају конкретне процедуре за управљање ризиком, захтијевајући од тијела која контролишу ризике да их у одговарајућим интервалима потпуно, истинито и благовремено извјештавају о ризицима. Сам закон надлежност одбора за ревизију сврстава у домен анализе и надзора примјене и адекватног спровођења усвојених стратегија и политика за управљање ризицима. Непосредну контролу ризика врши интерни ревизор[13], а ако је формиран одбор за ризике, то је непосредна контрола ризика у надлежности овог органа. Пошто је одбор за ревизију у одређеном смислу изнад интерног ревизора и одбора за ризике битно је расчланити појам непосредне контроле ризика од контроле поступања у складу са политикама и стратегијама за управљање ризицима. Одбор за ревизију контролише систем управљања

[11] Снежана Кнежевић, Александар Живковић, Стефан Милојевић, Улога и значај интерне контроле и интерне ревизије у спречавању и идентификовању преварних радњи у банкама, *Банкарство*, вол. 50. бр. 1, 2021., стр. 72.

[12] ЗОБРС, чл. 65. ст. 9) и чл. 71.

[13] Миле Станишић, Интерна ревизија у функцији управљања ризиком у привредним друштвима, *Пословна економија*, бр. 9. вол. 2., 2015., стр. 175-177.

ризицима.[14] У конкретном случају то значи да одбор за ревизију неће давати оцјену идентификованих нивоа ризика разврстаних по одговарајућем моделу које сачињава интерни ревизор или одбор за ризике, већ надгледа да ли се сам процес у цјелини обавља у складу са легислативом и стратегијама и политикама које је утврдио надзорни одбор. Уколико би одбор за ревизију давао квалитативну оцјену поднесених извјештаја ка извршним и надзорним одборима, то би могло негативно утицати на објективност извјештаја о контролисаним ризицима, а опет то не би било ни могуће обзиром на компетенције чланова одбора за ревизију. Крајњи је циљ да на основу извршених контрола објективну идентификацију ризика имају извршни одбори како би пословне активности спроводили у оквиру прихватљивог нивоа ризика у склопу усвојених пословнох планова и стратегија, док надзорни одбори исте информације о ризицима користе као вид контроле над управом.

Улога директора (или надзорних одбора) у контроли ризика је базирана на надзорној функцији (контрола поштовања процедура за управљање ризицима и имплементција истих од стране извршних директора, усклађеност изложености ризику са стратегијом за ризик, развој свијести и културе о ризику у компанији), а управљање ризицима „дан за дан“ обавља одбор за ревизију, или посебан риск менаџмент, при чему се требају примјењивати добре праксе у управљању ризицима: преглед са менаџментом апетита за ризик, политика и процедура за мјерење и контролу ризика, и сл; успостављање јасног оквира у коме директори врше контролу ризика; успостављање категорија ризика у пословању и њихов међусобни утицај; анализа главних ризика са руководством и процјена процедура са становишта брзе идентификације насталих ризика; разматрање процедура адекватног информисања директора о ризицима; разматрање независности у фукцији управљања ризиком; разматрање са менаџментом дизајна система за управљање ризицима; разматрање са менаџментом елемената културе ризика у компанији, и др.[15] Одбор за ревизију надзире систем интерне ревизије и са менаџментом креира ефикасан оквир контроле и извјештавања у области ризика.

---

[14] Љубодраг Пљакић, Правни положај и грнице одговорности чланова управног одбора банака, *Право и привреда*, бр. 1-3, 2017, стр. 11-12.

[15] Martin Lipton, Daniel A. Neff, Andrew R. Brownstein, Steven A. Rosenblum, Adam O. Emmerich, Sebastian L. Fain& David J. Cohen, Risk Management and Board of Directors, *Bank and Corporate Governance Law Reporter,* vol. 47 no. 6., 2012., 786-787.

Унутар компанија реалног сектора одбор за ревизију је обавезан само за котирана друштва и уколико статутом није утврђено постојање интерног ревизора онда овај орган обухвата и његове надлежности. Код нас и у банкарском сектору већине земаља овај орган је обавезан. У банкарком сектору Италије се одбор за ревизију формира као „ad hoc" орган интерне ревизије, ако надзорни орган има више од шест чланова, чија је сврха помирење функција стратешког надзора и интерне ревизије.[16] Очигледно да је наведено рјешење везано за величину банке, гдје се оставља могућност малим банкама да избјегну сложену унутрашњу организацију надзора и високе трошкове уколико процијене да је то боље са становишта ефикасности у контроли финансијског извјештавања.

У финансијским институцијама је комплекснија улога овога органа. Федерална агенција за осигурање депозита САД-а утврђује посебне дужности одбора за ревизију у великим банкама са капиталом преко петсто милиона долара, а то су: разматрање са руководством и екстерним ревизорима најважнијих финансијских извјештаја, успостављање стандарда у вези интерних контрола (успостављање, одржавање и мјерење ефективности), преиспитивање закључака спољног независног ревизора, утврђивање независности свог чланства, разматрање са руководством и спољним ревизорима других важних аката (значајне рачуноводствене политике, ревизорске закључке, рачуноводствене процјене, идентификоване материјалне слабости, усклађеност са законима), код котираних банака одобравање запослења и надзор над интерним ревизором, контрола и давање мишљења о евентуалним слабостима ревизије, а интерним актима се може утврдити низ додатних функција (разматрање контролних извјештаја и преписке са регулаторима, разматрање инсајдер трансакција, разматрање сукоба интереса, разматрање трошкова извршних директора, разматрање извјештаја о добити за јавност, годишње самовредновање сопственог учинка, извјештај о адекватности правилника одбора за ревизију).[17] Одбор за ревизију координира вршење екстерне ревизије и процјењује њену независност, разматра са интерним ревизорима идентификоване проблеме, потребе буџета, контролише интерне ревизоре, процјењује независност и финансијску стручност чланова одбора, даје

[16] Giussepe Cassellati-Sforzolini, Valentina Zadra, New Rules on Italian Banks Organization and Corporate Governance, *Banking Law Journal Vol. 125. no. 9, 2008*., стр. 877.

[17] Robert J.Taylor, The Role of the Audit Committee for Publicy-Traded Community Banks, *Banking Law Journal Vol. 125 no. 2* , 2008., стр. 151-154.

приказ поштовања стандарда корпоративног управљања, контролише процес финансијског извјештавања, потврђује легитимитет компаније и омогућује приступ ресурсима за опстанак и развој.[18]

Посебно је питање да ли одбор за ревизију истврмено треба обављати функцију финансијског извјештавања и контролу ризика, или их требају обављати различити корпоративни органи? Сматра се да су позитивни ефекти спајања функција у избјегавању одређеног преклапања у вршењу функција, док контра-аргумент указује на чињеницу да ревизори често немају стручна знања за контролу ризика.[19] Код нас је прихваћена обухватнија концепција. Чињеница јесте да нереално вредновање и приказивање имовине и обавеза компаније има далекосежне негативне ефекте: управа не може водити реалне пословне политике уколико је имовина нереално приказана; акционари могу усвајати високо стимулативне политике накнађивања, а да стање имовине реално не подржава висок ниво накнада; инвеститори опет могу улагати финансијска средства у компаније које добро не послују, а да то није видљиво. Пракса је показала да различите примјењиве рачуноводствене комбинаторике могу губитке у износу од три милијарде долара процјењивати као нето добит од једне милијарде долара, или губитке од тридесет милијарди приказивати као губитак од шеснаест милијарди, тако да је кључни задатак одбора за ревизију истраживање ранга и тајминга значајних отписа и губитака и благовремено презентовање финансијских чињеница управи и акционарима.[20] Велики амрички банкарски холдинзи имају законску дужност раздвајања одбора за ревизију и одбора за ризике, а емпиријски се потврђује да раздвајање има позитивне ефекте на квалитет финансијског извјештавања одбора за ревизију, све због чињенице да сужавање надлежности, тиме и већа специјализација доводе до квалитетнијег вршења дужности.[21]

Надзор одбора за ревизију над интерном ревизијом има за циљ смањивање информационе асиметрије између управе банке и заинтере-

[18] Philip Stiles, Board Committees, in M. Wright, D.S. Siegal, K. Keasey and I. Filatotchev (ed.) „*The Oxford Handbook of Corporate Governance",* Oxford University Press, 2013., стр. 183-184.

[19] Deloitte, Improving Bank Board Governance, New York, 2011., стр. 9.

[20] David Sherman, Dennis Carey, Robert Brust, The Audit Committees New Agenda, *Harvard Business Review June iss*., 2009., стр. 191-192.

[21] Dimitris K. Chronopoulos, Lemonia M. Rempoutsika, John O. S. Wilson, Audit committee oversight and bank financial reporting quality, *JBFA*, 2023., стр. 657-667.

сованих страна, при чему је битно да одбор за ревизију не замјењује фунцкију интерне ревизије већ обезбјеђује њену дјелотворност, управљање ризицима и финансијско извјештавање.[22] Послови ревизије се врше у неколико случајева. Први случај је прије презентације годишњег финансијског извјештаја. Одбор за ревизију представља контролора извјештаја интерне ревизије. У другом случају се одбор за ревизију може ставити непосредно у функцију акционара, на чији захтјев обавља ревизију пословања. У овом случају ће обављати своје задатке исто као стручни повјереник, са тим што се ревизија врши за текућу пословну годину. Самим тим што се ревизија врши за сваку пословну годину, након чега акционари усвајају годишње финансијске извјештаје, то остаје могућност вршења контроле само за текућу пословну годину. Управо се у овоме огледа и различитост ове функције када је врши одбор за ревизију, у односу на стручног повјереника. Уколико акционари имају сумњу да постоје финансијске малверзације током године, то им је на располагању ова мјера. Код стручног повјереника, пак, провјере нису само у финансијској сфери и сежу у далеко даљи период уназад. У трећем случају одбор може бити слободно ангажован по налогу управе или надзорног одбора, најчешће ради прибављања информација које се користе за припрему или анализу пословних планова, пројеката, и сл.

Закони предвиђају дјелимично преклапање функција одбора за ревизију и интерне ревизије у области финансијског извјештавања. Објективно се поставља питање крајње одговорности за нетачно и непотпуно финансијско извјештавање? Коначан одговор јесте у анализи надлежности одбора за ревизију наспрам интерног ревизора. Одбор за ревизију је одговоран за успостављање услова за објективан и самосталан рад интерне ревизије, разматрање и одобравање буџета и плана интерне ревизије, разматрање кључних ревизорских извјештаја и осигуравање да виши менаџмент изводи неопходне и правовремене мјере у превазилажењу проблема идентификованих од стране интерне ревизије.[23]

[22] Ivan Dionisiev, Todor Tocev,Audit commeettteess in banks and their responsibility to internal audit function-the case of the Republic of Macedonia, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, 19/2021, стр. 122

[23] Basel Committee for Banking Supervision, The internal audit functionin banks, *BIS*, 2012., стр. 11 и 12.; Слично прописје и осма компанијска директива ЕУ која у надлежност одбора за ревизију ставља разматрање статутарног оквира рада интерне ревизије, планове рада интерне ревизије и предвиђене ресурсе, критерије за процјену ризика, надгледа компетентност интерне ревизије (процјењује учинковитост, накнаде,

У првом случају постојање интерних правних или фактичких сметњи за објективно обављање функције интерне ревизије треба да резултира благовременом акцијом одбора за ревизију ради превазилажења тог проблема, у супротном одбор долази под лупу одговорности. Надзор над радом интерне ревизије доводи одбор за ревизију у позицију релевантног процјенитеља адекватности плана интерне ревизије и буџетирања. Крајња одговорност у овом домену се може адресирати одбору за ревизију у случају усвајања неадекватног плана, затим непоступања интерног ревизора по плану а да то није пропраћено корективним налозима или позивом на одговорност. У трећем домену, одбор контролише и извјештава извршни одбор о најважнијим финансијским чињеницама. Иако је финансијске извјештаје сачинио интерни ревизор, крајња одговорност на истинитом извјештавању пада на одбор за ревизију, који је у овом случају контролор ваљаности извјештаја, са обавезом благовременог извјештавања о уоченим недостацима. Стандард дужне пажње овдје зависи од преовлађујућих правила и принципа финансијског извјештавања, што улази у економску струку и праксу.

У вези ангажовања спољне ревизије одбор за ревизију процјењује квалификованост, референтне пројекте, ресурсе и капацитете, процјењује независност спољног ревизора, док у току вршења спољње ревизије врши периодичне састанке заједно са спољним ревизорима и менаџментом ради расправе о пословним ризицима материјално битним за оцјену финансијског стања, и интерним поступцима и процедурама, гдје се исте могу и критички анализирати, на основу чега ће прикупити довољно информација о ризицима на које треба обратити нарочиту пажњу.[24] Одбор за ревизију је спона између екстерне ревизије и одбора, премошћава информациону асиметрију између њих и олакшава процес мониторинга и доприноси независности ревизора у процесу управљања.[25]

покретање разрјешења чланства), утврђује практичну димензију независности одбора за ревизију и извјештава више руководство о системима интерне контроле и контроле ризика- видјети Guidance on the 8th EU Company Law Directive, *FERMA / ECIIA,* 2010., стр. 12-13.

[24] Борис Тушек, Ревизијски одбор у суставу корпоративног управљања, *Economic Research Vol. 2. no. 2*, 2007., стр. 96-97.

[25] Jian Zhou, Ken Y. Chen, Audit Commitee, Board Characteristics and Earning Management by Comercial Banks, https://www.researchgate.net/publication/228724063_Audit_committee_board_characteristics_and_earnings_management_by_commercial_banks, стр. 4., приступљено 5.07.2024.

На основу природе надлежности ревизорског одбора се може закључити да је за обављање његових редовних дужности неопходна перманентна сарадња и размјена информација са управом по многим питањима: систем управе за процјену ризика; тренутни проблеми у дјелатности компаније; посљедице усвајања нових прописа на пословање; стање са евентуалним издацима у судским споровима и по основу рекламација; стање и управљање резервама; финансијски надзор над пословним јединицама; људски ресурси, компензационе шеме, систем за контролу трошкова.[26] Низ је отворених питања о начину обављања наведених функција које је неопходно ријешити унутрашњим актима банке. Ревизија кварталних, полугодишњих и годишњих финансијских извјештаја се врши непоредно прије подношења истих надзорном одбору и управи, док се стање резерви, контрола трошкова и остала питања везана за процедуре менаџмена врше перманентно. Од различитих чињеница као што су сложеност и величина имовине, бројност трансакција, изложеност ризицима и сл. зависи тајминг сједница овог органа, што ће надзорни одбор утврдити интерним актима на основу редовних процјена.

Одбор за ревизију има овлаштење на сазивање сједнице надзорног одбора и скупштине ако сматра да су угрожена права акционара, или ако уочи неправилности у раду предсједника и чланова надзорног одбора, директора или извршних директора.[27] Из наведених одредби се виде и друге, врло важније функције овог органа. Одбор за ревизију врши истовремено и контролу над радом других органа унутар управне структуре компаније. Сазивање сједнице се врши у случајевима ако интерни ревизор направи пропусте који угрожавају права акционара. Закључујући argumentum a contrario у односу на предходно наведене надлежности, у оквиру којих су класификоване дјелатности одбора које се врше годишње квартално или мјесечно, наведене дужности имају смисла само ако се врше перманентно. То се може закључити тумачењем смисла законских одредби гдје се утврђује да сазива сједнице уколико уочи неправилности у раду. То није дужност само у случају усвајања утврђених финансијских извјештаја за које одбор врши презентацију ревизије у оквиру које износи своје мишљење. Иако законске одредбе утврђују да одбор за ревизију има овлаштење на сазивање скупштине акционара и надзорног

[26] Борис Тушек, op. cit., стр. 98.
[27] ЗОБРС, чл. 79. ст. 14); ЗОБФБиХ, чл. 32.ј.

одбора, то је његова дужност, сходно којој се такође може поставити питање одговорности. Дакле, сходно функцији надзорног тијела, то није својствена слобода избора да захтијева обавјештење органа банке о тим чињеницама ради расправе о тим питањима.

Закон правним стандардом одређује тежину повреде ради које се може извршити сазивање. У првом случају стандард је повреда права акционара, а у другом неправилности органа управе компаније. Сматра се да се права акционара тумаче у ширем смислу, првенствено у смислу њиховог економског положаја. У другом случају се сазивање врши у случају тежих неправилности, првенствено у погледу непоштовања законских норми и унутрашњих аката, било из финансијске, било из нефинансијске сфере. За мање неправилности у раду органа је потребно да одбор за ревизију непосредно упозори органе и наложи корективне мјере, а ако би се исте неправилности понављале, или се не би кориговале, онда је одбор за ревизију дужан обавијестити надзорни одбор, уз могућност извјештавања на годишњој скупштини акционара. Тежину повреде у сваком случају просуђује и квалификује одбор за ревизију, а у случају да своје функције не врши у складу са пажњом стручњака, то ће и чланови одбора моћи бити позвани на одговорност.

Пропуштање вршења надзора и наведених прописаних надлежности представља основ за пријевремено разрјешење, а ако је то за посљедицу имало имовинску штету, то ће чланови одбора моћи бити позвани на имовинску одговорност. Ипак овдје долази до једне специфичне ситуације. Њихова одговорност сеже од тренутка када су били дужни увидјети неправилности које су довеле до имовинске штете. Будући да су ту штету непосредно причинили други компанијски органи, то се ови други органи такође не могу тако лако ослободити одговрности и пребацити је на одбор за ревизију. Произилази да до тренутка када је требало уочити грешку органа управе, за имовинску штету одговарају чланови органа управе који су исту причинили, а након тога да солидарно одговарају и чланови одбора за ревизију и чланови органа управе, али за преостали износ штете. Конкретан тренутак одговорности у сваком случају зависи од усвојених пракси у вршењу функција одбора и унутрашњих аката, те међународних стандарда који регулишу ову област. У основи се ради о утврђеној периодици обавезног финансијског извјештавања.

3. Елементи независности одбора

Кључни предуслови адекватне контроле ризика јесу свеобухватност контроле и независност фунцкије управљања ризицима, било да се контрола ризика налази у домену одбора за ревизију, било одбора за ризике.[28] Због тога што су финансијске кризе идентификовале проблем лошег финансијског извјештавања, као битан начин превазилажења наведеног проблема законодавства су уводила стандарде независности чланства одбора за ревизију. Постоје бројни аспекти независности, али су најважнији изборна, самим тим и контролна надлежност над одбором за ревизију, као и правне претпоставке независности чланства. У једнодомним системима одбор за ревизију је у изборној и контролној надлежности управног одбора, који поред формирања одбора за ревизију усваја релевантне правилнике о његовом раду, док су унутар дводомних система у надлежности надзорног одбора. Из овакве међузависности је очито да постоји више институционалних услова за бољу и објективнију контролу управе компанија када је ревизорски одбор у надлежности надзорног одбора, у односу на једнодомне системе. Због чињенице да у једнодомним системима одређени број извршних директора улази у састав управних одбора, самим тим што извршни директори имају могућност директног утицаја на избор чланства одбора за ревизију који ће након избора да врше контролу над истим, недвосмислено говори у прилог сукобљавању интереса и због тога потенцијалној необјективности у раду одбора за ревизију. За евентуално пријевремено разрјешење члана одбора за ревизију је потребно да гласа већина чланова одбора за ревизију, што је значајна гаранција независности у раду одбора. Принцип слободног разрјешења чланова управе се аналогно примјењује на разрјешење чланства одбора за ревизију, што треба да допринесе њиховом професионалном ангажману. Као потенцијални недостатак банкарских прописа Републике Српске може бити чињеница да закон не одређује лимит у бројности чланства. Већи број чланова може замагљивати правну одговорност, а правна одговорност увијек треба да почива на конкретном

[28] Peter O. Mülbert, Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis- Theory, Evidence, Reforms, *ECGI* 2010., стр. 29.; autori Andrew Ellul, Vijay Yerramilli указују да је поред независности тијела за контролу ризика битна чињеница адекватне контроле ризика нужан и добар проток информација између вишег менаџерског тима и тијела за праћење ризика - Stronger Risk Controls:Lower Risk, Evidence from US Banks Holdings Companies, *NBER Working Paper* no. 16178, 2010, стр. 4

лицу и конкретној радњи. Величина одбора треба зависити од величине и сложености банке, да се не би десило да усљед малог број чланова одбор као цјелина не може одговорити својим дужностима.

Сматра се да цјелокупно чланство одбора за ревизију котираних банака мора испуњавати услове независности, што подразумијева непостојање повезаности чланова одбора за ревизију са банком и њеним јединицама, нити накнада члановима за консалтинг, савјетодавне и сличне функције према банци, док се у случају преласка чланова одбора за ревизију на друге функције у банци предвиђа „период хлађења" од годину дана, а поред независности битан је и критеријум стручности, по коме сви чланови одбора за ревизију морају бити финансијски писмени, а најмање један мора бити финансијски експерт.[29] Кодекс корпоративног управљања Велике Британије такође захтијева од чланова одбора за ревизију да буду независни и неизвршни, те да најмање један члан посједује финансијска знања и искуство у области у којој компанија послује, али то са упоредног становишта нису једниствена рјешења.[30] Досадашња истраживања указују на чињеницу да паралелно чланство одбора за ревизију у другим одборима унутар банке, као и у одборима других банака има негативне корелације на квалитет финансијског извјештавња и обављање дужности одбора.[31] У том смислу можемо похвалити домаћу легислативу.

ЗОБРС захтијева позитивне претпоставке за чланство одбора за ревизију које нужно мора посједовати радно искуство у области финансија, ревизије и рачуноводства, а најмање једно лице мора имати професионално звање овлаштеног ревизора, уз забрану упоредног обављања позиције члана одбора за ревизију са службеничким или функцијама у

[29] Robert J.Taylor, op. cit. , стр. 152. и 156.; Robert Charles Clark, Corporate governance changes in the wake on the Sarbanes-Oxley Act: a morality tale for policymakers to, *Harvard Law School Discission Paper* no. 525, 2005., стр. 9.

[30] UK Corporate Governance Code, FRC, 2024, sec. 4. provision 24, интересантна је чињеница да се кодекси корпоративног управљања европских земаља као што су Италија, Њемачка углавном баве позитивним претпоставкама независности чланства, у Италији већина чланова одбора за ревизију јесу неизвршни (Italian Corporate Governance Code, 2020., чл. 35.), Мађарски кодекс говори о одговорности одбора директора на успостављању система интерних контрола и не регулише потребне компетенције чланова контролних тијела (Corporate governance recommendations, Budapest Stock Exchange, 2018., чл. 2.8.)

[31] Dimitris K. Chronopoulos, Lemonia M. Rempoutsika, John O. S. Wilson, op. cit., стр. 672-673.

корпоративним органима исте банке, као и постојање финансијског интереса у банци сем накнаде за вршење функције која се одобрава одлуком скупштине друштва.[32] Општи прописи Републике Српске утврђују принцип да се чланство у тијелима интерне ревизије бира из реда независних лица[33], што се аналогно примјењује на банкарске прописе. Међутим, банкарски прописи су још ригорознији код негативних претпоставки независности, будући да не дозвољавају постојање било каквог финансијског интереса.

У науци постоје различити ставови у погледу позитивних квалификација чланства одбора. Да би одбор за ревизију контролисао финансијске извјештаје потребно је да бар два финансијска стручњака буду у саставу одбора, од којих би један био пензионисани менаџер, а други неко ко савладава нове начине извјештавања и техничка достигнућа, јер би постојање само једног стручњака подразумијевало његову превелику одговорност у односу на остале чланове, док би за глобалне корпорације исти морали бити упућени у међународне стандарде финансијског извјештавања.[34] Неопходне квалификације одбора за ревизију треба поставити сходно функцијама (финансијско извјештавање и контроле, ревизија, комуникација са спољним ревизором), тако да се најчешће захтијева да минимално један члан буде финансијски стручњак, али се сугерише нужност да минимално један члан има веће искуство у области ревизије, јер пракса показује да искусни ревизори далеко ефикасније обављају дужности у свим аспектима активности одбора за ревизију.[35] Њемачки кодекс корпоративног управљања захтијева од чланова компетенције из рачуноводства и ревизије, са тим што у оквиру рачуноводтва подразумијева и компетенције о системима за управљање ризицима.[36] Ако узмемо у обззир да одбор за ревизију има надлежности контроле система управљања ризицима, сматрамо да је пропуст домаћег законо-

[32] ЗОБРС, чл. 78. чл. 3) и 4); ЗОБФБиХ чл. 32.х.

[33] Закон о привредним друштвима Републике Српске (ЗОПДРС), *Службени гласник Републике Српске* бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019 і 17/2023, чл. 322.

[34] David Sherman, Dennis Carey, Robert Brust The Audit Committees New Agenda, *Harvard Business Review* June iss., 2009., стр. 196.

[35] Shab Hundal, op. cit.., стр. 63-64.; Lawrence J. Trautman, The Matrix: The Boards Responsibility for Director Selection and Recruitment, *Florida State Univerzity Bussines Review* Vol. 11, 2012., стр. 93.

[36] German Corporate Governance Code,2022., принцип 15.

давца што у позитивним претпоставкама независности није захтијевао да бар један члан стручне квалификације за процјену ризика и системе управљања ризицима, будући да је и ово поље у надлежности одбора за ревизију.

4. Закључак

Пословање са великим бројем депонената и могућност банака да кроз негативне системске ефекте изазову кризе ставља у основни задатак банкарске легислативе обезбјеђење финансијске стабилности, тј. превенцију и контролу ризика. Због тога је у банкама наглашен трећи агенцијски проблем, сходно чему се и концепт дужности помјера ка стејкхолдерском моделу. У наведеном контексту се одбор за ревизију смата прво институтом за превазилажење трећег, тек потом другог агенцијског проблема.

Ако се посматрају надлежности одбора за ревизију, могли бисмо га назвати суперменом без свих особина супермена. Домен интерних контрола и финансијског извјештавања је редовна надлежност одбора. Посебно ширење надлежности јесте област контроле ризика, мада надлежности одбора сежу до нивоа процјене самог система за управљање ризицима, не и конкретних извјештаја о контроли ризика, али ипак у неким упоредним праксама одбори за ревизију врше контролу ризика. Домаћа легислатива њихове дужности на крају проширује на контролу законитости, што је у случају банака преширок контекст будући да нема сегмента пословања и система управљања у банкама који није регулисан посебном регулаторном легислативом. Стога ипак треба сматрати да се највећи стандарди одговорности одбора примјењују у области финансијског извјештавања, а нешто мањи у другим наведеним пољима.

Дводомни системи потенцијално погодују објективнијем и независнијем раду одбора. Позитивне и негативне претпоставке независности јесу постављене на висок ниво. Чланови морају бити неизвршни и независни са компетенцијама у области финансијског извјештавања, али дужност контроле ризика од стране одбора за ревизију по логици ствари захтијева да бар један члан посједује компетенције за управљање банкарским ризицима.

Литература

Библиографске референце

- Basel Committee for Banking Supervision, The internal audit functionin banks, BIS, 2012
- Беке-Тривунац Јозефина, Улога одбора и интерног ревизора у савременом корпоративном управљању, *Часопис за економију и тржишне комуникације* Vol. 1 no.1, 2011
- Васиљевић Зоран, Радовић Вук, Компанијско право-право привредних субјеката, Правни факултет Универзитета у Бањалуци, 2023
- Васиљевић Мирко, Корпоративно управљање и агенцијски проблеми, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 57. Бр. 1, 2009
- Гавриловић Марина, Управљање информацијама-модел савременог корпоративног управљања ризицима, *Финрар*, Бањалука, 2014
- Deloitte, Improving Bank Board Governance, New York, 2011
- Даниловић Дамјан, Миљковић Страхиња, Особености регулаторног режима банака и система короративног управљања, *Зборник радова Економског факултета у Источном Сарајеву*, бр. 21, 2020
- Dionisiev Ivan, Tocev Todor,Audit commeettteess in banks and their responsibility to internal audit function-the case of the Republic of Macedonia, *Journal of Public Administration, Finance and Law*, 19/2021
- Ellul Andrew, Yerramilli Vijay, Stronger Risk Controls:Lower Risk, Evidence from US Banks Holdings Companies, *NBER Working Paper* no. 16178, 2010
- Zhou Jian, Chen Y. Ken, Audit Commitee, Board Characteristics and Earning Management by Comercial Banks, 2005 https://www.researchgate.net/publication/228724063_Audit_committee_board_characteristics_and_earnings_management_by_commercial_banks
- Кнежевић Снежана, Живковић Александар, Милојевић Стефан, Улога и значај интерне контроле и интерне ревизије у спречавању и идентификовању преварних радњи у банкама, *Банкарство*, вол. 50. бр. 1, 2021
- Lipton Martin, Neff A. Daniel, Brownstein R. Andrew, Rosenblum A. Steven, Emmerich O. Adam, Fain L. Sebastian, Cohen J.David, Risk Management and Board of Directors, *Bank and Corporate Governance Law Reporter*, vol. 47 no. 6., 2012

- Macey R. Jonathan, O'Hara Maureen, The Corporate Governance of Banks, *FRBNY Economic Policy Review*, 2003
- Peter O. Mülbert, Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis- Theory, Evidence, Reforms, *ECGI,* 2010
- Пљакић Љубодраг, Правни положај и грнице одговорности чланова управног одбора банака, Право и привреда, бр. 1-3, 2017
- Станишић Миле, Интерна ревизија у функцији управљања ризиком у привредним друштвима, *Пословна економија*, бр. 9. вол. 2., 2015
- Stiles Philip, Board Committees, in M. Wright, D.S. Siegal, K. Keasey and I. Filatotchev (ed.) „ The Oxford Handbook of Corporate Governance", *Oxford University Press*, 2013
- Sherman David, Carey Dennis, Brust Robert, The Audit Committees New Agenda, *Harvard Business Review* June iss., 2009
- Taylor J. Robert, The Role of the Audit Committee for Publicy-Traded Community Banks, *Banking Law Journal* Vol 125 no. 2, 2008
- Trautman J. Lawrence, The Matrix: The Boards Responsibility for Director Selection and Recruitment, *Florida State Univerzity Bussines Review* Vol. 11, 2012
- Тушек Борис, Ревизијски одбор у суставу корпоративног управљања, *Economic Research* Vol. 2. no. 2, 2007
- Hellmann F.Thomas, Murdock C Kevin, Stiglitz E. Joseph, Liberalization, Moral Hazard in Banking, and Prudential Regulation: Are Capital Requirements Enough?, *The American Economic Review*, 2000
- Cassellati-Sforzolini Giussepe, Zadra Valentina, New Rules on Italian Banks Organization and Corporate Governance, *Banking Law Journal* Vol. 125. no. 9, 2008
- Charles Clark Robert, Corporate governance changes in the wake on the Sarbanes-Oxley Act: a morality tale for policymakers to, *Harvard Law School Discission Paper* no. 525, 2005
- Chronopoulos K. Dimitris, Rempoutsika M. Lemonia, Wilson O. S. John, Audit committee oversight and bank financial reporting quality, *JBFA*, 2023

Правни акти

- German Corporate Governance Code, 2022
- Guidance on the 8th EU Company Law Directive, *FERMA / ECIIA*
- Закон о банкама Републике Српске(ЗОБРС), Службени гласник Републике Српске, бр. 4/2017, 19/2018 - исправка 54/2019
- Закон о банкама Федерације БиХ(ЗОБФБиХ), Службени гласник Федерације БиХ бр. 27/17
- Закон о привредним друштвима Републике Српске(ЗОПДРС), Службени гласник Републике Српске бр. 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019 i 17/2023
- Italian Corporate Governance Code, 2020
- UK Corporate Governance Code, *FRC*, 2024
- Corporate governance recommendations, Budapest Stock Exchange, 2018

Prof. Damjan Danilović, Ph.D.[37]

AUDIT COMMITTEE IN BANKS

Abstract: *The paper analyzes the legal position of the audit committee as a special and mandatory body in banks. The systemic principles of banking legislation are specifically manifested in agency problems in banks. In this sense, the audit committee is also considered as part of a systemic control structure with special responsibility for risk control. After that, the paper discusses the individual legal aspects/preconditions for the adequate performance of the audit committee's tasks/duties, primarily in terms of competence, especially in comparison with other bodies that have control competences. After that, aspects of the independence of the audit committee are discussed as an important prerequisite for the adequate performance of duties.*

Keywords: *agency problems, risks, control, independence.*

[37] Associate professor, Faculty of Economics, University of East Sarajevo

УДК 656.2.025:338.47
doi 10.7251/PR6924579P
Прегледни научни чланак

КРАЂА И ПЉАЧКА КАО ОСЛОБАЂАЈУЋИ РАЗЛОГ ОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ ПРЕВОЗИОЦА РОБЕ У ДРУМСКОМ ПРЕВОЗУ

Ђорђе Перишић, мр[1]

Сажетак: *У овом раду аутор се бави одговорношћу за штету друмског превозиоца робе са посебним освртом на штету насталу крађом или пљачком превожене робе. Укратко је дат општи приказ најзначајнијих особености превозничке одговорности, а затим особености одговорности друмског превозиоца по међународном и домаћем праву које имају скоро идентичне формулације. У раду је интерпретирана међународна судска пракса и неколико занимљивих случајева праксе држава региона. На неколико мјеста је наглашено да је одговорност друмског превозиоца строга и да он мора показати највиши степен пажње при извршавању уговора о превозу. Конкретно, по питању крађе и пљачке превожене робе неопходно је уложити појачан напор у предвиђање наступања ових штетних догађаја и прилагођавање на ниво опасности која пријети. Ипак, сваки случај има своје специфичности које судови морају добро испитати и одредити се према њима, избјегавајући да упадну у калуп направљен досадашњом праксом.*

Кључне ријечи: *CMR конвенција; Уговор о превозу робе друмом; Пажња доброг стручњака; Крађа и пљачка робе.*

[1] Виши асистент, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, djordje.perisic@pravni.ues.rs.ba

1. УВОД

Крађа и пљачка робе која се превози друмом, у пракси су, релативно, чест разлог због кога превозиоци не успјевају да предају робу њеном примаоцу. На ове штетне догађаје би превозиоци требало да рачунају, са већом или мањом вјероватноћом наступања и да, сходно томе, предузму одговарајуће мјере заштите. Иако на први поглед изгледа да имају сва обиљежја више силе, због тога што се могу очекивати, а неријетко и спријечити, превозиоцима је у пракси тешко да докажу да су околности биле такве па да штета или крађа робе буду ослобађајући разлог због неиспуњења уговора о превозу. Међутим, свака ситуација има неке своје особености и захтијева да се те особености проуче и да се на основу њих оцјени да ли у конкретном случају има довољно разлога да се превозилац ослободи одговорности за штету.

Крађа подразумијева присвајање туђе ствари без употребе силе, док код пљачке, супротно, употребљава се сила да би се присвојила туђа ствар. Употреба силе може бити према људима или према стварима. Крађа у себи подразумијева неку врсту преваре, обмане, гдје се користи непажња или незнање оштећеног. Код пљачке нема преваре већ се употребом веће силе него што је одбрамбена моћ превозиоца, присваја туђа ствар. Ово разликовање има посљедице и на пољу имовинскоправне одговорности превозиоца, јер се у пракси, много теже ослобађа одговорности за штету проузроковану крађом, а лакше за штету од пљачке.

Крађа и пљачка су увијек спољни догађаји за превозиоца, тако да испуњавају први услов да се окарактеришу као виша сила, како год да се она тумачи. Због тога је у њиховом разматрању, као ослобађајућег разлога, једино важно испитати преостале двије особине више силе, предвидљивост и неизбјежност догађаја. Изузетак би била крађа робе од стране превозиочевог особља, када би то било чињеница унутар дјелатности превозиоца. Укупно гледано, неупоредиво је више случајева у којима су превозиоци били одговорни за штету насталу крађом или пљачком, него оних у којима су ослобађани одговорности. Од самог почетка превозне дјелатности, увијек је постојала сумња да ли је до крађе или пљачке заиста и дошло или је то резултат договора превозиоца са пљачкашима, а читав догађај само инсцениран. Управо овај аргумент је био кључни за увођење строге одговорности општег превозиоца робе (*common carrier*) у општем праву (*common law*).[2]

[2] У англосаксонском праву у чувеном случају *Coogs v Bernard* лорд *Holt* каже: „Питање

Општи превозилац се могао ослободити одговорности у тачно одређеним случајевима, под које се крађа или пљачка не би могле сврстати. Све то има смисла јер превозилац добија ствари које превози у државину, а корисник превоза, пошто не прати превоз, губи могућност да предузме било шта што би могло спријечити настанак штете, осим да даје инструкције. Све је у превозиочевим рукама и од његове пажње и способности зависи успјех читавог подухвата. У старија времена, када је превоз као дјелатност била у настанку, крађе и разбојништва су била честа, јер је заштита људи и имовине била слабија, а доказна средства неефикасна, па је тако строга одговорност била примјерена ради заштите пошиљалаца.

2. ОДГОВОРНОСТ ПРЕВОЗИОЦА ЗА ГУБИТАК И ОШТЕЋЕЊЕ РОБЕ - УОПШТЕ

Основна обавеза превозиоца робе је да ствари које је примио на превоз неоштећене преда њиховом примаоцу по окончању превоза. Ако то не буде у стању да уради, поставиће се питање његове одговорности за штету.[3] Та одговорност је уговорне природе (*ex contractu*), јер преузимању ствари на превоз претходи закључење уговора, па је у овом случају ријеч о неизвршењу уговорне обавезе. Превозилац одговара за ствари које је добио на превоз од тренутка њиховог преузимања од пошиљаоца до тренутка предаје примаоцу. Међутим, посебан режим уговорне превозничке одговорности почиње тећи од тренутка када почиње извршење уговора, а то је утовар ствари у возило и траје док се ствари не изнесу из возила. Ако он чува ствари прије почетка превоза и након што је превоз окончан, онда не одговара по правилима превозничке одговорности, већ по општим правилима облигационог права. Осим уговора чије кршење је најчешће разлог његове одговорности, то може бити и исправа која прати робу ако има својство хартије од вриједности. То је тзв. скрип-

строге одговорности је политички установљено, осмишљено да пружи безбједност свих лица чије их потребе приморавају да вјерују оваквим особама како би биле безбједне у свим начинима поступања, јер би превозници могли да их превјере, удружујући се са лоповима, чинећи то на тајан начин, који је немогуће открити“, Brian Harris, *Ridleys Law of the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, Sweet and Maxwell, London 2010, 60.

[3] Више о штети: Дамјан Даниловић, Раденко Јотановић, *Основи пословног права*, Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Пале 2021, 154–159.

турална (*ex scriptura*) одговорност, која се, дакле, везује за хартију од вриједности, а не за уговор поводом кога је та хартија издата, пошто за превозне исправе, иако су приватног карактера, вриједи претпоставка истинитости њиховог садржаја док се другачије не докаже.

Карактеристично за одговорност превозиоца је да је она пооштрена. То се чини претпоставком узрочне везе или пооштрењем основа одговорности.[4] Претпоставка узрочне везе значи да се претпоставља кривица превозиоца за штету на стварима, ако је штета настала током превоза. Тако се терет доказа пребацује на превозиоца. Оштећени треба да докаже постојање уговора и да је ствари неоштећене предао на превоз, што ће постићи презентацијом превозне исправе, и да ствари није примио у количини и стању у коме их је предао. Што се тиче основа одговорности за штету услијед оштећења или губитка ствари, у саобраћајном праву, то је најчешће узрочна веза. Дакле превозилац за ову штету одговара објективно, без обзира на кривицу, док је само у превозу робе морем, основ његове одговорности кривица, која се додуше, претпоставља. Превоз је опасна дјелатност која подразумијева употребу возила која су опасне ствари, јер се крећу и имају велику масу и снагу. С тога је разумљиво да превозилац одговара строго, као корисник опасне ствари и предузимач опасне дјелатности од које има користи. Та његова строга одговорност је резултат компромиса, како би се равномјерно распоредио уговорни ризик између уговарача, који несумњиво постоји у превозу. Узимајући узрочну везу као основ одговорности, значајно је побољшан положај корисника превоза који само треба да докаже постојање уговора, штету коју је претрпио, а узрочна веза се доказује чињеницом да је роба оштећена за вријеме превоза,[5] што значи да се претпоставља. Значи, потребна је само временска веза између настале штете и превоза, дакле, не и саобраћајна незгода, да се узрочна веза, а тиме и одговорност превозиоца, претпостави. У овом случају, превозилац се може ослободити одговорности само ако докаже да нема узрочне везе између штете и његовог понашања. Због тога мора доказати постојање неког од ослобађајућих разлога, који прекидају узрочну везу, а који су наведени у пропису.

Једно од начела превозничке одговорности је одговорност за радње лица којима се превозилац служи у обављању превоза, тј. за радње својих

---

[4] Небојша Јовановић, *Саобраћајно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017, 285.

[5] Branko Jakaša, *Kopneno i zračno saobraćajno pravo*, Informator, Zagreb 1969, 370.

помоћника. Лица којима се превозилац служи су његови запослени као што су возачи или кондуктери и лица која ангажује да умјесто њега обаве неки сегмент извршења уговора, као што су подпревозиоци, аутобуске или жељезничке станице, лица која обављају утовар или истовар и сл. Све радње које према корисницима превоза та лица предузму, исто је као да их је предузео превозилац лично. У питању је одговорност за другог, јер се превозилац може регресирати од ових лица. Ово правило је добро за кориснике превоза јер је превозилац, најчешће, имовински снажан, па ће се лакше обештетити од њега него од лица којима се он служи. С друге стране, ово је заштита и за та лица, која су често имовински слаба, јер се корисник превоза за накнаду штете може обратити само превозиоцу јер је са њим закључио уговор, а његовом запосленом само ако је штету проузроковао намјерно.[6] Тако, у случају да крађу превежене робе изврше помоћници превозиоца, он ће бити одговоран за штету, јер није извршио уговорну обавезу сигурног и правовременог превоза.[7]

Правило је да превозилац не одговара за цјелокупну штету која је настала, већ ограничено. Ограничење се врши по јединици мјере оштећене превожене робе која се множи са новчаним износом који је наведен у пропису. У поморском праву постоји могућност да бродар формира посебан фонд чија се вриједност ограничава на број бруто регистрованих тона конкретног брода помножен са новчаним износом одређеним у пропису. Процентуални износ вриједности фонда у односу на укупан износ штете је и проценат штете који ће оштећени успјети да надокнади од укупног износа претрпљене штете. Ограничена одговорност превозиоца за штету се оправдава равномјерном подјелом ризика између уговарача, јер је превоз скупа и ризична дјелатност, па би цјелокупна накнада штете била превише оптерећујућа за превозиоце. Превозилац одговара неограничено, ако је штету проузроковао намјерно или крајњом непажњом или ако је неограничена одговорност уговорена.

Превозилац штету за коју одговара надокнађује у новцу, осим ако се другачије не споразумије са оштећеним. Постојање и висину штете доказује оштећени и то се може утврдити према вриједности робе у мјесту полазишта или одредишта. Ако се утврђује у мјесту полазишта,

6 Закон о облигационим односима Републике Српске – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - одлука УСЈ и 57/1989 *и Службени гласник РС*, бр. 17/1993, 3/1996, 37/2001 - др. закон, 39/2003 и 74/2004, чл. 171, ст. 2.

7 Вид. Н. Јовановић, 331.

онда корисник превоза треба да буде обештећен да се постигне стање као да није предавао ствари на превоз уопште. Њему се враћају сви износи које је предао превозиоцу поводом оштећене робе, као трошкови које је имао у вези са робом попут царине. Ако се штета утврђује у мјесту одредишта, онда се то ради по цијенама које ту вриједе, онда превозилац не надокнађује трошкове пошиљаоца и има право на наплату својих трошкова.[8]

3. ОДГОВОРНОСТ ДРУМСКОГ ПРЕВОЗИОЦА

Уговор о превозу робе друмом на међународном нивоу уређен је Конвенцијом о уговору о превозу робе друмом – CMR.[9] Ову конвенцију потписала је тадашња ФНР Југославија 1955. године, па се она примјењује и у свим државама насталим распадом *ex*-Југославије.[10] Ова конвенција је доживјела велики успјех јер је ратификовало 48 држава, међу којима је Њемачка, Русија, Италија, Француска, Велика Британија итд. У праву Републике Српске на уговоре о превозу робе друмом примјењује се Закон о облигационим односима у којем је регулисан уговор о превозу робе.[11] Република Српска нема посебан закон о уговорима о превозу у друмском саобраћају, као што има за уговоре о превозу у жељезничком саобраћају, а не примјењују се ни прописи СФРЈ који су регулисали ову материју.[12] Иако многа питања у вези са уговором о пре-

[8] B. Jakaša, 378–379.

[9] Тадашња ФНР Југославија је потписала CMR Конвенцију 19.5.1956. године, а ратификовала је 22.10.1958. године, *Службени лист ФНРЈ* – додатак, бр. 11/58, а Босна и Хереговина је чланица конвенције на основу сукцесије. Текст Конвенције је доступан на: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1961/07/19610702%2001-56%20AM/Ch_XI_B_11.pdf. Приступљено 14.6.2024. године.

[10] Уредба са законском снагом о преузимању и примјењивању савезних закона који се у Босни и Херцеговини примјењују као републички закони, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/92.

[11] Одговорност превозиоца за губитак или оштећење робе у ЗОО чл. 671 је формулисана на врло сличан начин као у CMR конвенцији: „Превозилац одговара за губитак или оштећење пошиљке који би се догодили од часа преузимања до њене предаје, осим ако су проузроковани радњом овлашћеног лица, својствима пошиљке, или страним узроцима који се нису могли предвидјети, ни избећи или отклонити.“

[12] У СФРЈ су 1974. године, дакле прије ступања на снагу Закона о облигационим односима, донесени: Закон о уговорима о превозу друмском саобраћају, *Службени лист СФРЈ* бр. 01/74 и Закон о уговорима о превозу жељезничком саобраћају,

возу нису регулисана у ЗОО, а била би да постоји *lex specialis*, то има и неких позитивних страна. Најприје одговрност превозиоца за штету је формулисана идентично као у конвенцији CMR, а, нпр. није уопште предвиђена ограничена одговороност за штету услијед губитка или оштећења робе или закашњења у предаји, осим ако се уговорне стране другачије не договоре. Постоје многа законодавства која не познају ограничења штете у случају смрти или повреде путника који се превози на основу уговора о превозу, али скоро без изузетка је прихваћена ограничена одговороност у превозу робе. Тако је у праву Републике Српске положај корисника превоза робе друмом значајно бољи него у већини националних јурисдикција.

Основ одговорности друмског превозиоца робе и ослобађајући разлози одговорности дефинисани су у чл. 17 ЦМР. У њему је одређена одговорност превозиоца за тачно одређене штетне случајеве (губитак, оштећење робе и закашњење у предаји), затим, трајање одговорности (од преузимања робе до времена испоруке) и општи посебни разлози за ослобођење од одговорности превозиоца. За питање крађе и пљачке робе која се превози, најважнији је став 2 овог члана у коме је дефинисан општи разлог ослобођења одговорности и који гласи: „Превозиоц, пак, биће ослобођен одговорности ако је губитак, штета или закашњење проузроковано погрешном радњом или нехатом потражиоца, инструкцијама потражиоца које нису дате као последица погрешке или нехата од стране превозиоца, природном грешком робе или околностима које превозилац није могао избећи или последицама које није могао спречити.“ Ова формулација је преузета из Конвенције и уговорима о превозу жељезницом COTIF додатак Б – CIM који се односи на превоз робе, у коју је уврштена ревизијом конвенције 1952. године.

Веома је дискутабилно како тумачити ову ослобађајућу формулу, тј. њен посљедњи дио: *околности које су неизбјежне и које се не могу спријечти.* Најприје што се може запазити је да догађај на који се превозилац може позвати као ослобођајући разлог, не мора бити спољашњи у

Службени лист СФРЈ бр. 02/74. Тако су уговори о превозу постали, међу првим, именовани уговори у правном систему тадашње државе. Оваква законодавна пракса задржана је у насталој СРЈ, СЦГ, али и у данашњем позитивном праву Србије. У поменутој Уредби са законском снагом о преузимању и примјењивању савезних закона који се у Босни и Херцеговини примјењују као републички закони такасативно су наведени прописи који ће се наставити примјењивати, али међу њима није наведен Закон о уговорима о превозу у друмском саобраћају из 1974. године.

односу на његову дјелатност. То значи да у подјели ослобађајућих разлога на случај и вишу силу, овдје и једно и друго могу послужити у ослобађању превозиоца од одговорности за штету. Битно је само да превозилац уложи одговарајућу пажњу у процјени вјероватноће наступања неког догађаја или спријечавања његових посљедица. То значи да он не смије бити крив за настанак узрока штете. Ако се узме овакво схватање као исправно, онда је одговорност превозиоца блаже дефинисана, него у прописима, у којима је наглашено да ослобађајући разлог мора бити спољња чињеница, јер је тако број ослобађајућих разлога који се могу догодити већи. Тако је у CIV конвенцији[13] која се односи на превоз путника и пртљага, одговорност жељезнице за смрт или повреду путника дефинисана тако да се превозилац може ослободити само због догађаја који је изван дјелатности жељезнице а који се није могао спријечити, отклонити или избјећи. Дакле, наглашено је да то мора бити спољашњи догађај у односу на дјелатност превозиоца. На основу овога се може закључити да, ако су приређивачи хтјели да ослобађајуће разлоге ограниче само на спољашње догађаје у односу на дјелатност превозиоца, они би то и нагласили у тексту. Исто тако, у ставу 3 члана 17 наведено је да се превозилац не може позвати на дефектно стање возила које је коришћено за превоз, што би било непотребно наглашавати, ако се сматра да само спољшњи догађај може бити ослобађајући разлог[14], али је тако један од најважнијих појавних облика случаја постао неупотребљив, што клатно помјера ближе објективној одговорности превозиоца.

Даље, у чл. 17. 2 не захтијева да чињеница која може бити ослобађајући разлог мора имати особину непредвидљивости и неотклоњивости што су битне особине више силе. Ипак, појам непредвидљивост остаје релевантан за процјену да ли се догађај могао избјећи, а самим тим и отклонити. Суд не може одлучити да ли се неки догађај могао избјећи без разматрања да ли се могао предвидјети. Ако је ризик био предвидљив, било начелно као могућност, било као неминован догађај,

[13] Конвенција о међународном превозу жељезницом из 1980. која је закључена у Берну (COTIF или Бернска конвенција) измијењена протоколом из Вилњуса 1999. Има више додатака од који се А односи на путнике и пртљаг и има назив: „Јединствена правила о уговору о међународном превозу путника жељезницом – CIV“, Доступно на: https://otif.org/fileadmin/new/3-Reference-Text/3A-COTIF99/COTIF_1999_01_11_2023_en.pdf, 8.7.2024.

[14] Malcom Clarke, *International carriage of goods by Road CMR*, London 2009, 230. Супротно: B. Jakaša, стр. 422-423.

може се очекивати од превозиоца да га избјегне. Наравно, када постоји само уопштена могућност наступања неког догађаја, нпр. грешка возача другог моторног возила, тада наступање догађаја, попут судара, може бити неизбјежно. У некој другој ситуацији, од штетника се могло очекивати да предвиђањем опште опасности, избјегне настанак штете. То ће бити случај, управо са крађом робе на опасним превозним линијама или предјелима, гдје је то учестало. Даље, догађај који се могао отклонити могао се и избјећи. Дакле, појам непредвидљивости и неотклоњивости, иако нису споменути, остају важни.

Пошто по CMR конвенцији, чињеница која представља ослобађајући разлог за превозиоца не мора бити спољашња у односу на његову дјелатност, а није наведено ни да мора бити непредвидљива и неотклоњива, мада се то подразумијева, чини се да је овдје као ослобађајући разлог постављен случај. Да би се превозилац ослободио одговорности за штету, потребно је да се утврди узрок штете, који не мора бити ван његове дјелатности, а онда да превозилац докаже да нема његове кривице за наступање тог штетног узрока. То значи, да је потребно утврдити објективну чињеницу, а онда се пребацити на субјективни терен и показати да нема кривице превозиоца. Пошто је код крађе и пљачке робе, узрок штете најчешће јасан, онда преостаје као једино битно утврђивање кривице превозиоца, односно његове уложене пажње. У страној теорији и пракси заузет је став да то мора бити највећа могућа пажња (лат. *exatissima diligentia,* енг. *utmost care*) коју је разумно очекивати. У њемачкој и аустријској пракси одмах је овај стандард прихваћен по увођењу CMR конвенције у њихов правни систем, као и у енглеском праву.[15] За наше право нема дилеме да превозилац мора да примијени пажњу доброг стручњака.[16] Обична пажња или пажња доброг привредника овдје није довољна, јер је превозилац професионалац, обавља превоз као привредну дјелатност, стога има знања и способности која мора користити како штета не би настала. Међутим, од става судова зависи

[15] У једном случају двојица возача су паркирали своје возило у Милану, закључали га, активирали аларм и отишли у ресторан само 35 метара удаљен од паркинга на коме је био камион, али који је остао ван њиховог видокруга. Лорд Хоџсон је утврдио да су се возачи понашали у складу са трговинском праксом и да нису били немарни, али је ипак сматрао да превозилац није успио у одбрани. M. Clarke, 232. Вид. Н. Јовановић, 296–297.

[16] Исто: Зоран Антонијевић, „Одговорност жељезнице за крађу робе примљене на превоз“ – судска пракса, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1953, 458.

колико ће захтјев највеће бриге бити строг за превозиоце. Тако је искуство показало да је за превозиоце јако тешко да се ослободе одговорности, па је разлика између степена пажње који се захтијева од туженог толико велики да се једва разликује од одговорности без кривице. Судови широм планете су инсистирали на мјерама предострожности које је скоро било немогуће испунити, јер су судећи *ex post facto* увијек може наћи нека мјера која није предузета, а која би могла спријечити настанак штетете.[17] Конкретизацију највеће пажње коју превозилац треба да покаже, учинио је суд у случају *Silber* из 1986. године, најзначајнијем за ову тему у енглеској судској пракси.[18] Ту су одређени јасни фактори од којих зависи да ли је реакција превозиоца у конкретном случају била адекватна: 1) очекиваност губитка, нпр. велика је вјероватноћа губитка терета у појединим дијеловима Италије, нарочито ноћу и ако се превози вриједан терет; 2) практичност мјера које је превозник требало да предузме да би избјегао штетни догађај, нпр. формирање колоне возила, ангажовање додатног возача, плаћање услуге чувања; 3) од превозиоца се не може тражити да крши прописе који регулишу сате вожње како би дошао до безбједног мјеста; 4) стање знања у дјелатности – осигуравачи су упознавали превозиоце о сигурносним уређајима и захтијевали од њих употребу тих уређаја, у супротном им нису сносили ризике.[19]

4. ТЕРЕТ ДОКАЗА

У саобраћајном праву терет доказа је на превозиоцу и он се не смије уговором пребацити на корисника превоза. Ако штета настане, оштећени корисник превоза треба да докаже да је уговор о превозу закључен, да је робу предао на превоз, да роба у тренутку предаје није имала оштећења и да је такву није примио назад. Превозилац ће покушати да се одбрани тако што ће открити узрок штете, а онда покушати да га подведе под околности које није могао избјећи или чије посљедице није могао спријечити, тј. доказиваће да није крив за узрок настанка штете јер је био врло пажљив. Процесни положај корисника превоза је лак, пошто му је, помоћу превозне исправе, лако доказати постојање уговора и да он није извршен. Превозилац мора понудити доказе о чињеницама

[17] M. Clarke, 233.
[18] *Ibid,* 236.
[19] *Ibid.*, 223.

због којих није извршио уговор. Међутим, код крађе и пљачке, корисник превоза треба да се укључи и предложи мјере које је превозилац могао предузети, а није, а које би спријечиле да штета настане. Наиме, превозилац неће бити крив ако нема мјера које је могао предузети, тј. ако је предузео све мјере које се разумно могу очекивати, па би корисник могао, више као сугестија, шпекулација, да наводи шта би превозилац могао да уради. Он не треба да доказује да би те евентуалне мјере постигле резултат, већ превозилац у својој одбрани треба да покаже да не би.

5. ОДГОВОРНОСТ ДРУМСКОГ ПРЕВОЗИОЦА ЗА КРАЂУ И ПЉАЧКУ РОБЕ У ПРАКСИ

Пракса различитих националних судова показује да су крађе нешто на шта превозиоци морају рачунати и да процјена могућности предвиђања ових штетних догађаја највише зависи од учесталости крађа на одређеном подручју. Процјена ризика од крађе мора се извршити у сваком конкретном случају. Ако се вози кроз опасне предјеле, попут неких дијелова Италије, нарочито ноћу и још ако је терет веће вриједности, онда примјена највеће пажње захтијева сталан надзор над возилом, било од стране возача или неког другог коме је плаћено да чува возило, попут паркинга са чуваром. Због тога возачи треба да користе сигурне паркинге када желе да прекину путовање ради одмора или било ког другог разлога. То су они паркинзи који су стално чувани и гдје се услуга чувања наплаћује, а ако не могу до њих доћи, онда возач треба да бдије над возилом или да плати додатну услугу за чување возила ту гдје се оно налази. Некада се, при закључењу уговора о превозу и дефинисању превозне путање, одређују сигурна мјеста на којима ће се правити одмор. У једном случају у коме је одлучивао Општински суд у Зеници, роба је примљена на превоз у граду Рекинген у Швајцарској и требало је да буде испоручена у Жепчу. Возач камиона је паркирао возило поред јавног пута у италијанском граду Брешано, у Ломбардији, закључао натоварен камион и отишао да преспава у мотел. Ујутру, када се вратио, роба је била украдена, а превозилац није успио у одбрани пошто је суд оцијенио да крађа робе из возила нема карактер више силе, односно да крађа није непредвидив догађај који се није могао спријечити, отклонити или избјећи, у смислу чл. 17 ст. 2 CMR.[20] Немар превозиоца је постојао и у случајевима у

[20] Врховни суд Федерације БиХ, бр. 43 Ps 084588 13 Ps од 11.6.2016. године, стр. 9,

којима је он улагао нешто већу пажњу него што је то било у претходном случају. Тако је крађа камиона у споредној улици у Милану, док је возач био одсутан два сата или само пола сата оцијењена као немар.[21] Исто је било у случају у коме је изведена пљачка камиона натовареног цигаретама на Корзици, који је био паркиран на освјетљеном, али нечуваном паркингу. Иако је то била оружана пљачка, дакле у том тренутку потпуно немогућа за спријечити, због тога што камион није био паркиран на сигурном паркингу, одбрана није успјела.[22] У једном случају крађа се догодила у Италији, а за суд сигурна локација није била ни проширење у мраку, 9 км од аутопута, у ненасељеном мјесту, гдје је возило било добро сакривено, или палеж камиона који је био у близини пословних просторија превозиоца, али ван магацина у који се могао паркирати и гдје би био сигурнији.[23] Сигурност локације не повећава чињеница да се у непосредној близини налази полицијска станица или сједиште неког органа јавне власти, јер они немају обавезу да мотре на возило. То је био случај када је приколица са церадом остављена без надзора, поред пута у мраку, 150 m од аустријске царине на аустријско-чешкој граници.[24] У једном случају из хрватске праксе, суд је оцијенио да крађа робе заједно са камионом, који је био паркиран на неплаћеном и нечуваном паркингу, је такође догађај који се могао предвидјети и као такав избјећи или спријечити, иако је камион био паркиран близу полицијске станице.[25] У

доступно на: https://sudskapraksa.pravosudje.ba/case-law-documents/4490/details. Иако се чини да суд није погријешио у својој одлуци, није се потрудио да објасни зашто је овај догађај предвидљив, позивајући се само на неодређену судску праксу. Он је морао дати своје виђење цијеле ситуације, и објаснити зашто је поступак возача погрешан или шта би пажљив возач урадио у конкретном случају. Осим тога, без потребе се користи појам *виша сила* као ослобађајући разлог, опет паушално, не образлажући шта под тим подразумијева, пошто се у иностраној судској пракси најчешће и случај узима као ослобађајући разлог у смислу чл. 17 ст. 2 CMR.

[21] Maria Zehetbauer, *Nationales und Internationales Transportrechts*, Verlag Österreich, Wien 2017,118–119

[22] *Ibid*., 118.

[23] J. Theus, 84.

[24] M. Zehetbauer,118–119.

[25] Врховни суд Хрватске, Rev. 761/10-2 од 14.1.2011. Доступно на: https://sudskapraksa.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba805b9477. Овдје суд не даје значаја учесталости крађе у подручју у коме се она догодила у конкретном случају, као фактору од које зависи могућност њеног предвиђања, већ оцјењује уопштено да је крађа нешто што је ризик за превозиоца. Такво резоновање се не може прихватити, већ је потребно приступити *in concreto* и детаљније испитати и образложити конкретну ситуацију.

поменутом случају *Silber* возач камиона, заједно са још неколико возила и возача истог превозиоца стигли су из Британије у Рђо Калабрију у Италију, око 2 сата ујутро. Након што је 6 сати спавао у кабини возила, возач је сам морао да крене у Париз, а превозио је стерео опрему и одјећу укупне вриједности око 100 000 фунти. Рослије 250 km стао је да попије кафу и поједе ужину, а након још 68 km зауставио се да помогне у поправци другог возила истог послодавца, а након још 124 km, у 22.00 часа се паркирао на наплатној рампи у Салерну на добро освјетљеном паркингу. Био је јако уморан, а сат времена касније, двојица маскираних и наоружаних лица су разбили прозор кабине, отели превожену робу и побјегли. Превозилац се бранио да није могао избјећи ову ситуацију, али је његова одбрана била неуспјешна. Одлучујући аргумент против превозиоца је био да је могао ангажовати још једног возача који би дотјерао камион до сигурнијег мјеста.[26] Ако постоји велики ризик од крађе, нема оправдања за превозиоца ако је возач оставио робу у возилу без надзора, поред пута, након саобраћајне несреће, чак иако је возач био у стању шока због несреће у којој је учествовао, остављајући нечувано возило ради тражења помоћи.[27]

Одбрана превозилаца у пракси није имала много успјеха. Крађа или пљачка се квалификовала као извињавајући разлог за превозиоца ако су се догађале на мјестима гдје су биле ријетке. Ту се од превозилаца нису захтијевале строге мјере предострожности попут сталног надзора. Возач камиона је паркирао на освјетљен паркинг и легао у кабину возила да одмори како би испоштовао прописе ЕУ о обавезном одмору возача. Крађа је извршена обијањем браве на приколици, али пошто су ту крађе биле ријетке, суд је донио одлуку у корист превозиоца.[28] У једном случају из српске судске праксе у питању је био превоз цигарета из

На неким мјестима је паркирање камиона на освјетљеном паркингу уз додатне мјере сигурности довољно да се избјегне одговорност превозиоца.

[26] У случају *Silber* суд је нашао да нема доказа да би запошљавање додатног возача повећало цијену превоза, али је у случају одбио тужбу пошиљаоца који је одбио да плати увећану цијену превоза ради ангажмана додатног возача. Међутим, у једном другом случају, крађа се догодила током паузе коју је возач морао направити због поштовања правила о радном времену, иако је возило било паркирано на чуваном паркингу у јужној Холандији. Суд је усвојио став одбране јер је пошиљалац одбио да плати увећану цијену превоза због ангажовања додатног возача. M. Zehetbauer, 119.

[27] Вид. M. Clarke, 237.

[28] Peter Schütz, Dominik Schärmer, *Transportrecht*, Verlag Österreich, Wien 2013, 34.

Ниша до холандског Розендала. У близини града Ансбаха у Њемачкој, возач се зауставио како би направио обавезну паузу и преноћио, јер је тог дана возио скоро 9 часова. Паркирао се поред ауто-пута на мјесту на коме се камиони иначе паркирају и што показује чињеница да је у том тренутку ту било од 100 до 150 возила. Током ноћи, догодила се крађа једног дијела робе из возила. Након тога је, по инструкцијама корисника превоза, возач одвезао камион до царинског терминала у Ансбаху како би се утврдила тачна количина украдене робе. Пошто се то није могло урадити до краја радног времена царинарнице, камион је на захтјев корисника превоза и уз сагласност радника царинарнице паркиран на царински паркинг, али се током ноћи догодила још једна крађа робе из возила. Судови који су поступали у овом предмету су усвојили одбрану превозиоца да је заустављање било обавезно због поштовања прописа и да паркинг није био небезбједан јер је то уобичајено мјесто паркирања и на коме није било информација да се догађају пљачке или крађе. Нема доказа да до штетног догађаја не би дошло и да је возило паркирано на неком другом мјесту уз наведени ауто-пут. Приколица камиона је током прве ноћи била закључана катанцем који је уништен, а током само обезбјеђена пломбом. Сви судови су закључили да се прва крађа није могла избјећи или њене посљедице спријечити, а да за другу не постоји одговорност превозиоца јер је поступао по налогу јавних органа и корисника превоза.[29]

[29] Врховно касациони суд Србије Прев. 179/2021 17.6.2021. стр. 2–3, доступно на: https://www.vrh.sud.rs/sr-lat/prev-1792021-322111, 14.6.2024. Иако је у овом дијелу потврдио мишљења ниже степених судова, Касациони суд је усвојио ревизију из других разлога. Међутим, у пресуди се могу наћи неколика спорна мјеста, а која се тичу одговорности друмског превозиоца уопште. Прво, ревизијски суд на страници бр. 4 у другом пасусу, дефинише одговорност превозиоца по CMR конвенцији као објективну, не образлажући зашто је то тако, а што је потребно, јер у дефиницији одговорности није изражено да догађај који ослобађа превозиоца одговорности мора бити спољашњи у односу на његову дјелатност, а што се некад јасно одређује у формулацијама објективне одговорности, па је то питање спорно, а детаљније образложење Касационог суда би било од помоћи. Даље, на страници бр. 5 други пасус ревизијски суд поучава нижестепене судове на начин: „...У поновном поступку судови ће расправити чињенице од значаја за основе одговорности туженог, објективне по одредбама Конвенције CMR на коју је напред указано, и субјективне по претпостављеној кривици која произлази из одредаба уговора те да ли је од значаја за настанак штете евентуални пропуст туженог (превозиоца) да примени уговорене, или за пажњу доброг привредника претпостављене мере безбедности

У пракси, код крађе или пљачке робе, одбрана превозиоца би успјевала ако је постојао елеменат преваре који је снажно наглашен или у којима је пљачка изведена тако да није било никакве шансе да возач предузме било какве одбрамбене мјере. Примјер за то је случај у коме је возачу камиона речено да оде на терасу куће по остатак робе коју треба утоварити, а за то вријеме су му лопови одвезли натоварен камион[30], а исто је било са крађом возила у Словачкој гдје су се отмичари обукли и лажно представили као полицајци и тако, на превару, отели камион воазчу.[31] Сличан случај је био када је превозилац испоручио робу на одговарајућу адресу у Лондону и предао је лицу које се представило као представник примаоца којег је именовао тужилац.[32] Исто је и са случајем који се догодио у Москви, гдје су отмичари показали копију товарног листа и повели за собом возача камиона ка наводном мјесту истовара, а онда га опколили и узели му робу.[33] Међутим, није се сматрало да постоји оправдање за возача који није знао пут до крајњег одредишта, а које је позната локација, па су му онда лопови отели робу и возило, а исто је било у случају када је возач стао у мраку да пита за пут, а код себе није имао ни путну карту.[34] Добар примјер пљачке уз употребу неодољиве силе је пљачка возила које је у покрету, уз употребу оружја. Међутим, то није био случај кад се возило зауставило на семафору, а пљачкаш отворио сувозачева врата која су била откључана, јер је то била област у којој су пљачке честе.[35]

робе у превозу.“. Прво, из овакве формулације, нејасан је однос уговора и конвенције који је потребно боље образложити. За правне односе између корисника превоза и превозиоца мјеродаван је уговор, у кога се уграђују одредбе конвенције и кршење тих конвенционалних одредби повлачи уговорну одговорност. Одредбе конвенције о одговорности су једнострано принудног карактера, па се могу мијењати само у корист корисника превоза. Због тога, ако је одговорност по конвенцији објективна, не може се уговором ублажити као субјективна. Даље, по ставу ревизијског суда, превозилац током превоза робе треба да примијени обичну пажњу - *пажњу доброг привредника*. Овакав став ревизијског суда се не може прихватити, јер превозилац током превоза поступа као професионалац и он мора показати појачану пажњу - *пажњу доброг стручњака*, да не дође до штете на роби током превоза или због закашњења.

[30] M. Clarke, 239.

[31] M. Zehetbauer, 117.

[32] P. Schütz, D. Schärmer, 33.

[33] M. Zehetbauer, 117.

[34] *Ibid.*, 118.

[35] *Ibid*.

5. ЗАКЉУЧАК

Одговорност друмског превозица за штету насталу губитком или оштећењем робе коју превози је строга. То је посљедица настојања да се постигне равнотежа у уговору о превозу између превозиоца и корисника превоза, јер је корисник превоза слабија уговорна страна и предаје своју робу у државину превозиоцу и једини начин да оствари контролу над њом је да издаје налоге за превозиоца. Пошто је роба у његовој државини, превозилац током превоза има обавезу да је чува пажњом доброг стручњака, и да је испоручи у стању и количини у којој је примио на превоз. Превозилац мора да покаже највећи степен пажње у обављању превоза, односно у нашем праву то је пажња доброг стручњака, што је, заправо, пооштрена субјективна одговорност. Она је додатно пооштрена чињеницом да квар возила не може бити ослобађајући разлог за превозиоца, што је најчешћи примјер случаја, који ослобађа превозиоца кривице.

Крађа и пљачка су у пракси ријетко биле догађај који је ослобађао превозиоца одговорности. Најчешће због чега он није успјевао да се ослободи одговорности је било то што је могао очекивати наступање тог догађаја. Што је предвидљивост била већа, на основу ранијег искуства, то је требало да превозилац покаже већи ниво пажње. Од превозилаца се очекује да сазнају који су то сигурни паркинзи на којима је заустављање возила безбиједно и да планирају њихово коришћење. У својој одбрани, превозиоци су успјевали ако на локацији на којој је крађа или пљачка догодила није се раније то исто догађало па се претпостављало да су уобичајене мјере сигурности довољне, или ако је сам штетни догађај изведен на преваран начин или уз употребу несавладиве силе, као што је отмица возила у покрету.

Закључно, крађа и пљачка робе која се превози, да би се сматрала за разлог који ослобађа превозиоца одговорности за штету, када се мало боље размисли, мора задовољити оне услове који се траже за вишу силу, по објективној концепцији. То значи да крађа или пљачка морају бити спољашњи догађај у односу на дјелатност превозиоца, јер ако није, нпр. ствари су бесправно отуђили запослени превозиоца, превозилац остаје одговоран. Затим, неопходно је да је то био догађај који се ни највећом пажњом није могао предвидјети. Могућност предвиђања највише зависи од учесталости крађа на одређеном подручју. Коначно, потребно је да је то изведено на начин да се штетни догађај и његове посљедице нису могле спријечити или отклонити. То ће бити случај ако је крађа или пљачка изведена уз употребу ванредне силе или на превару.

Премда постоји одређена правилност када се пореди судска пракса, неопходно је да суд у сваком случају има приступ *in concreto*, с обзиром на специфичности случаја. Судови не би смјели *a priori* оцјењивати крађу или пљачку као чињеницу за коју је превозилац крив. Потребно је испитати гдје се крађа догодила, у које вријеме, на који начин, да ли су се ту и раније догађале крађе и пљачке, шта је превозилац тј. његово особље предузело да то спријечи или избјегне, која роба се превозила, како се понашао корисник превоза и сл. Све ово и још и више ако је потребно, када суд узме у обзир појединачно и заједнички, његова коначна одлука ће бити убједљива, разложна и послужиће као наук за неке будуће случајеве.

6. ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

- Антонијевић, Зоран, „Одговорност жељезнице за крађу робе примљене на превоз“ - судска пракса, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1953;
- Zehetbauer, Maria, *Nationales und Internationales Transportrechts*, Verlag Österreich, Wien 2017;
- Даниловић, Дамјан, Јотановић, Раденко, *Основи пословног права*, Економски факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Пале 2021;
- Jakaša, Branko, *Kopneno i zračno saobraćajno pravo,* Informator, Zagreb 1969;
- Јовановић, Небојша, *Саобраћајно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2017;
- Круљ, Врлета, *Промењене околности и уговорна одговорност (немогућност испуњења, виша сила, клаузула rebus sic stantibus)*, Институт за упоредно право, Београд, 1967;
- Schütz, Peter, Schärmer, Dominik, *Transportrecht*, Verlag Österreich, Wien 2023;
- Theunis, Jan, *International carriage of goods by road – CMR*, London 1987;
- Harris, Brian, *Ridleys Law of the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, Sweet and Maxwell, London 2010;
- Clarke, Malcom, *International carriage of goods by Road CMR*, London 2009.

– Прописи и судске одлуке
– Закон о облигационим односима Републике Српске – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - одлука УСЈ и 57/1989 и *Службени гласник РС*, бр. 17/1993, 3/1996, 37/2001 - др. закон, 39/2003 и 74/2004;
– Закон о уговорима о превозу друмском саобраћају, *Службени лист СФРЈ,* бр. 01/74;
– Закон о уговорима о превозу жељезничком саобраћају *Службени лист СФРЈ,* бр. 02/74;
– Уредба са законском снагом о преузимању и примјењивању савезних закона који се у Босни и Херцеговини примјењују као републички закони, Службени лист РБиХ, бр. 2/92.
– Конвенција о уговору о међународном превозу робе друмом – CMR (*Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)*) - *Службени лист ФНРЈ* – додатак, бр. 11/58. Доступно на: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1961/07/19610702%2001-56%20AM/Ch_XI_B_11.pdf. Приступљено 14.6.2024. године;
– Конвенција о међународном превозу жељезницом - Берн 1980. године (COTIF или Бернска конвенција) измијењена протоколом из Вилњуса 1999. Додатак А: „Јединствена правила о уговору о међународном превозу путника жељезницом – CIV“, Доступно на: https://otif.org/fileadmin/new/3-Reference-Text/3A-COTIF99/COTIF_1999_01_11_2023_en.pdf, Приступљено: 8.7.2024.
– Пресуда Врховног суда Федерације БиХ, бр. 43 Ps 084588 13 Ps од 11.6.2016. године. Доступно на: https://sudskapraksa.pravosudje.ba/case-law-documents/4490/details;
– Пресуда Врховног суда Хрватске, Rev. 761/10-2 од 14.1.2011. Доступно на: https://sudskapraksa.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba805b9477;
– Пресуда Врховног касационог суда Србије. Прев. 179/2021 од 17.6.2021. Доступно на: https://www.vrh.sud.rs/sr-lat/prev-1792021-322111.

Đorđe Perišić[36]

THEFT AND ROBBERY AS A REASON FOR RELEASE FROM RESPONSIBILITY FOR DAMAGE TO THE CARRIER OF GOODS IN ROAD TRANSPORTATION

Abstract: *In this paper, the author deals with the responsibility for the damage of the road transporter of goods with special reference to the damage caused by theft or robbery of transported goods. A general description of the most significant features of carrier liability is briefly given, followed by the features of the road carrier's liability under international and domestic law, which have almost identical wording. The paper interprets the international court practice and several interesting cases of the practice of the states of the region. It has been emphasized in several places that the responsibility of the road carrier is hard and that he must show the highest degree of care in order to perform the contract of carriage. In particular, regarding the theft and robbery of transported goods, it is necessary to invest an increased effort in predicting the occurrence of these harmful events and adapting to the level of danger that threatens to prevent or avoid them. However, each case has its own specifics, which the courts must carefully examine and determine according to them, avoiding falling into the mold created by previous practice.*

Keywords: *CMR convention; Agreement on transportation of goods by road; The attention of a good expert; Theft and robbery of goods.*

[36] Senior assistant, Faculty of Law, University of East Sarajevo

III КАТЕДРА

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 343.851:341.382(497.6)
doi 10.7251/PR6924601P
Оригинални научни чланак

ПРАВНИ АСПЕКТИ ИМОВИНЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ПО ДЕЈТОНСКОМ МИРОВНОМ СПОРАЗУМУ

Академик проф. др Витомир Поповић[1]

***Апстракт*:** *Питање имовине је једно од веома сложених питања у правној теорији и пракси и одувијек је изазивало посебну пажњу не само међу правницима него и међу другим професијама, обзиром да је на различите начине ово питање дефинисано како у домаћем тако и у упоредном праву. У посљедње вријеме се у Босни и Херцеговини о овом питању, нарочито „државне имовине“, све више говори, а посебно су у жижу интересовања стављена питања у вези пољопривредног земљишта, шумског земљишта, вода и др. Ово наизглед правно веома једноставно питање, којем годинама није посвећивана никаква пажња јер се сматрало да је ово питање дефинитивно ријешено Дејтонским мировним споразумом и Споразумом о сукцесији, је нарочито отворило велике расправе међу правницима Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине. У Републици Српској претеже став да је питање имовине ријешено Дејтонским мировним споразумом, односно Споразумом о разграничењу и односним питањима као његовим Анексом 2 и Арбитражном одлуком за област Брчко од 5. марта 1999. године. Неки од правника у Федерацији Босне и Херцеговине па и појединих тзв. представника међународне заједнице сматрају да ова имовина припада Босни и Херцеговини посебно апострофирајући на ријечи „држава Босна и Херцеговина“. Основ за овакав приступ виде у одлукама Уставног суда*

[1] Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Академија наука и умјетности Републике Српске, vitomirpopovic20@gmail.com

Босне и Херцеговине број У-1/11 од 13. јула 2012. године, број У-8/19, У-9/19 од 6. фебруара 2020. године, У-16/20 од 16. јула 2021. године, У-4-21 од 32. септембра 2023. године, У-10/22 од 10. септембра 2022. године. Овај рад анализира све ове ставове у контексту Дејтонског мировног споразума, Споразума о сукцесији и горе наведених одлука Уставног суда БиХ.

***Кључне ријечи**: Република Српска, Босна и Херцеговина, Дејтонски мировни споразум, Устав БиХ, одлуке Уставног суда, пољопривредно и шумско земљиште, правни односи.*

УВОД

Распад бивше државе Југославије је проузроковао читав низ посљедица по њене републике као бивше федералне јединице, али и до тада њене народе и народности који су били конститутивни на цијелој територији и у складу са највишим међународним стандардима уживали сва загарантована људска права и слободе. Покушај проглашења националних држава, у почетку Словеније, затим Хрватске као и признањем Републике Босне и Херцеговине српском народу као најбројнијем народу је запријетила опасност његовог уништења. Поучени горким искуствима из Првог а нарочито из Другог свјетског рата, српски народ је био присиљен да брани своја стечена права и очува свој опстанак на овим просторима на којима је вијековима живио. Међутим, увлачењем бивше заједничке војске Југословенске народне армије одмах је након тога проузроковало велике сукобе између заговорника стварања националних држава и српског народа коме је запријетило поновно уништење. Тако је у почетку дошло до оружаних сукоба и грађанског рата прво у Словенији, а нарочито у Хрватској и Босни и Херцеговини.

По узору на Републику Словенију, Хрватску и Македонију, и Праламент Републике БиХ је 15. октобра 1991. године донио двије резолуције. Прву, којом се проглашава суверенитет Босне и Херцеговине и другу, у којој најављује повлачење Републике Босне и Херцеговине из Југославије.

Представници српског народа у овом Парламенту су одбили да прихвате ове резолуције и изразили жељу да остану у саставу Југославије. На референдуму одржаног 9. и 10. новембра 1991. српски народ као конститутивни дио федералне јединице се једнодушно изјаснио против

сецесије и за останак у Југославији. Међутим, поред обавезе поштивања консензуса три конститутивна народа игноришући сопствени устав, муслиманско-хрватска коалиција је 20. децембра 1991. године затражила признање своје независности а што су Срби оспорили. Нажалост поступајући као и у претходном случају и негирајући постојање права Срба као једног од три конститутивна народа, европска заједница односно њен савјетодавни орган тзв. Бадинтерова комисија је предложила да се и у БиХ одржи референдум. Референдум је одржан 29. фебруара и 1. марта 1992. године и на њему су се муслимани и Хрвати поново изјаснили за сецесију, а што ће тзв. „Запад“ прихватити као основ за успостављање нове државе, неосврћући се при том ниједног момента на чињеницу да је у овој бившој југословенској републици према посљедњем попису из 1991. године живјело 30% Срба који су све до 1941. године представљали већински дио становништва, али се њихов број рапидно смањивао због геноцида извршеног током Другог свјетског рата 1941-1945. године. Долазак на чело странке Демократске акције Алије Изетбеговића, творца „Исламске декларације“, отворио је пут стварању муслиманске државе и увод у нови геноцид над Србима, на исти начин на који се то могло очекивати и након проглашења Хрватске независности. Након грубог кршења Устава Босне и Херцеговине и стварања муслиманско-хрватске коалиције као одговор српског народа и његове забринутости на могуће посљедице по њега услиједило је формирање Скупштине српског народа у БиХ 24. октобра 1991. године која је истог дана усвојила Одлуку о остајању српског народа у заједничкој држави Југославији. Ова декларација полази од чињенице да је постојећи уставно-правни поредак увелико нарушен у Југославији и у БиХ, да су угрожени витални интереси српског народа кроз покушај да се из статуса конститутивног народа преведе у националну мањину, затим се додаје: „Поучени трагичним искуством у овом вијеку, поготову геноцидом извршеним над њим, пошто пријети опасност од нових и сличних трагичних догађаја, установљава се Скупштина српског народа у БиХ“.

Идентична ситуација након проглашења независности Републике Босне и Херцеговине се пренијела и на ову бившу југословенску републику. Скупштина српског народа на основу плебисцита одржаног 9. и 10. новембра 1991. године је 21. децембра исте године донијела одлуку на основу које се приступило формирању Републике Српске БиХ. А одлука о формирању Скупштине српског народа одржана је у Сарајеву 9. јануара 1992. године и том приликом је усвојена декларација о прогла-

шењу Републике српског народа БиХ. Овако усвојена декларација има карактеристике уставног акта, а нарочито елементе уставног закона или уставних амандмана. Њоме се врше измјене и допуне неких одредаба устава, а што се јасно види из пречишћеног текста Устава у који су унесене одредбе из Декларације. Сама држава добија ново име, и не зове се више Република српског народа у Босни и Херцеговини, већ Република Српска.

Хрвати су у Босни и Херцеговини 18. новембра 1991. године основали Хрватску заједницу Херцег-Босну као политичку, културну, економску и територијалну цјелину. Ова заједница ће 28. августа прерасти у Хрватску Републику Херцег-Босну као државу хрватског народа која ће то све остати до потписивања Вашингтонског споразума 18. марта 1994. године којим је договорено да се са територијом која је била под контролом тзв. Армије РБиХ формира Федерација Босне и Херцеговине.

Дејтонска Босна и Херцеговина је успостављена на међународној мировној конфернцији одржаној у Охају у Дејтону од 1. до 21. новембра 1995. године, а дефинитивни споразум ће бити потписан у Паризу 14. децембра 1995. године када ће овај споразум и ступити на снагу. Потписивању овог споразума је претходило тзв. прихватање Женевских принципа 8. септембра 1995. године а затим и Њујоршких принципа 26. септембра 1995. године.

Од Лисабона до Дејтона

Нажалост, занемарујући интересе српског народа и његово право на одлучивање, Република Босна и Херцеговина је 5. марта 1992. године прогласила независност и њено крње руководство, на челу са Алијом Изетбеговићем познатијим као творцем Исламске декларације, је одбило да призна права српског народа тако да је то отворило пут у сукобе на цијелој територији који ће касније прерасти у крвави грађански рат. Ови сукоби ће потрајати све до потписивања Дејтонског мировног споразума а бројне мировне конференције које су у међувремену вођене неће дати никакве резултате. Основ за потписивање Дејтонског мировног споразума представљаће Женевски принципи од 8. септембра 1995. године а након тога и усвојени Њујоршки принципи од 26. септембра исте године. Дејтонски мировни споразум је усаглашен на међународној мировној конференцији одржаној у Дејтону, Охајо, САД од 1. до 21. новембра

1995. године а његово формалноправно потписивање било је у Паризу 14. децембра исте године од када је он и формалноправно ступио на снагу представљајући једини правни основ за уређење унутрашње структуре и функционисање Босне и Херцеговине. Његов Анекс 2 означен као Споразум о граничној линији између ентитета и односним питањима дефинитивно ће ријешити питање расподјеле имовине између Републике Српске и Федерације БиХ а једино преостало спорно питање у вези територијалног разграничења у области Брчког биће повјерено а касније и ријешено Одлуком међународне арбитраже за област Брчко од 5. марта 1999. године.

Расподјела имовине Босне и Херцеговине

Иако је било јасно и недвосмислено да је ово питање регулисано Споразумом о граничној линији између ентитета и односним питањима, у посљедње вријеме нарочито доношењем неких од одлука, Уставни суд Босне и Херцеговине је својом одлуком број У-1-11 од 13. јула 2012. године и број У/8/19 од 6. фебруара 2020. године довео у питање уставност Закона о пољопривредном земљишту Републике Српске и сам Дејтонски мировни споразум, али и раније донесену одлуку овог суда у предмету број 5/98 којом је Уставни суд оцијенио да се својинскоправни односи, а што значи пољопривредно земљиште, шумско земљиште, воде итд., налазе у надлежности Републике Српске. Интересантно је напоменути да се Уставни суд у својим одлукама није уопште бавио овом одлуком заснованом на ставу Венецијанске комисије, него је једноставно у овим посљедним одлукама оглушио се о ову одлуку и довео у питање укупну структуру имовине засноване на Дејтонском мировном споразуму као међународном уговору. Поступајући на овакав начин, Уставни суд Босне и Херцеговине је супротно самом Уставу као Анексу 4 Дејтонског мировног споразума од чувара устава се претворио у законодавца настојећи да преузме и креира сва она питања која у складу са Уставом није било могуће ријешити у парламентарној процедури и пред другим надлежним органима. Оваквим одлукама Уставни суд је занемарио не само принцип *res iudicata,* а то значи пресуђена ствар у овој материји, него је отишао и много даље оцјењујући уставност одредаба Дејтонског мировног споразума као међународног уговора и извора међународног права за шта уопште не постоји а нити је могуће засновати било какву надлежност у складу са правилима која је сам усвојио. За све вријеме

постојања ратних сукоба територијално питање било је једно од најзначајнијих питања сукобљених страна и није случајно да је овом питању посвећена посебна пажња и да се он налази *de facto* на првом мјесту прије и Споразума о изборима али и Устава Босне и Херцеговине као Анекса 4. Ево како је то питање, које је изазвало бројне реакције како домаће тако и међународне јавности, ријешено Дејтонским мировним споразумом и међународном арбитражном одлуком за област Брчко од 5. марта 1999. године.

У самом уводном дијелу Споразума о граничној линији између ентитета и односним питањима као Анекса 2 Дејтонског мировног споразума је прописано: „Република Босна и Херцеговина, Федерација Босна и Херцеговина и Република Српска, као „Стране“ потписинице сагасиле су се о сљедећем: Граница између Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске (гранична линија између ентитета) биће онаква како је одређена у мапи у Додатку“ и „Стране је могу прилагођавати само уз међусобну сагласност“. „Где гранична линија између ентитета иде ријеком, линија ће слиједити природне промјене (наносе или одроне) на току ријеке уколико се другачије не договори“. „Представници Страна могу, у координацији са и под надзором ИФОР-а обиљежити горе описане линије и зоне а коначну ријеч за постављање тих обиљежја имаће ИФОР. Те линије и зоне су дефинисане мапама и документима о којима су се усагласиле Стране а не физичком локацијом обиљежја. Стране ће основати заједничку комисију која ће се састојати од једнаког броја представника сваке Стране да би припремиле усаглашени и стручни документ који ће садржати прецизан опис граничне линије између ентитета и сваки такав документ ће подлијегати одобрењу команданта ИФОР-а.[2] Опште је познато да је на нивоу БиХ у складу са одредбама овог Анекса била формирана комисија, чији мандат и сада траје, и да је она извршила разграничење између Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине.

Будући да у Дејтону није било могуће постићи сагласност Републике Српске и Федерације о положају граничне линије у области Брчког, чланом 5 овог споразума је ово питање повјерено међународној арбитражи која ће 5. марта 1999. године донијети тзв. коначну арбитражну одлуку. Једно од главних питања које је пред арбитражом постављано од стране Републике Српске је да би се евентуалном додјелом Брчког Фе-

[2] Поближе о томе видјети одредбе 1 до 5 Споразума о граничној линији између ентитета и односним питањима као Анекса 2 Дејтонског мировног споразума.

дерацији БиХ прекршио основни принцип расподјеле имовине у односу 49:51%, како је то и било предвиђено тачком 2.1. Договорених основних принципа познатијих као Женевски принципи од 8. септембра 1995. године, према којима „основ за рјешење представља приједлог контакт групе о територијалном разграничењу у односу 51:49 а овај приједлог територијалног разграничења је отворен за усклађивање путем међусобног договора“. Ови принципи су потврђени и Њујоршким принципима од 26. септембра 1995. године и послужиће као главна основа за креирање Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини познатијег као Дејтонски мировни споразум, а чији, поред 11 анекса, саставни дио чине Споразум о граничној линији између ентитета и односним питањима, као Анекс 2, и Устав БиХ, као Анекс 4.

У самој преамбули овог устава, односно у алинеји 9, је наведено: „Позивајући се на Основне принципе по којима је постигнут споразум у Женеви 8. септембра 1995. године и у Њујорку 26. септебра 1995. године“, чиме је *de facto* овој преамбули дат нормативни карактер, а из ње је проистекао и Анекс 2 - Споразум о граничној линији између ентитета и односним питањима, недвосмислено је јасно дефинисано да БиХ „ће наставити своје правно постојање по међународном праву као држава са унутрашњом структуром измијењеном према овим одредбама и са својим садашњим међународно признатим границама“.[3] У чл. 1.3. Устава БиХ је прописано: „Босна и Херцеговина ће се састојати од два Ентитета, Федерације БиХ и Републике Српске“.

У чл. 3.3. Устава БиХ који носи наслов „Закони и надлежности Ентитета и институција“, под а) је прописано: „Све државне функције и овлашћења која овим Уставом нису изричито додјељена Институцијама БиХ припадаће Ентитетима“.[4]

У чл. 6.3. Устава БиХ који носи наслов „Права“ је прописано: „Уставни суд ће штитити овај Устав.“, а што је општепозната чињеница и у упоредном праву. Напротив, у конкретном случају, а и у многим другим случајевима, Уставни суд се претворио и све више почео претварати у законодавца и орган за вођење политике, односно рјешавање оних проблема које није било могуће усагласити између два потпуно равноправна Ентитета и три конститутивна народа, чиме је на најозбиљнији начин угрозио свој легитимитет и довео у питање опстанак.

[3] Чл. 1.1. Устава Босне и Херцеговине.

[4] Поближе о томе видјети: чл. 3 Устава БиХ.

Коначном арбитражном одлуком од 5. марта 1999. године цијела област Брчко ће бити проглашена посебном јединицом локалне самоуправе под надзором заједничких институција БиХ, а нова влада Дистрикта ће спадати под надлежност заједничких Институција БиХ онако како су те надлежности наведене у Уставу БиХ. У образложењу једног од основних приговора да би додјелом територије Брчко Федерацији БиХ био повријеђен принцип територијалне расподјеле у односу 49:51, у тачки 11 ове одлуке је прописано: „По успостављању новог Дистрикта његова цјелокупна територија (тј. предратна општина Брчко) ће постати заједничка својина (тзв. condominium) која истовремено припада и једном и другом Ентитету: територија Републике Српске ће обухватати цијелу општину, што важи и за територију Федерације.“ У тачки 52 ове Одлуке је наведено: „Република Српска и даље тврди, као што је то чинила у прошлости, да је један од циљева Дејтона био да територија РС након Дејтона обухвати најмање 49% цијеле БиХ. Па ипак, ова одлука ничим не ограничава тај територијални дио. Штавише, пошто ће величина територије која се додаје РС у складу са принципом condominium-а бити већа од оне која се додаје Федерацији, проценат територијалног удјела Републике Српске ће се овом Одлуком повећати“.

Треба напоменути да је ова арбитражна одлука послужила за доношење Амандмана 1 на Устав БиХ који *de facto* и *de iure* чини његову једину допуну, а који гласи: „Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, који постоји под суверенитетом Босне и Херцеговине и спада под надлежности институција Босне и Херцеговине онако како те надлежности произлазе из овог устава, чија је територија у заједничкој својини (кондоминијуму) ентитета, јединица је локалне самоуправе са властитим институцијама, законима и прописима, и са овлашћењима и статусом коначно прописаним одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези са међуентитетском линијом разграничења у области Брчког. Однос између Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине и институција Босне и Херцеговине и ентитета може се даље уредити законом који доноси Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине“.

Међутим, одлучујући о уставности одредби чл. 53 Закона о пољопривредном земљишту Републике Српске, а којим је прописано да је пољопривредно земљиште на територији РС уписано у јавним евиденцијама као општенародна имовина, без уписаног права коришћења, управљања или располагања, друштвена односно државна својина са правом кориштења, управљања или располагања у корист предузећа која су била

предмет приватизације или је уписано као посјед тих предузећа или као посјед бивших друштвеноправних лица са сједиштем ван територије РС, по сили закона постаје својина и посјед Републике Српске. Уставни суд БиХ је извео закључак да ова одредба није у складу са Уставом БиХ, истовремено заузимајући став да је регулисање питање државне имовине у искључивој надлежности БиХ.[5] Дакле, у поменутом случају, као и у ранијој одлуци бр. У -1/11, Суд сматра да је искључива надлежност институција БиХ у регулисању питања државне имовине, при томе занемараујући раније донесену Одлуку у овом случају бр. У 5/98 којом је исти суд недвосмислено стао на становиште да се својинскоправни односи налазе у надлежности Републике Српске односно Ентитета. Интересантно је да се Уставни суд у покушају да на посредан или на било какав други начин оправда свој став, умјесто да се једино и искључиво позива на Устав БиХ, као Анекс 4 Дејтонског мировног споразума, позива на чл. 92 Устава бивше СР БиХ. Позивом на наведени члан Суд је утврдио да је пољопривредно земљиште у правном систему имало статус добра од општег интереса и да је уживало посебну заштиту и да се користило на начин прописан законом, те да је у правном систему СР БиХ пољопривредно земљиште имало статус општенародне имовине, односно касније друштвеног власништва које је у себи садржавало права управљања, коришћења и располагања. Суд сматра како БиХ има континуитет у односу на СР БиХ и да пољопривредно земљиште представља јавно односно државно власништво, односно државну имовину чији је титулар БиХ.

Поступајући на овај начин, Уставни суд је, правно посматрано, занемарио читав низ општепознатих чињеница и на бази тога извео потпуно погрешан закључак. Наиме, БиХ нема никакав правни континуитет у односу на СР БиХ у погледу њене унутрашње структуре него јој се оставља међународноправни континуитет као чланици ОУН-а и потписнику одређеног броја међународних уговора и споразума, а то значи да је Суд потпуно занемарио чињеницу да је као институција основана на основу дејтонског Устава БиХ и да јесте једино чувар тога Устава, а не Устава СР БиХ, јер је дејтонским Уставом на јасан и недвосмислен начин утврђена подјела надлежности између Републике Српске и ФБиХ са једне стране и заједничких институција на нивоу БиХ, а ова област својинскоправних односа није пренесена ни кроз тзв. додатне надлежности у смислу чл. 3.3 Устава БиХ.

[5] Поближе о томе видјети тачку 44 Одлуке У-8/19.

Дакле, „Суд на волшебан начин утврђује да је пољопривредно земљиште било општенародна имовина, због тога што се ради о ствари која је добро од општег интереса. Другим ријечима, Суд намјену ствари сматра опредјељујућом код утврђивања власника ствари-што је правно неприхватљиво. Суд потпуно превиђа да је и у вријеме СРБиХ постојало пољопривредно земљиште које је било у својини физичких правних лица, односно да и данас постоји пољопривредно земљиште чији власници су физичка и правна лица и да је то земљиште и даље добро од општег интереса, без обзира што је власник неко ко нема никакве јавноправне атрибуте.“[6]

Интересантно је напоменути чињеницу да у образложењу својих одлука Суд уопште не помиње Дејтонски мировни споразум као основ настанка и постојања данашње БиХ али се позива на Споразум о сукцесији који су бивше југословенске републике потписале 29. јуна 2001. године у Бечу а којим је предвиђено да се „непокретна државна имовина која се налазила на територији СФРЈ преноси држави сукцесору на чијој се територији та имовина налазила“ а државе сукцесори ће на најбољи начин настојати да помогну једна другој у спровођењу својих дипломатских и конзуларних активности обезбеђењем одговарајуће имовине на њиховим односним територијама.[7]

Дакле, не улазећи овом приликом у правне аспекте примјене овог споразума више је него очигледно да се овај споразум у претежном дијелу бави дипломатском и конзуларном имовином, али да и ако се непокретна државна имовина која се налазила на територији СРФЈ преноси држави сукцесору, онда се не може занемарити ни чињеница да је Дејтонским мировним споразумом утврђена нова унутрашња структура ове бивше југословенске републике по којој се она састоји од Републике Српске и Федерације БиХ, а касније Арбитражном одлуком од 5. марта 1999. године и Брчко Дистрикта као посебне јединице локалне самопураве. Оба ова међународна уговора и споразума су на снази, с тим да је Дејтонски мировни споразум настао раније односно старији је у односу на вријеме настанка, а дејство његових одредаба нити је могло бити искључено, а нити је искључено ступањем на снагу Споразума о сукцесији.

---

[6] Поближе о томе видјети Дарко Радић, Правно уређење природних ресурса у Републици Српској, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, Независне новине, 2021. стр. 142.

[7] Поближе о томе видјети члан 2 Анекса А, покретна и непокретна имовина Споразума о питањима сукцесије.

Избјегавање позивања на Дејтонски мировни споразум и његове анексе прије свега на важећи Споразум о граничној линији између ентитета и односним питањима као Анекса 2 Дејтонског мировног споразума, Устав БиХ и Арбитражну одлуку за област Брчко од 5. марта 1999. године изазива озбиљну сумњу у правну објективност одлука Суда који се на овакав начин, обзиром на његов састав и структуру, без учешћа представника Републике Српске све више претвара у политички орган који има за циљ да преобликује унурташњу структуру БиХ засновану на Дејтонском мировном споразуму, а тиме и ову дејтонску творевину одведе у неизвијесност доводећи у питање и њен опстанак.

Закључак

Одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине нису у складу са Дејтонским мировним споразумом који представља основ за настанак и постојање ове бивше југословенске републике, Споразумом о граничној линији између ентитета и односним питањима као Анекса 2 Дејтонског мировног споразума, Уставом БиХ као његовим Анексом 4, али и коначном Арбитражном одлуком за област Брчко од 5. марта 1999. године. Уставни суд БиХ је у обавези да штити Дејтонски устав а не Устав ове бивше југословенске републике којој није признат правни континуитет у сфери унутрашње структуре Босне и Херцеговине. Имовина Републике Српске која се налази у оквиру граничне линије између Републике Српске и Федерације БиХ на основу Дејтонског мировног споразума односно Споразума о граничној линији између ентитета и односним питањима, Устава БиХ, Споразума о сукцесији припада искључиво Републици Српској и представља њену државну имовину било да се ради о пољопривредном, шумском земљишту, ријекама, језерима итд.

На све одлуке Уставног суда које нису у складу са горе наведеним стандардима треба примијенити Закон о непримјењивању одлука Уставног суда Босне и Херцеговине. Уставни суд БиХ се у циљу очувања свог кредибилитета и уставне позиције а поготово у односу на надлежности и његову структуру мора вратити у Устав и бити гарант очувања и примјене Устава, не претварајући се при том у било који политички или законодавни орган у овој сложеној и веома оптерећеној Дејтонској структури Босне и Херцеговине.

Литература

– Одредбе 1 до 5 Споразума о граничној линији између ентитета и односним питањима као Анекса 2 Дејтонског мировног споразума.
– Устав Босне и Херцеговине
– Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине У-8/19 од 6. фебруара 2020.
– Дарко Радић, Правно уређење природних ресурса у Републици Српској, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, Независне новине, 2021. стр. 142.
– Споразум о питањима сукцесије.

Academician prof. Vitomir Popović, Ph.D.

LEGAL ASPECTS OF PROPERTY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA ACCORDING TO THE DAYTON PEACE AGREEMENT

Abstract: *The issue of property is one of the most complex issues in legal theory and practice and has always attracted special attention not only among lawyers but also among other professions, given that this issue is defined in different ways both in domestic law and in comparative law. Recently, in Bosnia and Herzegovina, this issue, especially of "State property", has been discussed more and more, and issues related to agricultural land, forest land, water, etc. have been in the focus of interest. This seemingly legally very simple issue, which for years was not paid any attention because it was considered that this issue was definitively resolved by the Dayton Peace Agreement and the Succession Agreement, especially opened up great discussions among the lawyers of the Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina. In the Republika Srpska, the prevailing view is that the issue of property was resolved by the Dayton Peace Agreement, that is, by the Agreement on Delimitation and Related Issues as its Annex 2 and the Arbitration Decision for the Brčko Region of March 5, 1999. Some of the lawyers in the Federation of Bosnia and Herzegovina and some of the "so-called" representatives of the international community believe that this property belongs to Bosnia and Herzegovina, especially by apostrophizing the words "The State of Bosnia and Herzegovina". The basis for this approach can be seen in the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina no U-1/11 from July 13th 2012, no U-8/19, U-9/19 from February 6th 2020, U-16/20 from July 16th 2021, U-4/21 from september 2023, У-10/22 од September 10th 2022.*

This paper analyzes all these positions in the context of the Dayton Peace Agreement, the Succession Agreement and the aforementioned decisions of the Constitutional Court of BiH.

Keywords: *Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina, Dayton Peace Agreement, Constitution of Bosnia and Herzegovina, decisions of the Constitutional Court, agricultural and forest land, legal relations.*

УДК 343.983:657.632(410+73)
doi 10.7251/PR6924615M
Оригинални научни чланак

ПРЕВАРА У ДОКУМЕНТАРНОМ АКРЕДИТИВУ У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ[1]

Доц. др Јелена Вукадиновић Марковић (LLM Saarbrucken)[2]
Академик проф. др Радован Вукадиновић[3]

Апстракт: *Брзо, једноставно и ефикасно функционисање документарног акредитива се заснива на поштовању два основна начела, начела пословања документима а не робом, начела аутономије акредитива и доктрине строге саобразности. У случају кад се сви учесници у акредитивном послу понашају савесно и у складу с наведеним начелима документарни акредитив штити интересе свих страна и врши улогу средства обезбеђења извршења обавеза и средство плаћања. Међутим, строго и формално тумачење и поштовање ових начела отвара простор за разне покушаје злоупотребе акредитива, пре свега преварним понашањем корисника акредитива које се манифестују кроз подношење тзв. "празних докумената", који су по спољном изгледу саобразни условима акредтива. У таквим случајевима, акредитивна банка је суочена са питањем да ли и у којој мери поштовање акредитивних начела може бити у колизији са општим правним начелима, као што је начело савесности и поштења или добре вере, као и питањем њихове хијерархије.*

[1] Рад је настао у оквиру научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2024. години (евиденциони број: 451-03-66/2024-03/200049 од 5.2.2024).

[2] Научни сарадник Института за упоредно право у Београду.

[3] Редовни професор у пензији.

Будући да питање утицаја преваре на акредитивна начела није законски регулисано у националним правима, у раду је анализирана пракса америчких и енглеских банака из које се постепено ствара обичајно право које је извршило значајан утицај и на континентална права и праксу.

***Кључне речи**: документарни акредитив, начело аутономије акредитива, начело пословања документима а не робом, доктрина строге саобразности, превара.*

1. Појам и правна природа документарног акредитива

Документарни акредитив представља сложени правни посао у коме једно лице поверава другом лицу да трећем лицу хонорише саобразне документе, а треће лице овлашћује да прими одређени износ новца или меницу. Лица која у томе учествују се означавају као налогодавац, акредитивна или издавачка банка и корисник акредитива. Већ се из ове дефиниције може закључити да је реч о грађанскоправном послу упућивања или асигнације, у коме улогу упутиоца или асигнанта има налогодавац, који овлашћује акредитивну банку (упућеника или асигната) да изврши нешто трећем лицу, примаоцу упута или асигнатару. У случају документарног акредитива, упутилац је означен као налогодавац, улогу упућеника има акредитивна банка, док улогу асигнатара има корисник акредитива.[4]

Међутим, и поред очигледне сличности која постоји између документарног акредитива и асигнације, документарни акредитив се не може поистоветити са асигнацијом. У суштини, акредитив је настао из грађанскоправног посла асигнације прилагођавањем асигнације потребама савременог правног промета, али је изградио и своја начела, као што су начело независности, пословања документима а не робом и стандард строге саобразности код прегледа докумената, и тиме добио посебне карактеристике. Отуда је посао документарног акредитива у појединим националним правима регулисан као посебан посао, упоредно са послом асигнације. У појединим правима, посао акредитива је регулисан општим правилима о апстрактном обећању дуга[5] или кроз оби-

[4] Вид. 1020. Закона о облигационим односима (ЗОО).

[5] Вид. Радован Вукадиновић, *Правни односи из међународног документарног акредитива*, Београд, 1989; Марија Спасић, Начело независности и превара у

чаје.[6] Тако су подељена мишљења о томе да ли документарни акредитив "заслужује" посебно дефинисање у националним изворима права, али је приметна тенденција његовог уношења у новије кодификације.[7]

У међународним изворима права посао документарног акредитива је одређен на описан или функционални начин, вероватно и због тога да би се избегла квалификација природе обавезе акредитивне банке. Тако, према одредбама члана 2. Једнообразних обичаја и праксе (ЈП),[8] израз " акредитив" значи сваки споразум, без обзира на назив или опис, који је неопозив и којим се конституише дефинитивна обавеза акредитивне банке да хонорише усклађену презентацију. *Усклађена презентација* је дефинисана као презентација која је у складу са одредбама и условима акредитива, примењивим одредбама. У случају да постоји усклађена презентација банка ће извршити:

1) *плаћање* по виђењу, ако је акредитив расположив са плаћањем по виђењу,
2) *преузимање обавезе* за одложено плаћање и плаћање на дан доспећа, ако је акредитив расположив са одложеним плаћањем или
3) *акцептирање* менице (трате) вучене од стране корисника и плаћање на дан доспећа, ако је акредитив расположив уз акцепт.

Хонорисање докумената може извршити или акредитивна банка или друга банка која се означава као номинована банка код које је акредитив расположив.

пословима документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције, *Право и привреда*, 3/23, 891-912.

6 The Sources of Letter of Credit Law' (Lawteacher.net, July 2024) <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/international-law/the-uniform-customs-and-practice-for-documentary-credits-international-law-essay.php?vref=1> приступ 10.7.2024

7 Вид, Радован Вукадиноић, Има ли места за документарни акредитив у новом Грађанском законику Србије, *Правни живот,* 2011, 663.
Непотпуни попис држава у чијим правима је регулисан документарни акредитив вид у: Andrzej Blajer, THE DOCUMENTARY CREDIT IN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW REGULATIONS, https://www.renanconsulting.com/the-documentary-credit-in-international-and-national-law-regulations/

8 ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007. Revision, UCP Publ. 600.

2. Стране у послу документарног акредитива

У послу акредитива учествују најмање три стране: налогодавац, акредитивна банка и корисник акредитива. У међународном документарном акредитиву поред акредитивне банке учествују и друге банке које се општим именом означавају као кореспондентне банке, које могу имати различите улоге: од преношења обавештења о отвореном акредитиву до потврђивања акредитива.

Налогодавац (енг. *applicant*) је у Једнообразним правилима одређен као страна на чији је захтев издат акредитив. То може бити свако правно или физичко лице – дужник новчане обавезе које је основним послом преузело обавезу да обезбеди акредитив, као што су купци код уговора о продаји или инвеститори код уговора о градњи. Ова лица се ради испуњавања преузете обавезе обраћају својој банци код које обично воде своје пословање захтевом или налогом за отварање акредитива. Захтев може бити учињен у било којој форми или стандардизованом обрасцу МТК или обрасцу односне банке. Након што банка прихвати захтев, дужник из основног посла постаје налогодавац, тј. једна од страна у акредитивном послу.

Акредитивна банка (енг. *issuing bank*) је банка која издаје акредитив на захтев налогодавца или за свој рачун. Будући да је њена обавеза да "изда" или "отвори" акредитив, могла би се означити и као издавачка банка (као исправнији језички превод). У домаћој пракси је прихваћен израз акредитивна банка, иако он упућује на генусно значење.

Пословима отварања акредитива се може бавити свака банка која је на то овлашћена унутрашњим прописима, али је налогодавац дужан да акредитив отвори код оне банке коју је у акредитивној клаузули у основном послу означио поверилац. Повериоци ће, по правилу, тражити да то буде банка у коју имају поверење, али при томе морају јасно именовати конкретну банку. Изрази као што су "првокласна", "добро позната" и слични који се користе у пракси нису препоручени Једнообразним правилима, а ако се користе тумачиће се као нејасни. Акредитивна банка се, по правилу, налази у купчевој или налогодавчевој држави. Али, ако продавац или други поверилац из основног посла немају поверења у локалне банке, могу тражити да акредитив отвори и банка у некој другој или у његовој држави.

Кореспондентним банкама се означавају све банке, осим акредитивне, које учествују у послу документарног акредитива. У зависности

од преузетих обавеза, то могу бити номиноване, конфирмирајуће или авизирајуће.

Под номинованом банком (енг. *nominated bank*) се подразумева банка код које се акредитив може користити (реализовати), а ако је акредитив расположив код било које банке, под номинованом банком се подразумева свака банка.

Расположивост акредитива код номиноване банке значи да је банка овлашћена од акредитивне банке да хонорише саобразно поднете документе, тј. да их исплати, да акцептира меницу, да изврши одложено плаћање или да негоцира документе. Међутим, овлашћење акредитивне банке дато номинованој банци да хонорише или негоцира *не* намеће аутоматски обавезу номинованој банци према кориснику акредитива. Ова банка се обавезује према кориснику акредитива тек када прихвати налог или молбу акредитивне банке да буде конфирмирајућа банка. У том случају за износ исплаћен на име хонорисања акредитива, номинована банка има право рамбурса или накнаде од стране акредитивне банке. Корисници акредитива обично траже да номинована банка буде у њиховом месту ради брже и лакше наплате акредитива.

Конфирмирајућа банка (енг. *confirming bank*) је она која додаје своју конфирмацију или потврђује акредитив по овлашћењу или на захтев акредитивне банке. Конфирмацијом или потврђивањем ове банке преузимају према кориснику исту обавезу као акредитивна банка, тако да корисник акредитива може осим од акредитивне банке хонорисање докумената тражити и од конфирмирајуће банке. Акредитиви у којима постоји конфирмација посебне банке се означавају као конфирмирани или потврђени акредитиви.

Авизирајућа банка (енг. *advising bank*) има улогу да авизира или саопшти (пренесе) отворени акредитив кориснику акредитива. Авизирајући акредитив или његову измену, авизирајућа банка ставља до знања да се уверила у очигледну аутентичност акредитива или његове измене и да авизо (*adviso*, обавештење) тачно одражава примљене одредбе и услове акредитива или измене. Отворени акредитив може пренети и конфирмирајућа банка која у том случају има улогу и авизирајуће банке. Ако авизирајућа банка није преузела обавезу конфирмације, нема обавезу да хонорише или негоцира акредитив, већ улогу савесног поштара.

Корисник акредитива (енг. *beneficiary*) је страна у чију је корист издат или отворен акредитив. То је по правилу поверилац из неког двострано обавезујућег уговора који представља основни посао, као

на пример: продавац код уговора о продаји, инвеститор код уговора о градњи и други.

3. Привредне функције документарног акредитива

У свету се користе разне врсте условљених акредитива са различитом срхом,[9] а најчешће као средства плаћања и обезбеђења плаћања.

Као средство плаћања документарни акредитив омогућава налогодавцу, као дужнику из основног посла, да кориснику акредитива као свом повериоцу из основног посла, плати дуг у висини акредитивног износа не директно, већ преко акредитивне банке. Продавцу одговара акредитив јер му поред купца из основног посла самостално и непосредно одговара и акредитивна банка коју је сам предложио, а обезбеђен је и од трошкова узалудног слања и испоруке робе.

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. 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 се могу 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 јер омогућавају продавцу да наплати цену без обзира што је уговорено плаћање на кредит, залагањем акредитива или преносом потраживања из акредитива.

[9] 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 се обавља управо коришћењем овог инструмента.

4. Правни односи у послу документарног акредитива

Посао документарног акредитива чине најмање два односа: између налогодавца и акредитивне банке и између акредитивне банке и корисника акредитива. У међународним акредитивима се по правилу ангажује и кореспондентна банка која успоставља односе са акредитивном банком. Поред наведених односа од значаја је и однос који постоји између налогодавца и корисника акредитива који се означава као основни посао.

У пракси се акредитиви отварају поводом неког другог посла и служе извршавању новчаних обавеза из тог посла. Посао поводом кога настаје акредитив се означава као *основни посао* (енг. *underlynig transaction*), у коме дужник новчане обавезе постаје налогодавац у акредитиву, а поверилац, корисник акредитива. Основни посао најчешће чини уговор о продаји или уговор о извођењу инвестиционих радова, али то може бити и сваки други посао у коме уговорне стране своје обавезе не извршавају истовремено и у коме се извршење обавеза може доказивати документима. Основни посао је од значаја за акредитив у делу који се означава као акредитивна клаузула. Акредитивна клаузула представља клаузулу којом уговорне стране изражавају сагласност да ће дужник из основног посла финансијску обавезу извршити на посебан начин - путем акредитива, док корисник пристаје да прими такво плаћање. У суштини, аредитивном клаузулом дужник из основног посла се обавезује да обезбеди отварање уговореног акредитива на начин како је то договорено. Ради извршења ове обавезе, дужник се налогом обраћа договореној (акредитивној) банци, и након што банка прихвати налог, између ње и налогодавца се успоставља уговор о отварању акредитива као посебна врста уговора о налогу.

Уговорне стране из основног посла могу акредитивној клаузули дати *значај битног елемента* посла, од чијег извршења зависи извршење обавеза друге уговорне стране: испорука робе или извођење инвестиционих радова, или *карактер одложног услова*, од чијег наступања зависи ступање на снагу уговора. Међутим, овакав значај се мора изричито уговорити. Ако није уговорено, сматра се да је основни посао настао и да отварање акредитива представља само једну од обавеза обухваћених правним дејством уговора из основног посла. Зависно од тога како се третира ова обавеза, неотварање акредитива се третира као битна повреда уговора или као небитна повреда.

Након што банка прихвати налог за отварање акредитива, о томе обавештава непосредно или преко авизирајуће банке корисника акредитива чиме успоставља односе са тако ангажованим кореспондентним банкама и корисником акредитива. За ова разматрања је од значаја њен однос са повериоцем из основног посла, каснијим корисником акредитива. Овај однос се назива и акредитив у ужем смислу речи и успоставља се када корисник добије (кад му стигне) поменуто обавештење о отвореном акредитиву. Будући да корисник не мора на изричит начин исказати своју сагласност на добијено обавештење, као и на садржину самог обавештења, овај однос се квалфикује као једострана изјава воље. Што се тиче садржине обавештења, које се назива и оперативни акредитивни инструмент, његова садржина мора у потпуности одговарати акредитивној клаузули из основног посла и налогу за отварање акредитива. Међутим, ако обавештење из било ког разлога одступа од овога, једино је меродавно оно што је садржано у обавештењу. У том смислу ЈП одређују да се неопозивим акредитивом успоставља или ствара дефинитвна и неопозива обавеза издавачке банке према кориснику акредитива. Правну природу односа који се успоставља између акредитивне банке и корисника једни одређују као посебну врсту уговора, а други као једнострани правни посао или апстрактно обећање дуга.[10]

5. Основна начела у акредитивном пословању

Као што је већ речено, пословање по документарном акредитиву се заснива на два начела: начелу аутономије или независности и начелу пословања документима, а не робом и на доктрини строге саобразности.

[10] О другим теоријамам Вид. Boris Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, New York, 1966; Kozolchyk, Letters of Credit, Ch 5, vol. IX, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tuebingen, 1979; E. P. Ellinger, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, Singapore 1970; Liton Chandra Biswas, Letters of Credit: A Theory on the Legal Basis of the Payment Obligation of Issuing Bank, *SSRN Electronic Journal,* https://www.researchgate.net/publication/ 255726550_Letters_of_Credit_A_Theory_on_the_Legal_Basis_of_the_Payment_Obligation_of_Issuing_Bank, Р. Вукадиновић, *н. дело* у напомени 2, стр. 105; Zsuzsanna Tóth, dr. DOCUMENTARY CREDITS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS WITH SPECIAL FOCUS ON THE FRAUD RULE, дкторска теза, Будимпешта 2006.

5.1. Начело аутономије

Под начелом аутономије или независности акредитива се подразумева правна одвојеност односа који постоји између акредитивне банке и корисника акредитива (*акредитив у ужем смислу речи*) од основног посла и од односа који постоји између налогодавца и акредитивне банке и акредитивне банке и осталих банака које учествују у послу акредитива[11]. Ово начело је на изричит начин наведено и у Једнообразним правилима и у Закону о облигационим односима. У Правилима се користи појам "одвојености," а у Закону о облигационим односима правно прецизнији појам "независности". Тако су према одредбама члана 4а. Једнообразних правила акредитиви по својој природи *одвојене*[12] трансакције од продајног или другог уговора на којима могу бити засновани, под чиме се подразумева да се банака ни у ком смислу не тичу такви уговори,[13] нити их исти обавезују, чак ни у случају кад се на њих позива у акредитиву.

О важењу начела независности у односу на уговор о издавању акредитива се може судити из формулације (истог члана Једнообразних правила), према којој обавеза банке да хонорише, негоцира или да изврши сваку другу обавезу по акредитиву не може бити предмет захтева или одбијања (приговора) налогодавца који произилазе из његовог од-

[11] Може се повући паралела са аутономијом арбитражног споразума и основног посла. Вид. више Ј. Вукадиновић Марковић, *Поступак решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, Институт за упоредно право, 2022. О арбитражном решавању спорова из документарног акредитива вид. MARK S. BLODGETT, DONALD O. MAYER, International letters of credit:arbitral alternatives to litigating fraud, https://www.lawnet.gov.lk/international-letters-of-creditarbitral-alternatives-to-litigating-fraud/

[12] Овој језичкој формулацији се може приговорити да није прецизна и да у правном смислу може довести до забуне. Наиме, није спорно да су акредитиви посебни или одвојени послови од других послова, већ да ли су у правном смислу независни од других послова који су претходили његовом настанку или су у вези са његовим функционисањем.

[13] У званичном преводу Једнообразних правила ово је преведено као: „Акредитиви су по својој природи одвојена трансакција од комерцијалног или другог уговора на коме може бити заснован. Банке немају никакве везе са таквим уговором..." Чини се да превод, према коме „банке немају никакве везе са..." сувише генерализује однос акредитива према основном послу и у правном смислу доводи у питање прву реченицу. Такође, у оригиналној верзији су наведени уговори о продаји, а не комерцијални уговори, јер појам комерцијалног уговора није правни, па се може разумети тако широко да изван њега не остају "други" послови који су од значаја за акредитив.

носа са акредитивном банком или корисником. Исто тако, Правилима је прописано и да корисник не може ни у ком случају користити за себе уговорне односе који постоје између банака или између налогодавца и акредитивне банке. Закон о облигационим односима на изричит начин говори само о независности акредитива од уговора о продаји или другог правног посла поводом кога је акредитив отворен.[14]

Начело аутономије производи материјално и процесно дејство.

У материјално-правном смислу, аутономија акредитива подразумева постојање акредитива као правног односа између акредитивне банке и корисника акредитива и кад основни уговор (као и остали односи који му претходе) није ваљано настао, или је касније престао да постоји из било ког разлога. Отуда непостојање, престанак или ништавост основног посла не могу утицати на постојање обавезе банке према кориснику таквог акредитива. То практично значи да ће продавцу из основног посла као кориснику акредитива, акредитивна или номинована банка дуговати акредитивни износ (цену из основног посла) и када је основни посао престао да важи, или је из других разлога био поништен. *У процесноправном смислу*, аутономија акредитива има за последицу да се забрањеним сматрају сви приговори између банке и корисника који потичу из наведених односа: основног посла, уговора о издавању акредитива и уговора између издавачке и кореспондентних банака.

Из тих разлога акредитивна банка не може одбити хонорисање сообразних докумената приговором да од налогодавца није добила акредитивно покриће. Ако је у питању конфирмирајућа банка, због тога што од акредитивне банке није обезбедила акредитивно покриће. Ни стечај над имовином налогодавца не може утицати на постојање акредитива, ако је отворен пре покретања стечајног поступка.[15] Једино у случају кад би за издавачку банку извршење акредитивне обавезе постало немогуће, нпр. због мораторијума плаћања или административне забране трансфера за време које је дуже од рока важности акредитива, корисник не би могао користити своја права из акредитива па би наплату цене морао захтевати од купца.[16]

---

[14] Чл. 1074.

[15] Више о овоме: Р. Вукадиновић, Утицај стечаја на потраживања из банкарских гаранција на први позив, *Правни живот*, 4-5/1992, стр. 739-747.

[16] О утицају санкција против Русије на обавезе из акредитива вид. Ashurst, Do sanctions excuse a confirming bank from making payment? - the English Court of Appeal has its say, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c29c4a10-d878-4225-87dc-5b11d3f01cce

Исто тако, банке су дужне да одбију и све приговоре налогодаваца који потичу из основног посла. У пракси су чести покушаји налогодаваца да разним приговорима спрече акредитивну банку да исплати акредитив. Њихови приговори се најчешће односе на то да није испоручена роба саобразна уговору или да роба уопште није испоручена.

5.2. Начело пословања документима, а не робом

Према одредбама члана 5. Једнообразних правила, банке послују документима, а не робом, услугама или чинидбама на које се документи могу односити. Из овакве лапидарне констатације у теорији и пракси је изведено начело пословања документима, а не робом, према коме су банке које су овлашћене на хонорисање докумената, обавезне да одлуку о хонорисању донесу искључиво и само на основу докумената. У ширем смислу, начело се може тумачити и тако и да сви учесници у послу документарног акредитива извршавање својих обавеза доказују само документима.[17] Тако корисници на основу саобразних докумената добијају акредитивни износ, а номиноване банке од акредитивне банке рамбурс, као што и акредитивна банка своје право на рамбурс према налогодавцу темељи на хонорисаним документима који су у складу са условима и одредбама акредитива, без обзира на стање основног посла, тј. да ли је и како је продавац испунио своју обавезу испоруке робе. Испитивање саобразности докумената номиноване банке врше након што им корисници поднесу или презентирају акредитивне документе. Под презентацијом се разуме или уручење докумената по акредитиву акредитивној банци или номинованој банци, или тако уручени документи.

У Једнообразним правилима је реализација акредитива означена као *хонорисање* (без навођења чега, субјекта), док се у ранијим верзијама Једнообразних правила појам хонорисања односио на документе. Но без обзира на ове терминолошке недоречености, хонорисање представља радњу којом се означава посебан начин реализације права из акредитива. Сама реализација се састоји из подношења докумената на преглед номинованој банци, оцене њихове усклађености са условима акредитива и одлуке о хонорисању. Једнообразним правилима је предвиђено да се хонорисање може састојати у плаћању по виђењу, одложеном плаћању,

[17] Вид. E. P. Ellinger, *Documenatry Letters of Credit*, Singapore, 1970, стр. 277; J. Stoufflet, *Le Credit Documentaire*, Paris, 1957, стр. 212, 314.

акцептирању менице (акцептирање) и откупу меница од стране номиноване банке (негоцирање).

6. Начин утврђивања саобразности поднетих докумената - доктрина строге саобразности

Да би корисник могао да наплати акредитив потребно је да у року важности акредитива *поднесе* банци документе који морају у свему одговарати условима акредитива. Овакви документи, према формулацији из Једнообразних правила, чине "саобразну презентацију" (*complying presentation*). Под овим се подразумева презентација која је у складу са одредбама и условима акредитива, примењивим одредбама ЈП и међународном стандардном банкарском праксом. Чини се да су редактори Правила "саобразну презентацију" без разлога 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 број 681. у којој су садржана ранија мишљења и одлуке Банкарске комисије, чиме се овај водич или упутство ставља у исти ранг са Једнообразним правилима.

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.[18] Заправо, доктрином строге саобразности се одређује и *начин* на који банка врши оцену саобразности испитиваних докумената. Документи морају бити поднети *у року важења* акредитива.

Оцену услађености банке врше на основу спољног изгледа. 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 морају испунити преузете обавезе на основу таквих докумената. Акредитивна банка мора кориснику хонорисати такве документе, а налогодавац мора одобрити такво хонорисање и надокнадити банци исплаћени акредитивни износ. Претпоставка да стање робе одговара садржини докумената је *оборива природе*, па је лицима у акредитивном послу дозвољено да је оспоравају, али

[18] Schmitthoff's Export Trade, The Law & Practice of International Trade, 2000, стр. 172, марг. бр. 11-007.

не у поступку реализације акредитива, него у редовном поступку који се односи на основни посао.

Према овој доктрини, поднети документи су *по спољном изгледу* (*on their face*) у складу са условима и одредбама акредитива ако на лицу немају додатних дописивања, прецртавања или фалсификата. Ако је, пак, било измена, све измене морају бити верификоване на начин прописан Једнообразним правилима.

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 4997 врећа шећера, а не 5000, како је захтевано у акредитиву.[19] Слично као и у погледу одступања у врсти докумената, и овде није прихваћено правило *de minimis non curat lex*. У новијој пракси су, међутим, присутни извесни елементи ублажавања овако строгог тумачења,[20] 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 одређен општим изразима *који нису противречни* са описом у акредитиву.

Корисник мора поднети све документе који су наведени у акредитиву: по *врсти* и 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,[21] јер доктрина строге саобразности не "оставља било какав простор за исте или готово исте документе".[22]

---

[19] 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.

[20] Вид. Р. Вукадиновић, *Правни односи из међународног документарног акредитива*, стр. 67- 68; P. 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;

[21] О одређеним ублажавањима вид. Р. Вукадиновић, *н. дело у напомени 2*, стр. 61.

[22] Вид. Lord Sumner у Equitable Trust Co of New York v Dawson Partners Ltd, (1927) 27 L1L Rep. 49.

7. Реализација документарног акредитива

Сврха отварања документарног акредитива је да повериоцу новчане обавезе из основног посла омогући да може да наплати цену или друго потраживање и од другог лица у чију солвентност има поверење, као што су банке, а не само од дужника из основног посла. Због тога поверилац већ у акредитивној клаузули мора уговорити да купац отвори акредитив код банке у коју има поверење, или да акредитив потврди или конфирмира таква банка. Међутим, купац се отварањем акредитива не ослобађа своје обавезе из основног посла, већ продавцу нуди другачији начин њеног испуњења: преко номиноване банке. Стога се самим *отварањем акредитива обавеза купца из основног посла не гаси*, већ се њено испуњење суспендује за време важности акредитива.[23] У овом року продавац се као корисник акредитива може за наплату акредитивног износа обратити номинованој банци, али то није његова обавеза, већ право које може, али не мора користити. Међутим, корисник се за време важења отвореног акредитива не може обратити и купцу са захтевом да наплати цену, јер би то било "неконзистентно" са акредитивном клаузулом и условима из основног посла.[24] Ако корисник из било ког разлога не искористи отворени акредитив, може се као поверилац из основног посла обратити другој страни (дужнику из основног посла) и захтевати исплату цене као обавезу из основног посла.

Одлуку о хонорисању или одбијању докумената овлашћена банка је дужна да доносе искључиво и једино на основу поднетих докумената. Поднете документе банка мора испитати *разумном пажњом* и донети одлуку *у року од пет банкарских дана*.[25] Ако акредитивна банка утврди да је презентација усклађена, обавезна је да хонорише поднете документе.

---

[23] У правној теорији и пракси су, међутим, мишљења о карактеру отвореног акредитива подељена. Тако једни сматрају да акредитив има карактер апсолутног средства плаћања и да се корисник ни у ком случају не може обратити купцу за наплату цене, или да представља само условно плаћање. Вид. P. Tood, *н. дело*, стр. 444-448.

[24] У овом смислу се наводи одлука у случају *Soproma SpA v Marine and Animal By-Products Corp*, [1966] Lloyd's Rep. 367, у којој је заузет став да је купац оправдано одбио захтев који му је продавац поднео као други тендер, након што су документи одбијени од банке.

[25] Додуше, у ЈП није поновљен степен "разумне пажње" из претходне ревизије (UCP 500, чл. 13а), већ се претпоставља.

Ако акредитивна, конфирмирајућа или номинована банка (кад постоје) утврде да поднети документи не чине усклађену презентацију, *могу одбити* њихово хонорисање или негоцирање. У ЈП је одбијање дато као право (банка *може*), а не као обавеза банке из чега се може извести погрешан закључак да наведене банке могу хонорисати неусклађену презентацију без штетних последица, што не одговара правом смислу ове одредбе, нити природи акредитива. Ово због тога што су ове банке непосредно или посредно преузеле обавезу према налогодавцу да ће хонорисати само усклађену презентацију и једино у том случају имају право на накнаду исплаћеног износа и на трошкове. У супротном, ако банка повреди обавезу да разумном пажњом испита поднете документе, као и када хонорише неусклађену презентацију, губи право на накнаду исплаћеног износа и одговорна је налогодавцу за тако насталу штету. Ако се, пак, наведеном формулацијом хтело рећи да банка може и такве документе хонорисати под резервом или уз гаранцију, онда је то требало јасно додати.

У случају да одлучи да одбије неусклађену презентацију, овлашћена банка је *дужна да о томе обавести подносиоца докумената* (презентера). У обавештењу[26] се мора навести да банка одбија да хонорише или негоцира такве документе, свако одступање због кога је извршено одбијање и начин на који ће банка располагати документима. Обавештење мора бити дато путем телекомуникације или, ако то није могуће, на други хитан начин, *најкасније петог банкарског дана* који следи дан презентације. У погледу даље судбине поднетих докумената, банка може обавестити подносиоца да ће их *држати до његових даљих инструкција*, или да их *држи док не прими одбијање* (*waiver*) од налогодавца и сагласи си се да га прихвати, или прими даље инструкције од подносиоца, пре него што се сагласи да прихвати одбијање, или *да ће вратити* документе, или, на крају, да ће поступати у складу са инструкцијама које је претходно примила од подносиоца.[27]

Ако акредитивна или конфирмирајућа банка пропусте да на овај начин обавесте подносиоца, неће моћи да ставе приговор да документи не чине усклађену презентацију.

---

[26] У тексту на енглеском језику се користи израз "*notice*", па нам се чини да га је боље превести правно препознатљивим термином обавештење или запажање, него као "упозорење," које има више лаичко, него правно значење.

[27] Чл. 16ц. ЈП.

Након што добије обавештење да поднети документи не представљају усклађену презентацију, кориснику акредитива стоји више могућности на располагању. Корисник може *исправити* наведене неправилности и документе поново поднети на хонорисање у року важности акредитива. Може контактирати купца (налогодавца) и обавестити га о разлозима одбијања тражећи од купца да да инструкције банци да ипак прихвати документе такви какви јесу. Корисник може наговорити конфирмирајућу банку да му хонорише документе, а он ће јој надокнадити сваки губитак или штету коју претрпи због таквих докумената (*хонорисање уз гаранцију корисника*). На крају, банка може прихватити захтев корисника да такве документе хонорише "*под резервом*", тј. под условом да их такве прихвати налогодавац.[28]

8. Преваре у документарном акредитиву

Апстрактна природа обавезе коју акредитивом преузима банка према кориснику акредитива и њено строго формално тумачење омогућавају несавесним странама да злоупотребе свој положај и да захтевају, а понекад и добију, акредитивни износ иако нису уредно извршили своје обавезе. То углавном чине корисници акредитива након што обезбеде по спољном изгледу саобразне документе. Најчешће су то документи које сами издају или попуњавају, као што су фактуре или исправе о превозу. Тако је у пракси познат пример фактуре која је гласила на фотополароидне камере, а у пакетима је било испоручено камење. У другом случају продавац (корисник) је уместо уговорене свиле испоручио жути песак. У оба случаја такве фактуре је пратила превозна исправа (коносман и друмски товарни лист), у којима је стајало да је испоручена уговорена роба.

У таквим ситуацијама тако поднети "празни" документи (ако испуњавају друге услове) представљају усклађену презентацију и банка их мора хонорисати, након што утврди спољну саобразност у сладу са начелом аутономије и пословања документима, а не робом. Корисник таквог акредитива ће на име цене добити акредитивни износ, јер је акредитивна банка дужна да подносиоцу хонорише усклађену презентацију само и искључиво на основу спољног изгледа поднетих докумената.

[28] Више у Р. Вукадиновић, Правни односи из међународног документарног акредитива, стр. 128.

Евентуалне приговоре које би у том случају истакао налогодавац, банка је дужна да одбије позивајући се на начело аутономије. Стога се оправдано поставља питање да ли се може наћи оправдање за одступање од овог правила и чиме се то може правдати. У таквим ситуацијама банка се у *civil law* системима може ослободити обавезе и одбити такве документе једино позивајући се на начело савесности и поштења и забране злоупотребе права уз образложење да "превара све квари" (*fraus omnia corumpit* или *ex turpi causa non oritur actio)*. Међутим, како ова и друга, са њим повезана, питања нису регулисана у ЈП, те услове за примену овог начела су формулисали судови, у почетку у англо-саксонском праву,[29] а касније и у континенталном праву, и правна теорија.

Позивање на превару као на изузетак од примене основних начела у акредитиву отвара низ питања материјалне и процесне природе, као што су: појам преваре, где мора постојати (у основном послу или у документима) и ко мора знати о њеном постојању (акредитивна банка или корисник). У теоријском смислу, ово отвара питање хијерархије начела: општег начела савесности и поштења и посебног начела аутономије акредитива. У практичном смислу, постојање правила о превари су неопходна да би се ограничиле активности превараната и довеле у питању предности акредтива.

У погледу појма преваре, прихваћен је став да би превару требало одредити према меродавном националном праву. Што се тиче правног односа у коме мора постојати, прихваћен је став да се превара мора односити на извршење обавеза из основног посла, без обзира што је акредитив у ужем смислу правно одвојен и независан од основног посла. Иако у извршењу основног посла учествују налогодавац и корисник, од значаја су само преварни поступци корисника (продавца) и то они који су *манифестовани у поднетим документима*.[30] Ово због тога што банке, према начелу пословања документима а не робом, интересују само документи, а не стварно стање робе или посла: да ли је и на који начин је испоручена роба или извршене услуге. На постојање преваре у документима могу, зависно од врсте документа, тј. од тога ко их издаје, утицати продавац (корисник), али и друга лица, као што су превозници,

[29] Вид. *Sztejn v J. Henry Schroeder Banking Corp*. 31 N:Y. S: 2d (N.Y. Supp. CT. 1941.

[30] У америчкој судској пракси је у предмету *Enterprises, Inc v. Columbia Broadcasting Sys., Inc*.,14 U.C.C. Rep. 1427 (N.Y. Sup. Ct. 1974.) као постојање преваре суд третирао и неоткривање одређених података из основног уговора у фази преговора.

шпедитери или осигуравачи.[31] Ако потиче од трећих лица, превара мора бити *позната кориснику*. Осим што за превару мора знати корисник, о постојању преваре мора бити упозната или упозорена и банка. Ако корисник није знао за превару, јер о томе није био обавештен, банка може хонорисати такве документе. Отуда банка није овлашћена да одбије да хонорише документе ако је бродар антидатирао датум отпреме на коносману са чим продавац није био упознат.[32] Међутим, иако превара не мора бити доказана, сам навод неког учесника у послу да постоји превара није довољан разлог за банку да одбије хонорисање тако поднетих докумената.

9. Судска пракса

У даљем тексту ће бити речи о решењима која у погледу преваре постоје у Конвенцији Уједињених нација о независним гаранцијама и стендбај акредитивима[33] и у судској пракси САД и Енглеске.

Конвенција о независним гаранцијама у посебном IV делу, регулише преварно и злонамерно подношење захтева код стендбај акредитива и гаранција на позив, али не и код документарних акредитива. Циљ Конвенције је да помогне у напорима да се постигне "међународо прихватљива општа дефиниција типова ситуација у којима је оправдано одступити од обавезе плаћања".[34]

Конвенција не дефинише појам преваре, већ случајеве преваре и злоупотребе права одређује као ситуацију у којој је очигледно и јасно да је документ или фалсификован, или није истинит.[35] Иако захтева „очигледне и јасне" доказе да би се позвала на правило преваре, Конвенција не

[31] Вид. компаративну студију: F. Monteiro and W. Harle, Documentary Credits: the Autonomy principle and the Fraud Exseption – A Comparative analysis of common law approaches and suggestions for New Zealand, *Auckland University Law Review*, 2007, Vol. 13, стр. 144; G. Xiang and R. B. Buckley, A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Principle in Letter of Credit Law, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol 13 (2003), 293.

[32] Вид. случај *United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada*, у коме је бродар уместо да је робу отпремио 15. децембра као што је било уговорено у основном послу, исту испоручио 16.12.1976, али је на коносману ставио 15.12.1976. година.

[33] https://uncitral.un.org/en/texts/payments/conventions/independent_guarantees

[34] Вид. одељак Ц тач. 46.

[35] Чл. 19. Конвенције.

помиње да намера починиоца треба да буде доказана, те се чини да више наглашава природу недоличног понашања, него стање духа преваранта.

9.1. Пракса у САД

У литератури се као водећи наводи случај *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation*[36] у коме је амерички суд заузео став да се у случају преваре начело независности неће поштовати. Суд наводи да се у конкретном случају "мора претпоставити да је продавац намерно повредио своју обавезу да испоручи робу коју је купац наручио. У ситуацији када је продавчева превара била позната банци пре него што су захтев и документа презентована на наплату, начело независности банчине обавезе исплате не може бити примењено тако да заштити несавесног продавца.“[37] Пресуда је у правној теорији различито коментарисана. Неки су тврдили да је њоме постављен стандард "намерне преваре"[38], други, да је постављено правило "невероватне преваре,"[39] Неки су сматрали да одлука у предмету Sztein не говори о томе који је степен знања о превари потребан да би банка имала оправдање да одбије плаћање.[40] Присутна су и схватања да је потребно да превара буде "нечувена или непристојна" (egregious fraud), [41] под којом се подразумева веома озбиљни прекршај, "флагрантно кршење обавеза корисника" или "нечувено понашање које шокира савест суда, [42] или намерна превара, која подразумева свесно или непромишљено лажно представљање са намером да се други наведу да се на то ослоне.

---

[36] Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation 31 NYS 2d 631 (1941).

[37] *Исто*, пара 633.

[38] E L Symons, Letter of Credit: Fraud Good Faith and the Basis for Injunctive Relief, 54 *Tulane L Rev* 338, 340 (1980)., с. 361

[39] G A Fellinger, ‘Letters of Credit: The Autonomy Principle and the Fraud Exception’, 1 *J Banking & Finance L & Practice* 4, 22 (1990)., стр. 12

[40] M Megrah, ‘Risk Aspects of the Irrevocable Documentary Credit’, 24 *Arizona L Rev* 255, 258 (1982).

[41] J B Justice, ‘Letters of Credit: Expectations and Frustrations (Pts 1 & 2)’, 94 *Business L J* 424 & 493 (1977).

[42] Вид. BUCKLEY, R.P. – GAO, X.: Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under the Fraud Rule in Letter of Credit Law. In: *Duke J. Comp. & Int’l L.*, 2003, BUCKLEY, R.P. – GAO, X.: "The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: "The Journey so Far and the Road Ahead. In: *University of Pennsylvania Journal of Economic Law*, 2002,.

Ипак, без обзира на ове теоријске разлике, под утицајем Sztein пресуде у Једнообразном трговачком законику САД (ЈТЗ), унета је одредба (пар. 5-109(а) по којој се правило о превари примењује 1) када је захтевани документ фалсификован; 2) када је документ битно преваран у материјалном смислу; или 3) када би хонорисање докумената омогућило битну превару од стране корисника према издаваоцу или налогодавцу.

У суштини, ЈТЗ је прихватио стандард материјалне преваре и изричито прописује да превара мора бити материјална или битна да би се применило правило о превари, мада појам материјалне преваре није одређен, па није направљена ни разлика између фалсификованих докумената и материјалне преваре.

9.2. Пракса енглеских судова

И у енглеском праву је превара призната као дозвољено одступање или изузетак од начела аутономије акредитива.[43] Међутим, не постоје законске одредбе о превари у акредитиву, као што је то случај у Сједињеним Државама, већ су правила установљена у енглеском обичајном праву и судској пракси[44] у којој је, у основи, као "камен темељац"[45] признато правило из одлуке *Sztein*. Као водећи случај наводи се одлука у предмету *United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada.*[46]

Пракса енглеских судова показује да су у погледу доказа енглески судови поставили "веома висок стандард доказа."[47] У том смислу се наводи став суда у предмету *R D Harbottle (Mercantile) Ltd v Nat Westminister Bank Ltd*, [48] да ће, осим у евентуално *јасним случајевима преваре* о који-

[43] Zaid Aladwan, Fraud in Letters of Credit under English Law: Issues and Cases (the Three Dimensions) DOI: in *Criminology and Post-Mortem Studies - Analyzing Criminal Behaviour and Making Medical Decisions*, http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.93555, Hamed Alavi, Limits of Autonomy Principle in Documentary Letters of Credit; Perspective of English Law, *Journal of Legal Studies* 19(33), https://www.researchgate.net/publication/318904765_Limits_of_Autonomy_Principle_in_Documentary_Letters_of_Credit_Perspective_of_English_Law

[44] Вид. Hamed Alavi, Fraud in Letters of Credit .., n. delo, стр. 49.

[45] R Jack et al, *Documentary Credits* (3rd edn 2001), 260.

[46] [1979] 1 Lloyd's Rep 267, [1981] 1 Lloyd's Rep 604, [1983] AC 168.

[47] Xiang Gao and Ross P Buckley A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Rule in Letter of Credit Law, доступно на https://ouclf.law.ox.ac.uk/a-comparative-analysis-of-the-standard-of-fraud-required-under-the-fraud-rule-in-letter-of-credit-law/

[48] R D Harbottle (Mercantile) Ltd v Nat Westminister Bank Ltd.

ма су банке обавештене, судови препустити трговцима да своје спорове по уговорима решавају у парницама или арбитражом, које им стоје на располагању. У супротном, поверење у међународну трговину могло би бити непоправљиво нарушено. Међутим, да у испуњавању овако постављеног високог стандарда постоје проблеми и тешкоће показује случај *Discount Records Ltd v Barclays Bank Ltd.*[49] Ослањајући се на Sztein одлуку, купац је покушао да спречи акредитивну банку да хонорише продавчеву меницу и документе, наводећи да је продавац крив за превару. Захтев је одбијен, а суд је нашао да између овог случаја и случаја *Sztein* постоје разлике јер је у предмету *Sztein* у тужби била наведена утврђена превара, па се суд бавио случајем утврђене преваре, док у енглеском случају није постојала утврђена већ наводна превара. Интерсантно је навести да је купац у присуству треће стране (издаваоца) прибавио доказ да је велики део пошиљке било смеће или празни картони, али је суд сматрао да "не постоји утврђена превара, већ само навод о превари". У таквој ситуацији кад је сматрао да је тужилац изнео само „пуку тврдњу о превари", није тешко замислити колико је тешко утврдити превару пред енглеским судовима.

Из касније праксе се може закључити да је према енглеском праву, приликом примене правила о превари потребно утврдити да постоји учешће или знање корисника о превари. Другим речима, чак и ако је превара укључена у трансакцију, правило преваре се не може применити ако је превару починио неко други, а не корисник акредитива.[50] Тако

[49] [1975] 1 All ER 1071. У овом случају тужилац је као енглески купац, склопио уговор са француском компанијом Promodisc о куповини 8.625 дискова и 825 касета. Купац је упутио туженог да изда акредитив у корист продавца. Продавац је испоручио робу за коју је тврдио да је наручена и предочио конфирмирајућој банци у Паризу меницу и по спољном изгледу уредне документе, које је банка прихватила. Када је роба стигла, купац је прегледао робу *у присуству представника* издаваоца. Инспекцијом је утврђено да је „било 94 картона, али су од ова два била празна, пет је било напуњено ђубретом или амбалажом, двадесет пет кутија за плоче и три кутије за касете су биле само делимично попуњене, а две кутије означене као касете су испуњене плочама. Уместо 825 касета, колико је наручено, било је само 518 касета и 25 кертрица… Од испоручених 518 касета, 75 одсто није било по наруџбини… од 8625 наручених плоча, само 275 је испоручено по наруџбини. Остало није било по наруџбини.

[50] Вид. *United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada* [1979] 1 Lloyd's Rep 267, [1981] 1 Lloyd's Rep 604, [1983] AC 168., *Montrod Ltd v Grundkotter Fleischvertriebs GmbH* [2001] EWCA Civ 1954, [2002] 3 All ER 697, [2002] 1 All ER (Comm) 257, [2002] 1 WLR 1975.

изгледа да енглеско право "штити лукаве продавце који користе услуге трећих лица довољно дискретно да задрже своје лажне поступке за себе. Право заправо охрабрује продавце да не испитују детаље активности трећих лица укључених у њихове трансакције све док се товарни листови чине валидним, јер би свако сазнање о неправедним поступцима угрозило шансе продаваца да буду плаћени. Банка која прими чврсте доказе ван докумената о превари од стране треће стране нема чак ни могућност да одбије да исплати кредит регулисан енглеским правом као што је наведено у *American Accord*.[51]

Закључак

Из наведене судске праксе могло би се закључити да се банке могу позвати на превару као на изузетак од хонорисања апстрактне акредитивне обавезе ако докажу да недозвољено преварно понашање потиче од корисника или од лица која су под његовом контролом, ако је корисник знао за такво понашање, ако је такво понашање манифестовано на спољном изгледу докумената, ако се односи на обавезе из основног посла, ако је акредитивна банка била упозната са тим или јој је корисник скренуо пажњу на то. Анализирана пракса показује да је тешко доказати овако одређену "јасну злоупотребу права,"[52]

Литература

– Andrzej Blajer, THE DOCUMENTARY CREDIT IN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW REGULATIONS, https://www.renanconsulting.com/the-documentary-credit-in-international-and-national-law-regulations/
– ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007. Revision, UCP Publ. 600.
– The Sources of Letter of Credit Law' (Lawteacher.net, July 2024) <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/international-law/the-uniform-

[51] G W Smith 'Irrevocable Letters of Credit and Third Party Fraud: The American Accord' (1983) 24 *Virginia J Int'l L* 55, 58, 70.

[52] Вид. Р. Вукадиновић, Извршење и привремене мере на потраживањима из међународног документарног акредитива, у књизи "*Ванпарнични и судски поступак - Књига о грађанском поступку*", стр. 261-272.

customs-and-practice-for-documentary-credits-international-law-essay.php?vref=1> приступ 10.7.2024

- Boris Kozolchyk, Commercial Letters of Credit in the Americas, New York, 1966; Kozolchyk, Letters of Credit, Ch 5, vol. IX,
- International Encyclopedia of Comparative Law, Tuebingen, 1979; E. P. Ellinger, Documentary Letters of Credit, a comparative study, Singapore 1970;
- Liton Chandra Biswas, Letters of Credit: A Theory on the Legal Basis of the Payment Obligation of Issuing Bank, SSRN Electronic Journal, https://www.researchgate.net/publication/ 255726550_Letters_of_Credit_A_Theory_on_the_Legal_Basis_of_the_Payment_Obligation_of_Issuing_Bank,
- Zsuzsanna Tóth, dr. DOCUMENTARY CREDITS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS WITH SPECIAL FOCUS ON THE FRAUD RULE, дкторска теза, Будимпешта 2006.
- MARK S. BLODGETT, DONALD O. MAYER, International letters of credit:arbitral alternatives to litigating fraud, https://www.lawnet.gov.lk/international-letters-of-creditarbitral-alternatives-to-litigating-fraud/
- E. P. Ellinger, Documenatry Letters of Credit, Singapore, 1970, стр. 277; J. Stoufflet, Le Credit Documentaire, Paris, 1957.
- Schmitthoff's Export Trade, The Law & Practice of International Trade, 2000, марг. бр. 11-007.
- 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.
- P. 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;
- Lord Sumner у Equitable Trust Co of New York v Dawson Partners Ltd, (1927) 27 L1L Rep. 49.
- Sztejn v J. Henry Schroeder Banking Corp. 31 N:Y. S: 2d (N.Y. Supp. CT. 1941.
- F. Monteiro and W. Harle, Documentary Credits: the Autonomy principle and the Fraud Exseption – A Comparative analysis of common law approaches and suggestions for New Zealand, Auckland University Law Review, 2007, Vol. 13, стр. 144;
- G. Xiang and R. B. Buckley, A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Principle in Letter of Credit Law, Duke

Journal of Comparative & International Law, Vol 13 (2003)
- Symons, Letter of Credit: Fraud Good Faith and the Basis for Injunctive Relief, 54 Tulane L Rev 338, 340 (1980).
- G A Fellinger, 'Letters of Credit: The Autonomy Principle and the Fraud Exception', 1 J Banking & Finance L & Practice 4, 22 (1990)
- M Megrah, 'Risk Aspects of the Irrevocable Documentary Credit', 24 Arizona L Rev 255, 258 (1982).
- J B Justice, 'Letters of Credit: Expectations and Frustrations (Pts 1 & 2)', 94 Business L J 424 & 493 (1977).
- BUCKLEY, R.P. – GAO, X.: Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under the Fraud Rule in Letter of Credit Law. In: Duke J. Comp. & Int'l L., 2003,
- BUCKLEY, R.P. – GAO, X.: "The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: "The Journey so Far and the Road Ahead. In: University of Pennsylvania Journal of Economic Law, 2002,.
- Zaid Aladwan, Fraud in Letters of Credit under English Law: Issues and Cases (the Three Dimensions) DOI: in Criminology and Post-Mortem Studies - Analyzing Criminal Behaviour and Making Medical Decisions, http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.93555, Hamed Alavi, Limits of Autonomy Principle in Documentary Letters of Credit; Perspective of English Law, Journal of Legal Studies 19(33), https://www.researchgate.net/publication/318904765_Limits_of_Autonomy_Principle_in_Documentary_Letters_of_Credit_Perspective_of_English_Law
- R Jack et al, Documentary Credits (3rd edn 2001), 260.
- Xiang Gao and Ross P Buckley A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Rule in Letter of Credit Law, доступно на https://ouclf.law.ox.ac.uk/a-comparative-analysis-of-the-standard-of-fraud-required-under-the-fraud-rule-in-letter-of-credit-law/
- United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada [1979] 1 Lloyd's Rep 267, [1981] 1 Lloyd's Rep 604, [1983] AC 168., Montrod Ltd v Grundkotter Fleischvertriebs GmbH [2001] EWCA Civ 1954, [2002] 3 All ER 697, [2002] 1 All ER (Comm) 257, [2002] 1 WLR 1975.
- G W Smith 'Irrevocable Letters of Credit and Third Party Fraud: The American Accord' (1983) 24 Virginia J Int'l L 55, 58, 70.
- Радован Вукадиновић, Правни односи из међународног документарног акредитива, Београд, 1989;

– Р. Вукадиновић, Извршење и привремене мере на потраживањима из међународног документарног акредитива, у књизи "Ванпарнични и судски поступак - Књига о грађанском поступку", стр. 261-272.
– Р. Вукадиновић, Утицај стечаја на потраживања из банкарских гаранција на први позив, Правни живот, 4-5/1992, стр. 739-747.
– Ј. Вукадиновић Марковић, Поступак решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом, Институт за упоредно право, 2022.
– Марија Спасић, Начело независности и превара у пословима документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције, Право и привреда, 3/23, 891-912.
– Радован Вукадиноић, Има ли места за документарни акредитив у новом Грађанском законику Србије?, Правни живот, 2011, 663.

Assis. Jelena Vukadinović Marković[53]
Academician prof. Radovan Vukadinović[54]

FRAUD IN DOCUMENTARY LETTER OF CREDIT IN COMMON LAW

Abstract: *The fast, simple, and efficient functioning of documentary letter of credit is based on the observance of two fundamental principles: the principle of dealing with documents and not with goods, and the principle of the autonomy of letter of credit, along with the doctrine of strict compliance. When all participants in the documentary letter of credit transaction act conscientiously and in accordance with these principles, documentary letter of credit protects the interests of all parties and serves both as a security instrument for the performance of obligations and as a means of payment.*

However, strict and formal interpretation and adherence to these principles open the door to various attempts at abuse of documentary letter of credit, primarily through fraudulent behavior by the beneficiary of the credit, manifested by the submission of so-called "empty documents" that outwardly comply with the terms of the credit. In such cases, the issuing bank faces the question of whether, and to what extent, adherence to the principles of documentary letter of credit can conflict with general legal principles such as the principle of good faith and fair dealing, and the question of their hierarchy. Since the issue of the impact of fraud on documentary letter of credit principles is not regulated in national laws, this paper analyzes the practices of American and English banks, from which customary law is gradually being developed.

Keywords**:** *documentary letter of credit, principle of autonomy of letter of credit, principle of dealing in documents and not with goods, doctrine of strict compliance, fraud.*

[53] Research Associate, Institute of Comparative law, Belgrade
[54] Full Professor, retired, University of Kragujevac

УДК 347.426:339.543
doi 10.7251/PR6924641C
Оригинални научни чланак

КОНТРАТРГОВИНА
- Међународни компензациони послови -

Проф. др Александар Љ. Ћирић[1]

***Апстракт*:** *Потрага за применом профитабилнијих нових модела и/или нових начина коришћења већ познатих модела трговинске размене у промету робе услуга, новца и новчаних вредности, може се оценити, истиче аутор овог рада, оправданим интересом, коме правна наука дугује своје утемељеније ставове у односу на сада постојеће.*

Наша пажња и истраживачка знатижеља подстакнута је изазовом за преиспитивањем стереотипа о превазиђености потребе и целисходности коришћења контратрговинских послова у међународној трговачкој пракси.

У функцији одговора на постављено питање, овај рад предметно обухвата више следећих целина: Појава и назив контратрговинских послова; Напомене о императивним правним оквирима контратрговинских послова; Појам и битни елементи контратрговинских послова; Компензациони варијетет уговора о продаји робе; Контратрговински послови као начин плаћања у међународном трговинском промету; Напомена о императивним правним оквирима контратрговинских послова;

Врсте контратрговинских послова (Buy-back уговори); Уговори о контра куповини; Офсет уговори; Уговори о бартеру; Уговори о лону (нем. Lohn); Свич и своп споразуми); Предности у примени мешовитог модела уговора о међународној продаји робе (Р-Н-Р) са моделом међуна-

[1] Редовни професор универзитета, у пензији Mail: aleksandar.lj.ciric@gmail.com

родних контратрговинских уговора (Р-Р), на два повезана хипотетичка примера.

Наведене предметне целине рада и дата анализа само су увод за даља шира истраживања о стварним, како негативним, тако и позитивним ефектима контратрговине.

Кључне речи*: *Контратрговина; Међународни компензациони послови; Врсте контратрговинских послова; Врсте плаћања: Компензација, Клиринг, Слободно девизно плаћање; Новац; Транснационалне компаније; Меркатократија.

1. Уводне напомене

Суштинска појмовна обележја контратрговинских (компензационих) послова у међународном трговачком праву чине везани послови засновани на безготовинском (енгл. “trade without money”) компензационом концепту (безготовинска трговина). Њихова основна карактеристика је извоз робе и услуга условљен увозом робе и услуга у једнакој новчаној противвредности и обрнуто.

Питања о правној регулативи ових послова је у већини националних законодавстава оскудна. То је за пословну праксу значило слободу, потребу и широк оквир за инаугурацију и усавршавање мноштва њихових варијетета, како по називу, садржају, тако и по правним формама.

За праксу су свакако значајна национални jus cogens прописи који се односе на слободу учесника контратрговинских послова за закључење и извршење уговора и на њихов правни режим. Осим дела рада са краћим напоменама, расправа о тим питањима је изостала услед ограниченог обима рада.

Наша пажња и истраживачка знатижеља подстакнута је изазовом за преиспитивањем стереотипа о превазиђености коришћења контратрговинских послова у међународној трговачкој пракси и о њиховој економској (не)целисходности.

Да ли би избалансиран однос према процени економске оправданости употребе одговарајућих варијетета већ постојећих или и нових трговачких модела, сходно стању и конкретним околностима на појединим тржиштима широм света, могло бити тајна за остварење веће профитне стопе, као сврхе и тежње сваке, па и трговачке делатности?

У функцији одговора на постављено питање, овај рад предметно обухвата више следећих целина: Појава и назив контратрговинских

послова; Напомене о императивним правним оквирима контратрговинских послова; Појам и битни елементи контратрговинских послова; Компензациони варијетет уговора о продаји робе; Контратрговински послови као начин плаћања у међународном трговинском промету; Напомена о императивним правним оквирима контратрговинских послова;

Врсте контратрговинских послова (Buy-back уговори); Уговори о контра куповини; Офсет уговори; Уговори о бартеру; Уговори о лону (нем. Lohn); Свич и своп споразуми); Предности у примени мешовитог модела уговора о међународној продаји робе (Р-Н-Р) са моделом међународних контратрговинских уговора (Р-Р), уз два показна хипотетичка примера.

2. Појава и назив контратрговинских послова

Појава контратрговине је уско повезана са потребом људи за разменом једне врсте робе за робу друге врсте. У време свог настанка, све до изума и појаве новца, контратрговина је била једини и рудиментарни вид трговинског промета чији је предмет замена једне за другу врсту робе (Р-Р). Тако је настала трампа, која се сматра првим обликом контратрговине. Замена робе за робу је знатно допринела развоју трговине као привредне делатности и успостављању трговачких обичаја, као и каснијој појави права трговаца (lex mercatoria). Она је претеча посебне врсте робе која је својом појавом омогућила да се њеном заменом (исплатом) може добити било која друга роба у истој противвредности. Тако је настао новац. Он је као посебна врста робе, постао универзална мера вредновања и исказивања еквивалента вредности свих других врста робе и услуга. Његовом појавом, трампа као први контратрговински посао, је остала да егзистира, али је временом значајно потиснута из трговачке праксе.

Данас је новац у функцији средства промета и посредник у трговачкој размени, која се поред почетне формуле код трампе Р-Р, шематски исказује као Р-Н-Р (Роба-Новац-Роба). Роба се најпре продаје за новац, а тако стечени новац се ставља у функцију замене за било коју жељену робу.

Без обзира што су се поред трампе појавили и други варијатети контратрговинских послова, који су предмет наше анализе у одељку о њиховим врстама, појавом новца, контратрговина по моделу Р-Р (роба-роба) је добила озбиљну конкуренцију и њена друштвена функција је

полако, помало, али све сигурније, експонирањем обрасца Р-Н-Р (роба - новац-роба), скренута у други план. Истина, контратрговина је најпре уживала монополски статус, потом је била потиснута, да би, посебно у кризним временима, доживљавала еру сопствене ренесансе.[2]

Назив „контратрговина“ (енгл. countertrade) има карактер кишобран термина, којим се најчешће служи литература и пословна пракса. Користи се да означи међународни компензациони посао као генерички појам. Први пут је на међународном плану званично инаугурисан 1993. године.[3]

Сам **назив** контратрговински послови, сублимиран насловом рада „Контратрговина“, подсећа и сродан је термину контрапункт (тачка против тачке), који у општем дискурсу подразумева два или више истовремених догађаја, који су међусобно циљно повезани.[4] За трампу је први „догађај“ испорука (предаја) робе или услуге од стране једног лица, а други „догађај“ је испорука (предаја) робе или услуге од стране другог лица.

Трампа је као претеча свих међународних компензационих послова, временом прерасла у мноштво врло сложених међународних компензационих контратрговинских аранжмана. О њима у науци још увек не постоји јединствен приступ у погледу њихове типологије и терминологије. Различити аутори дају различита појмовна одређења и дефини-

---

[2] О новој ери контратрговине видети и: J.C. Nobles Jr. And J. Land, The UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions: The F ansactions: The Foundation for a New Er oundation for a New Era in Counter a in Countertrade, https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1699&context=til, сајт посећен 15.07.2024.

[3] Термин „контратрговина“ је на међународном плану званично уведен Правним водичем УН за међународне контратрговинске трансакције који је донео UNCITRAL 1993. године. Видети: T. Milenković - Kerković, Međunarodni kontratrgovinski sporazumi i njihova obligaciono-pravna struktura-mač sa dve oštrice ili budućnost savremene trgovine? *Marketing, Quaterly Marketing Journal*, Vol. 42, Issue 3, Beograd, 2011, str. 150-161.

[4] Термин који је етимолошки повезан са древним музичким стилом, познатим под називом „контрапункт“ (punctus contra punctum). Контрапункт је вештина која омогућава да се две мелодије или више њих повежу тако да, док се истовремено изводе, производе складан звук. То је однос између две или више музичких линија, или гласова, хармонијски међусобно зависним, са слободом ритма и мелодијске контуре. https://www.merriam-webster.com/dictionary/punctus%20contra%20punctum, Сајт посећен 20.7.2024.
Видети и: G. Steven The Complete Musician , Oxford University Press, Inc. 2 izd, 2008, New York, str. 96. ISBN 978-0-19-530108-3, https://sr.wikipedia.org/sr-ec/Kontrapunkt

ције ових послова услед чега често долази до конфузије, чак и када треба протумачити на шта се односи један од на десетине различитих назива, колико се у литератури користи за контратрговинске варијетете.

Контратрговина је облик и део међународне трговинске размене. Карактеришу је трансакције којима се испоручена роба, пружена услуга, трансфер "know how", технологије и других вредности у међународном промету, плаћају другом робом или услугом, уместо новцем. Ова суштинска особина о искључењу новца из контратрговинских послова није искључиви услов за њихов појмовни квалификатив, а још мање за њихову мешовиту употребу са плаћањем у новцу у реализацији конкретног посла. Другим речима, коришћење новца као средства измирења обавезе, или једног њеног дела, не може бити сметња да се поједини, често веома сложени послови, квалификују као уговори о контратрговини.

3. Појам и битни елементи контратрговинских послова

Правна теорија познаје мноштво дефиниција компензационих послова.

Контратрговински послови су трговачке трансакције пребијања (компензације) дуговања и потраживања по основу спољнотрговинског промета робе и услуга код којих се плаћање испоруке робе или услуга, у оквиру једног или више уговора у међународној трговинској размени, врши у целини или делимично, испорукама неке друге робе и/или пружањем услуге.

Према дефиницији коју је Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право – UNCITRAL, усвојила у Правном водичу за међународне контратрговинске послове (е. UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions), објављеном 1993. године[5], контратрговинским послом једна страна снабдева другу страну робом, услугама, технологијом или другом економском вредношћу, а заузврат, од друге стране купује робу, услуге, технологију или другу одговарајућу економску вредност.

[5] UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions, UNITED NATIONS New York, 1993, Водич је са исцрпним коментарима доступан на адреси: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/countertrade-e.pdf, сајт посећен 17.07.2024.

Заједничке особине контратрговинских послова неспорно утичу и на њихове појмовне елементе, чиме детерминишу дефиниције различитих врста контратрговинских послова у трговинском промету. Познавање њихових карактеристика омогућава комбинације са неограниченим могућностима пребијања, које у простору формално-правних оквира, умногоме зависе и од креативних способности самих трговаца.

Контратрговински посао се одликује **битним елементима** (лат. essentalia negotii), који морају постојати у мултиуговорном аранжману, без обзира на његов конкретни варијетет. **Два** су основна **елемента** без којих нема контратрговинског посла, који их појмовно дистингвирају од других комерцијалних послова.

Први елемент је **правна веза** међу уговорима, тј. међусобна условљеност и повезаност реципрочних трансакција из одвојених уговора у контратрговинском послу. Правна веза (лат. juris vinculum), која се успоставља између два или више уговора, доводи до преузимања узајамних права и обавеза уговорних страна. Њима се успоставља однос на основу кога је свака обавеза једне уговорне стране, правни основ обавезе друге уговорне стране, са свим последицама евентуалног неиспуњења или неуредног испуњења уговором преузетих обавеза. Спецификум овакве правне везе је у успостављању међузависности обавеза из одвојених уговора.

Други елемент је преузимање уговорне обавезе на будућу чинидбу, од чијег правилног извршења зависи пуноважност већ закљученог, првог уговора у контратрговинском послу. Њега нема код других уговора трговинског права, због чега је он differentia specifica контратрговинских послова. Његову суштину изражава сентенца: „Купићу од тебе ако, заузврат, ти купиш од мене, или ми учиниш неку другу чинидбу.“[6]

У уговорној пракси се обично дефинише и одређени временски период у коме обе трансакције треба да буду реализоване. За случај да се једна од уговорних обавеза састоји, на пример, од преноса технологије, или улагања у изградњу индустријских постројења и других дугорочних послова, извршење компензационог посла може потрајати више година.[7]

---

[6] Више о овоме видети: Т. Миленковић-Керковић, *Правни аспекти и правна природа међународних контратрговинских послова*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2003.

[7] Видети: D. Marković-Bajalović, Pravna forma međunarodnih kompenzacionih poslova (Countertrade), „Novi ugovori od značaja za privredni razvoj“, Institut za uporedno pravo i Privredna komora Jugoslavije, Zbornik radova sa Savetovanja održanog 16. i 17. III 1995, Beograd 1995, str. 273.

Иницијални посао се, по правилу, реализује непосредно између уговорних страна, док се у повратни посао може укључити и трећа страна, било у својству испоручиоца, или крајњег купца.[8]

Пракса је показала, а јуриспруденција потврдила да су периоди економске кризе добар разлог за појачано коришћење међународних компензационих послова. Они погодују трговцима, који немају довољно слободних девизних средстава за новчано измирење обавеза.

4. Компензациони варијетет уговора о продаји робе

Пример уговора о међународној продаји, је у економском смислу, најчешћи инструмент размене робе за новац. Контратрговинским послом постаје када продавац своју обавезу измирује испоруком робе, а купац на име примљене робе плати цену испоруком друге врсте робе продавцу по шеми Р-Р. Вредност предмета робне размене слободно договарају уговорне стране. Притом, иницијална и повратна продаја представљају одвојене, али међусобно условљене послове.

Пословима ове врсте се успоставља уговорно-правна веза, са обрнутим смеровима трансфера између одвојених уговора (е. Contractual link). Продавац – извозник, закључујући уговор о продаји робе са купцем –увозником, преузима као услов пуноважности тог уговора, обавезу контратрговине (е. countertrade commitment), при чему је таква обавеза differentia specifica контратрговинског посла...[9] У основи, врши се размена робе за робу (трампа) у свему на уговорени начин и под договореним условима.[10]

Извозник се обавезује да ће заузврат, након иницијалног извозног посла, закључити уговор о увозу (контраизвозу), којим предмет контратрговине постаје обавеза куповине робе или услуге од првобитног купца, до одређене вредности, која у пракси процентуално вреди од вредности предмета прве куповине у распону од 50-100%.

У формално правном смислу контратрговински уговор о међународној продаји робе се дизајнира са два формално-правно одвојена, међусобно условљена посла, због чега се истовремено:

---

[8] С. Вујовић, *Стране директне инвестиције као фактор јачања конкурентности привреде и предузећа*, докторска дисертација, К. Митровица, 2012, стр. 83.

[9] Т. Миленковић-Керковић, Међународни контратрговински послови и право конкуренције Европске уније, *Економске теме*, бр. 4, Ниш, 2003, стр. 147.

[10] М. Тешић, Спољнотрговинско пословање, „Савремена администрација“, Београд, 1984.

а) састављају и потписују два одвојена, садржински различита уговора који се реализују независно један од другог;

б) по сваком уговору о испоруци роба фактурише и исказује у конвертабилној валути чију врсту уговарају уговорне стране;

в) плаћање обавља, у целости или делимично у новцу, односно другим новчаним вредностима, и/или добрима израженим у новцу, и то за сваки уговор одвојено;

Не инсистира се на синхронизацији, нити на производној повезаности обе трансакције, која је не само допуштена, већ и пожељна.

Дакле, контратрговински аранжман представља правни посао кога **карактерише** правна веза између два или више одвојених уговора.

Услов пуноважности уговор о продаји једне врсте робе, је закључење уговора о куповини (продаји) робе друге врсте или обрнуто. Куповина робе се условљава продајом друге робе или услуге. Обе испоруке робе се могу исплатити новцем, или се уговара делимична исплата вредности робе у новцу, а остатак у испоруци друге робе, или се на име целокупног новчаног еквивалента вредности испоручене робе, уговара испорука робе из једног или више других повезаних уговора, уговорене еквивалентне новчане вредности.

5. Контратрговински послови као начин плаћања у међународном трговинском промету

Под међународним плаћањем се подразумевају сва плаћања која се врше између учесника међународних трговинских односа (МТО).

Међународни трговачки промет још увек није изградио јединствен систем слободног трансфера новца и новчаних вредности, што се оцењује великом препреком интензивнијој размени робе, производа и услуга. Постојеће начело организоване слободе трансфера новца омогућава одвијање међународне трговачке размене, истина, уз извесне тешкоће.

Класификација основних типова међународних плаћања за обавезе из међународног трговинског промета обухвата: компензацију, клиринг и слободно девизно плаћање (мултилатерализам).[11]

[11] Мултилатерализам је систем међународних плаћања који се заснива на употреби конвертабилних валута, које су дефинисане као међународна средства плаћања евро, долар, јапански јен, британска фунта), односно то је размена робе за новац.

Насупрот слободном девизном плаћању су клиринг и компензација као типични представници контратрговинских послова.[12]

Клиринг се, као вид компензације или пребијања узајамних потраживања и дуговања између две или више држава, успоставља клиришким споразумом. Њиме се преко клиришких органа земаља потписница (најчешће централне банке), компензирају међусобна салдирана потраживања са дуговањима, на нивоу држава потписница клиришког споразума.[13]

По обиму, клиринг може бити тотални и делимични. Тоталним клирингом се успоставља јавноправна обавеза за све пословне субјекте са седиштима на територијама држава потписница да своја међусобна потраживања и дуговања настала у свим областима на нивоу међудржавне трговинске размене, измирују пребијањем међусобних дуговања и потраживања на међудржавном нивоу (тотални 100% клиринг). Делимични клиринг се примењује само за области размене робе и услуга које су изричито наведене у клиришком споразуму. За преостале области размене робе и услуга у међудржавном трговинском промету, које нису обухваћене клирингом, пословни субјекти могу користи слободно девизно плаћање, или под законом дозвољеним условима своја потраживања и дуговања могу измиривати компензацијом као трећом врстом међународних плаћања.

Када пословни субјекти своје обавезе измирују пребијањем међусобних потраживања и дуговања разменом робе и/или услуга, као супституга плаћања новчаним средствима, реч је о компензацији као посебној врсти плаћања.

По својим карактеристикама механизми плаћања клирингом и компензацијом погодују трговинској размени, посебно у условима огра-

---

Мултилатерализам подразумева плаћање на основу кога се потраживања остварена у једној држави могу користити за плаћања и у трећим земљама. Сматра се да систем погодује развоју МТО на тржишним принципима, због чега је унапређење мултилатерализма био један од основних задатака Међународног монетарног фонда (ММФ). О мултилатерализму и билатерализму више видети: А. Љ. Ћирић, Међународно трговинско право, Општи део, Ниш, 2012.

[12] Ibidem.

[13] Детаљније о клирингу, видети: А. Ћирић, Клиринг као облик компензације између држава, Зборник радова, „Нови уговори од значаја за привредни развој“, Институт за упоредно право, Београд и Привредна комора Југославије, Београд, 1995. стр. 283-295.

ниченог приступа валутама и њиховог мањка у периодима монетарних криза. Подесни су за случајеве када уговорне стране имају међусобна потраживања и обавезе, како на нивоу држава (клиринг), тако и у трговинском промету на нивоу пословних субјеката (компензација).

Постоје схватања да је контратрговина повољан начин финансирања обавеза из уговора у међународној трговинској размени, који смањује ризик и тешкоће везане за употребу различитих националних валута, као средства плаћања.[14] Она омогућава међународну трговачку размену и када нема довољно слободних девизних средстава, када су националне валуте изложене инфлацији, дефлацији и сталном колебању курса, због чега важи стереотип да је реч о врстама плаћања за сиротињско време.

6. Напомена о императивним правним оквирима контратрговинских послова

Елемент економске политике у оквиру сваког организованог тржишта се одликује успостављеним јавно-правним оквирима и условима под којима је дозвољено узајамно пребијање дуговања и потраживања по основу реализованог спољнотрговинског промета робе и услуга.

За послове ове врсте је карактеристично да су њихови учесници, односно уговорне стране у обавези да још пре закључења конкретних уговора о пребијању, као и у фази њихове реализације, испуне низ услова и прибаве од стране надлежних државних органа сву неопходну документацију у циљу спровођења одговарајућег државног надзора и контроле.

Обављање контратрговинских послова без прибављених потребних административних државних дозвола и одобрења, по правилу, има незаобилазни утицај на пуноважност закључених уговора, немогућност њиховог извршења, уз последице ништавости и одговорности по основу привредног преступа.

Због ограниченог обима овог рада, овом приликом ово важно питање остаје ван предмета наше анализе, уз напомену да она заслужује посебну свеобухватну посвећеност.

[14] Countertrading http://www.referenceforbusiness.com/encyclopedia/Cos-Des/Countertrading.html#ixzz27DpA3fwg.

7. Да ли су контратрговински послови невидљиве «златне нити» уплетени у мрежу транснационалног капитала

Контратрговински дух и компензациони послови приватно-правних лица се све више препознају не само у кругу платежно слабашних учесника међународног трговинског промета, већ се намеће знатижеља какав значај пословима ове врсте придају најмоћније привредне структуре крупног капитала, укључујући транснационалне компаније (ТНК) и њихових удружења, као представнике неформалне моћне трговачке структуре меркатократије, под чијом су, такође неформалном контролом, већег или нижег степена најважније националне вредности држава. [15]

7.1. Предности контратрговине за интратрговинску размену унутар корпоративне опне транснационалних компанија (ТНК)

Анализе у вези са питањем на тему овог рада посветили смо преиспитивању општег уверења да су компензациони послови у међународној контратрговини средство за преживљавање и опстанак трговинског промета између економски слабих компанија и привредно неразвијених држава, посебно у периоду великих економских криза.

Да ли су у условима економских криза трговински модалитети контратрговине само спас за сиромашне трговце, или су и „златна кока“ за још безобзирније увећање имовине, новца и других новчаних вредности најбогатијих?

У функцији удовољавања сазнајној знатижељи, контратрговинске послове смо накратко преместили у миље, економски и у сваком другом смислу, моћних ТНК.

Транснационалне и мултинационалне[16] компаније представљају

---

[15] Термин „меркатократија“ преузет је из: *Claire, Cutler, „Public Meets Private: The International Unification and Harmonisation of Private International Trade Law“, Global Society, Vo. 13, No. 1, 1999, стр. 27.*
Моћну друштвену структуру, на челу са елитним трговачким друштвима и њиховим асоцијацијама, означавамо као „меркатократија“ („*mercatocracy*“). Чине их ТНК и њихове асоцијације, владини експерти, представници међународних организација.

[16] Након појаве ТНК, чешће се користио израз “мултинационална компанија”, да би се касније од стране ОУН сугерисала употреба израза “транснационална компанија“. О томе видети: В. Поповић, Р. Вукадиновић, Међународно пословно право, Бања Лука, Крагујевац, 2005. стр. 230.

систем већег броја привредних друштава основаних у више држава, на чијем челу се налази једно доминантно друштво и више њему потчињених друштава, која заједно чине пословни систем са заједничким економским циљем.[17] ТНК је компанија која контролише и управља предузећима лоцираним у најмање две земље.[18]

ТНК продају робу купцима у иностранству, а купци компензују еквивалент вредности продате робе тако што снабдевају испоручиоца (ТНК) неком другом врстом робе.

Поред екстерне трговинске размене са учесницима трговинског промета изван ТНК, посебан значај за њихово «међусестринско» пословање имају контратрговински послови у систему на чијем челу је мајка компанија (на пример, холдинг), која контролише пословање свих компанија у свом саставу. И компанија мајка и компаније њене кћери међусобно послују са јединственим економским циљем. Међусестринска контратрговина се одвија готово без препрека, најчешће без потребе прибављања државних дозвола и одобрења којима, за компензационе, бартер и друге врсте безготовинске размене, подлежу трговачка друштва, чије се пословно седиште налази на територији само једне државе.

ТНК послују[19] у оквиру тзв. интра трговинске размене у којој се примењују тзв. трансферне цене[20] између њених чланица. Корпоратив-

---

[17] ТНК је предузеће које је носилац страних директних инвестиција и које поседује или контролише активности додатних вредности у више од једне земље. *J. H. Dunning, Multinational Enterprises and the Global Economy, Addison-Wesley Publishing Company Inc, Wokingham, England, 1993, p. 3.*

[18] *R. Caves, Multinational Enterprise and Economic Analysis, 2nd edn, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, u: Johnson, Debra and Colin Turner, International Business: Themes and Issues in the Modern Global Economy, Routledge, London, 2003, p. 102.* На основу: С. Стојадиновић-Јовановић, Међународна трговина и транснационалне компаније – супституит или допуна, *Међународни проблеми*, бр. 1/ 2008. стр. 93.

[19] Детаљно о начину пословања ТНК, видети: И. Љутић, Правна контрола транснационалних компанија, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2013.

[20] Под окриљем *OECD* израђене су „Смернице за примену правила о трансферним ценама за мултинационална предузећа и пореске управе“ из 2022. године. (*Transfer pricing Guidelines for Multinational enterprises and Tax Administration, 2022*.). OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022 https://www.google.com/search?q=Transfer+pricing+Guidelines+for+Multinational+enterprises+and+Tax+Administration&oq=Transfer+pricing+Guidelines+for+Multinational+enterprises+and+Tax+Administration&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCDM4NDFqMGo3qAIIsAIB&sourceid=chrome&ie=UTF-8

ном опном трговинске размене, ТНК мењају модел и структуру међународних трговинских односа (МТО) које практично своде на интеркомпанијску трговину.[21] Она се одвија између чланица ТНК, и изузетно јој погодују контратрговински правни послови, како у међусобној комбинацији, тако и у комбинацији са слободним девизним плаћањем, када су такви модалитети у функцији стицања профита.

8. Правна форма међународних компензационих послова

У међународној трговачкој пракси се, зависно од карактера и циљева уговора, рокова извршења обавеза, услова плаћања и других услова, користе различите **врсте** контратрговачких уговора. Из њиховог мноштва издвојили смо следеће њихове правне форме[22]: а) Buy-back уговори; б) Уговори о контра куповини; в) Офсет уговори; г) Уговори о бартеру; д) Уговори о лону (н. Lohn); ђ) Свич и своп споразуми и др.

а) Buy-back уговори

Код уговора buy-back, испоручилац опреме, или комплетне производне линије (инвеститор), се наплаћује производима, који се произведу применом испоручене опреме, у количини чија је договорена противвредност једнака испорученој опреми. У пракси се уговори овог типа најчешће закључују ради реализације пројеката изградње фабрика са прерађивачким програмима. Испоручилац опреме прихвата исплату њене противвредности испоруком производа, који ће се њеном употребом произвести у будућности. Таква пракса је најчешћа код инвестиција и испоруке опреме за реализацију пројеката индустријско-прерађивачких капацитета, експлоатације рудних богатстава и сличних пројеката.

Уговоре buy-back, у поређењу са пословима бартера и уговора о контра куповини, одликују високе суме вредности опреме и дужи рокови ликвидације салда међу уговорним странама.

б) Уговори о контракуповини

Уговорима ове врсте се инострани продавац (испоручилац) робе обавезује не само да робу испоручи купцу, већ и да купи робу и услуге од

[21] А. Љ. Ћирић, Међународно трговинско право, општи део, Правни факултет Универзитета у Нишу, „Издавачки центар Правног факултета“, Ниш, 2012.

[22] О свакој појединој врсти наведених контратрговинских послова видети: А. Љ. Ћирић, Међународно трговинско право, Посебни део, Ниш, 2018, стр. 255-262.

свог купца, као претходни услов да предмет уговора о испоруци, уопште и буде поручен. Дакле, код овог контратрговинског посла се, најпре закључује уговор о испоруци (продаји) робе, чију продајну цену купац исплаћује у новцу, на уобичајени начин. Специфичност посла се састоји у обавези продавца да са купцем закључи други, посебан уговор, чији је предмет продаја робе или услуга, одређене договорене вредности, која ће такође бити исплаћена у новцу, на уобичајени начин. У пракси се уговорне стране могу договарати о вредности предмета сусретних уговора о контракуповини робе и услуга, тако да она може варирати од 10% до преко 100%. Уговори о контракуповини доприносе стимулацији извоза робе и услуга, уз истовремено смањење дефицита платног биланса држава.

в) Офсет уговори

Традиционално се користе од стране влада појединих држава за куповину наоружања, војне опреме и ваздухоплова, а у новије време се домен њихове примене проширио и на друге области међународног трговачког промета. Уговорна пракса познаје две врсте офсета:

ва) директни и вб) индиректни (посредни) офсет.

Код уговора о директном офсету произвођач и продавац робе уговарају да се у предмет испоруке уграде компоненте пореклом из земље увознице.

Индиректни (посредни) офсет подразумева приступање купца неком од дугорочних облика пословне кооперације и инвестиционог подухвата, који не морају бити директно повезани са конкретним уговором о испоруци и могу се тицати како војног, тако и грађанског (цивилног) сектора.[23]

г) Уговори о бартеру

Бартер послови су најстарији и најједноставнији облик трговинске размене имовинских добара и почетна форма контратрговинских уговора, која се временом мењала.

[23] Општа функција офсета у одбрамбеном сектору, како директног, тако и индиректног, се састоји у промоцији супституције увоза и у минимизацији трошкова за потребе војног сектора на рачун развоја сопствених одбрамбених производних капацитета. Стимулисањем инвестиција у области цивилног (грађанског) сектора се постиже повећање диверзификације и подршка развоју његове индустријске основе. Те врсте инвестиција се реализују у форми заједничких улагања у областима прерађивачке индустрије, затим у форми инфраструктурних улагања или улагања у професионалну обуку кадрова. Оне се могу у потпуности разликовати по својој природи од традиционалног предмета продаје (на пример, инвестиције у предузеће за производњу електронских чипова могу бити искоришћене као офсетни инструмент при продаји авионских мотора).

Уговором о бартеру[24] се уговорне стране из различитих држава обавезују да једна другој испоруче робу, или пруже услуге, једнаке вредности („прави“, или „затворени бартер“), а уколико у узајамним испорукама дође до разлике у вредности испоручене робе, односно услуга, страна дебитор надокнађује разлику додатном испоруком, или новчаном исплатом у одговарајућој валути („квази“ или „отворени бартер“).[25]

Под савременим спољнотрговинским бартером се подразумевају уговори којима уговорне стране уговарају размену еквивалентних вредности у роби, раду, услугама, предметима интелектуалне својине и др.

Уговор о бартеру садржи одредбе о номенклатури, количини, квалитету, цени за сваку робну позицију, затим норме о роковима и условима увоза и извоза робе, о механизму решавања спорова и др.

Савремени међународни трговачки промет познаје и тзв. **електронски бартер**, који настаје уз помоћ интернет сервиса, посредством кога се класификују и обједињују бартерни предлози на основу одговарајућих параметара из појединих понуда, чиме се успоставља својеврстан вид **бартерне берзе**.[26]

Бартер уговори представљају размену робе за робу (трампа). По правилу, сви национални правни системи, за закључење бартер уговора захтевају прибављање **дозвола и/или одобрења** државних органа.

д) Уговори о лону

Уговором о лону (н. **Lohn**, рус. **Толлинг**) се произвођач из једне земље обавезује да обави послове **оплемењивања** робе (израду, обраду, дораду или прераду), која је у својини уговорне стране из друге земље, а

[24] **Назив** уговора о бартеру потиче из средњовековне трговачке праксе италијанских градова, када су се трговачке трансакције на подлози замене робе називале Commercio di baratto. У енглеском језику је настао глагол to barter, са основним значењем: ценкати се, погађати се, разменити, трампити. Из глагола је настала именица barter (размена роба, трампа), односно израз exchange and barter (размена и трампа). Из порекла назива, може се судити о правној природи бартер посла. Видети: А. Љ. Ћирић, Трговинско право, Посебни део, Ниш, 2018, стр. 257-258.

[25] Поједина национална законодавства искључују из бартерних уговора трговачке трансакције које предвиђају употребу новчаних или других платежних средстава.

[26] У основи је реч о специјализованом сајту, чији систем омогућава аутоматско трагање и проналажење различитих понуда за размену робе и услуга, уз предложене услове од стране заинтересованих лица. Основна функција бартерних берзи је посредовање при проналажењу и довођења у везу заинтересованих лица, за закључење уговора о бартеру, укључујући његове вишестране модалитете, као и друге контратрговинске уговоре.

власник робе се обавезује да надокнади противвредност извршеног оплемењивања и да преузме оплемењену робу.[27]

Надокнада за обављени лон посао се може договорити и измирити, **по комаду** или на основу количине оплемењене робе, односно материјала. Она се код „правог лон посла“ измирује искључиво готовим производима, а код квази лон уговора, се може измиривати исплатом у новцу, уступањем одговарајућег еквивалента у неоплемењеној, или оплемењеној роби, или делимично у новцу, а делимично у роби.[28]

По својој суштини, овакве операције су веома сродне са уговором о бартеру, као и другим уговорима о контратрговини.

Једна уговорна страна, која располаже производним репроматеријалом, али нема потребне друге производне ресурсе и капацитете за његову прераду, отпрема репроматеријал другој уговорној страни, уз царински надзор, без плаћања царине, на прераду и производњу договореног производа, за чији рад и коришћење других производних капацитета плаћа једним, договореним, делом готових производа, добијених из тако организоване производње.

Попут бартера, лон послови су такође под одређеном контролом и надзором надлежних државних органа, а посебно када се ради о елементима размене робе за услугу оплемењивања.

Уговор о лону је по својој правној природи врста **уговора о делу** (лат. locatio conduction operis). Наравно, пошто се ради о сложеним операцијама и низу узајамних права и обавеза у току извршења посла, то је и његова правна природа у доброј мери специфична. Поред обележја уговора о делу, постоји низ сличности, па и елемената уговора о продаји, уговора о размени, уговора о кооперацији и сл.

---

[27] З. Лончар-Ћетковић, Уговор о лон послу, Београд, 1985, стр. 26.

[28] Лон уговори потичу из **немачког** права. Настали су у периоду брзе индустријализације и данас имају велики привредни значај (у текстилној индустрији, металопрерађивачкој, кожарској, затим бродоградњи, ремонту и сл.). У нашој правној терминологији се срећу разни називи за ову врсту уговора: „дорадни послови”, „послови прераде”, „послови вршења услуга при оплемењивању робе”, „давање у најам или уступање живог рада”, „давање простора и машина у најам”, „извоз живог рада” и сл.

9. Компаративни економски ефекти модела Р-Н-Р и контратрговинских уговора са више варијетета

Два хипотетичка примера која приказујемо у наставку излагања послужиће нам за анализу економских ефеката међународног трговинског посла по основу уговора о продаји компјутерских микрочипова произведених у САД (пример 1), са плаћањем цене у новцу, с једне, и њеним измиривањем мноштвом контратрговинских послова у роби (пример 2), са друге стране.

9.1. Пословање на основу уговора о продаји по моделу Р-Н-Р

Пример 1:

Продавац (испоручилац) са пословним седиштем у Невади најпре купује компјутерске микрочипове, од произвођача у САД, са циљем да их препрода свом купцу у Сингапуру.

Цена из уговора о испоруци чипова ради даље продаје је 200 000 долара. Инструмент плаћања цене је неопозиви документарни акредитив (1) на исту суму, са правом корисника на његову наплату након истека 90 дана од дана испоруке.

Купац чипова, купљених у САД ради препродаје, транспортује робу авионом и испоручује их купцу у Сингапуру. Инструмент плаћања цене сингапурског купца је неопозиви документарни акредитив (2), на суму од 275.000 долара, са правом корисника (препродавца) на наплату 60 дана.

Након 60 дана, (пре)продавац је реализацијом акредитива (2) на износ од 275.000, код конфирмативне банке у Невади, наплатио цену од свог купца.

Произвођач је након 90 дана наплатио акредитив на суму од 200.000, чиме је препродавац платио цену.

Препродавац из Неваде је, на име трговачке марже, остварио приход од 75. 000 долара. Након исплате свих пореских дажбина, остала му је добит у износу од око 44. 800 долара. Будући да је препродавац, за годину дана, реализовао четири сукцесивне испоруке чипова, остварио је годишњу добит од 179.200 долара.

9. 2. Мешовити модел уз примену више комбинованих врста контратрговинских уговора

Пример 2:

Продавац компјутерских микрочипова, примењујући концепт контратрговинске продаје, регистровао је другу компанију у оф шор зони на острву Белизе, са офисом на Барбадосу. Компанија је купила микрочипове у вредности од 200.000 долара од истог америчког произвођача, поменутим у примеру 1. Препродала их је истом сингапурском Купцу на основу уговора о бартеру, којим се купац обавезао да му у замену за микрочипове испоручи компјутере.

Продавац је са сенегалским купцем компјутера закључио уговор о бартеру, који се обавезао на испоруку квалитетног текстилног платна.

Купљено платно продаје купцу у Лондону, који своје обавезе за примљени текстил измирује шкотским вискијем од 75 година одлежалости.

У Јужноафричкој Републици је закључио уговор са брокером на берзи за трговину драгим камењем, о продаји вискија, у замену за испоруку необрађеног дијаманта.

На основу уговора о продаји, дијаманте је продао дилеру, велетрговцу из Торонта (Канада), који му је цену платио у кешу.

Велетрговац је их је даље продао купцима из малопродајне мреже у САД.

Из примера број 2 се може закључити да је продавац започео свој трговачки бизнис моделом Н-Р-Н (новац-роба-новац) описаним у примеру 1, почетним улагањем 200. 000 долара, које је сваким даљим уговором увећавао, на следећи начин:

У Сингапуру је компјутере, које је купио и платио америчком произвођачу слободним девизним средствима у висини од 200.000, препродао за 275.000 долара.

Након тога је, уз одлично познавање закона понуде и тражње на тржиштима широм света, прешао на контратрговинску шему користећи правну форму бартер аранжмана.

У Сенегалу је на основу бартер уговора увећао обртни капитал куповином текстилног платна, у вредности 352.000 долара.

У Великој Британији је постао власник шкотског вискија вредног 450.000 долара.

У Јужно-Афричкој Републици је виски трампио по основу уговора о бартеру за дијаманте од 576.000 долара.

Дијаманте је у Канади наплатио у новцу у износу од 738.000 долара.

Његов приход, до плаћања пореза, износи 243.000 долара. Будући да Канада има споразум о избегавању двоструког опорезивања са Барбадосом, он је платио само 8% пореза на доходак. На тај начин добит препродавца микрочипова, после измиривања обавеза износи приближно 224.000 долара. Описани низ контратрговинских трансакција на основу уговора о бартеру може бити реализован четири пута годишње, што омогућава годишњу добит препродавцу компјутерских микрочипова безмало милион долара.[29]

Компарација два наведена примера наводи на сумњу и потребу преиспитивања увреженог стереотипног веровања да су компензациони послови потиснути, често и одбачени реликт прошлости, који у условима економске и монетарне кризе, значи нужну инфузију за спас и опстанак сиромашних учесника трговачког промета, као и привредно неразвијених држава на чијим се територијама налазе њихова пословна седишта.

10. Закључак

Спроведена истраживања и њихова анализа изазивају оправдану сумњу у већинско уверење теорије и у званична саопштења ставова надлежних тела да су контратрговински послови превазиђени орјентални реликт древне прошлости. Извештаји Међународног монетарног фонда (MMF), Организације за економску сарадњу и развој (OECD), Светске трговинске организације (WTO) и других међународних организација, имају одвраћујућу поруку према примени компензационих правних трговачких форми, које припадају контратрговини.

Оправдано се може наслутити да се невидљиве комбинације коришћењем контратрговинских правних форми кроз интра трговинске односе, не само индивидуалног трговца, већ и ТНК, ипак, много чешће примењују у пракси у односу на привид који је широко уврежен. Визибилност њихове примене је слаба и прикривена испод контролног радара (који је и сам ниског капацитета) за праћење начина пословања ТНК од стране националних влада. [30]

[29] Видети: http://ru.scm.gsom.spbu.ru.

[30] Национални регулатор је у подређеном положају у односу на одлуке које о капиталним привредним и трговинским ресурсима доносе ТНК и други учесници

ТНК јефтиније долазе до стратешки важних производа за живот и опстанак свих сегмената неразвијених друштвених и државних заједница. Такво стање свакако погодује прерасподели имовинских вредности у корист богатије мањине, на штету сиромашне већине.

Моћне мултинационалне трговачке компаније вођене, пре свега, сопственим економским интересима и корпоративном моћи, несметано могу примењивати контратрговинске правне институте како у екстерним трговинским односима, тако и у систему интратрговинске размене робе за робу (Р-Р) међу чланицама. Те чланице су лоциране широм света и руководе се јединственим економским циљем, који примарно одређује правне форме и инструменте трговинске размене.

Залагање ММФ и других званичних институција за изостављање примене контратрговинских правних форми разменом робе за робу, имплицира апсолутну фаворизацију мултилатерализма, односно слободног девизног плаћања разменом робе и услуга за новац.

Контратрговина, зависно од околности, може омогућити већу ефикасност, профитабилност посла, као и оптимизацију новца и новчаних вредности (cash flow). Таква оптимизација повољно утиче на смањење нивоа финансијских ризика.

Контратрговински послови су значајан индикатор економских потреса. Стога сматрамо да се од правне доктрине очекује да свестраније истражи и преиспита традиционалне строге закључке о (не)примени контратрговинских послова у међународним трговачким пословима.

Литература

– J.C. Nobles Jr. And J. Land, The UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions: The F ansactions: The Foundation for a New Er oundation for a New Era in Counter a in Countertrade, https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1699&context=til, сајт посећен 15.07.2024.
– T. Milenković - Kerković, Međunarodni kontratrgovinski sporazumi i njihova obligaciono-pravna struktura-mač sa dve oštrice ili budućnost

МТО под њиховим утицајем. О томе: John G. Ruggie, „Trade Protectionism and the Future of Welfare Capitalism“, *Jorunal of International Affairs,* Vol. 48, No. 1 (1994), стр. 1-11.

savremene trgovine? Marketing, Quaterly Marketing Journal, Vol. 42, Issue 3, Beograd, 2011, str. 150-161.

– G. Steven The Complete Musician , Oxford University Press, Inc. 2 izd, 2008, New York, str. 96. ISBN 978-0-19-530108-3, https://sr.wikipedia.org/sr-ec/Kontrapunkt
– UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions, UNITED NATIONS New York, 1993, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/countertrade-e.pdf, сајт посећен 17.07.2024.
– Т. Миленковић-Керковић, Правни аспекти и правна природа међународних контратрговинских послова, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2003.
– D. Marković-Bajalović, Pravna forma međunarodnih kompenzacionih poslova (Countertrade), „Novi ugovori od značaja za privredni razvoj“, Institut za uporedno pravo i Privredna komora Jugoslavije, Zbornik radova sa Savetovanja održanog 16. i 17. III 1995, Beograd 1995.
– С. Вујовић, Стране директне инвестиције као фактор јачања конкурентности привреде и предузећа, докторска дисертација, К. Митровица, 2012.
– Т. Миленковић-Керковић, Међународни контратрговински послови и право конкуренције Европске уније, Економске теме, бр. 4, Ниш, 2003.
– М. Тешић, Спољнотрговинско пословање, „Савремена администрација“, Београд, 1984.
– А. Љ. Ћирић, Међународно трговинско право, Општи део, Ниш, 2012.
– А. Ћирић, Клиринг као облик компензације између држава, Зборник радова, „Нови уговори од значаја за привредни развој“, Институт за упоредно право, Београд и Привредна комора Југославије, Београд, 1995. стр. 283-295.
– Claire, Cutler, „Public Meets Private: The International Unification and Harmonisation of Private International Trade Law“, Global Society, Vo. 13, No. 1, 1999.
– Поповић, Р. Вукадиновић, Међународно пословно право, Бања Лука, Крагујевац, 2005.
– J. H. Dunning, Multinational Enterprises and the Global Economy, Addison-Wesley Publishing Company Inc, Wokingham, England, 1993.

- R. Caves, Multinational Enterprise and Economic Analysis, 2nd edn, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, u: Johnson, Debra and Colin Turner, International Business: Themes and Issues in the Modern Global Economy, Routledge, London, 2003.
- С. Стојадиновић-Јовановић, Међународна трговина и транснационалне компаније – супституте или допуна, Међународни проблеми, бр. 1/ 2008.
- И. Љутић, Правна контрола транснационалних компанија, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2013.
- Transfer pricing Guidelines for Multinational enterprises and Tax Administration, 2022.
- OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022 https://www.google.com/search?q=Transfer+pricing+Guidelines+for+Multinational+enterprises+and+Tax+Administration&oq=Transfer+pricing+Guidelines+for+Multinational+enterprises+and+Tax+Administration&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCDM4NDFqMGo3qAIIsAIB&sourceid=chrome&ie=UTF-8
- А. Љ. Ћирић, Трговинско право, Посебни део, Ниш, 2018.
- З. Лончар-Ћетковић, Уговор о лон послу, Београд, 1985.
- John G. Ruggie, „Trade Protectionism and the Future of Welfare Capitalism“, Jorunal of International Affairs, Vol. 48, No. 1 (1994), стр. 1-11.

Prof. Aleksandar Ciric, Ph.D.[31]

COUNTERTRADE

***Abstract**: The search for the application of more profitable new models and/or new ways of using already known models of trade exchange in the circulation of goods, services, money and monetary values can be assessed, the author of this paper points out, as a justified interest, to which legal science owes its more grounded views compared to now existing ones.*

Our attention and research curiosity is stimulated by the challenge to reexamine stereotypes about overcoming the need and expediency of using countertrade deals in international trade practice.

In the function of answering the question, this paper is subject includes several of the following parts: Occurrence and name of countertrade transactions; Notes on imperative legal frameworks of countertrade deals; Concept and essential elements of countertrade deals; Compensation variety of the contract for the sale of goods; Countertrade transactions as a method of payment in international trade; Note on imperative legal frameworks of countertrade deals;

Types of countertrade deals (Buy-back contracts); Counter purchase agreements; Offset contracts; Barter agreements; Lohn contracts (German: Lohn); Switch and swap agreements); The advantages of applying the mixed model of the international sale of goods contract with the international countertrade agreement model, on two related hypothetical examples.

The above subject units of the work and the given analysis are only an introduction to further broader research on the real, both negative and positive effects of countertrade.

***Key words**: Countertrade; International compensation business; Types of counter trade deals; Types of payment: Compensation, Clearing, Currency payment; Money; Transnational companies; Mercatocracy.*

[31] Full professor of the university, retired, мail: aleksandar.lj.ciric@gmail.com

UDK 347.74:341.241.8(497.11)
doi 10.7251/PR6924665D
Originalni naučni članak

KONCEPT I PRAVNA PRIRODA JAVNOG UGOVORA U INVESTICIONOM PRAVU SRBIJE

Prof. dr Drago Lj. Divljak[1]

***Sažetak**: Predmet analize u radu su koncept, odnosna bitna obeležja i pravna priroda javnih ugovora u pravu Srbije. Polazna tačka su nam njihova bitna obeležja koja tvore normativni koncept u pravu Srbije. U tom procesu će se i utvrditi korelacija sa srodnim institutima u uporednom pravu, naročito sa pravom Evropske unije. Istovremeno, u cilju donošenja odgovarajućih zaključaka o pravnoj prirodi ovih ugovora razmatraju se i sva druga relevantna zakonska pravila o ovim ugovorima počevši od načela ovih ugovora, pri čemu se utvrđuje i njihovo stvarno značenje i efektivnost. Isto tako, posebna pažnja se posvećuje pravilima o izvršenju datih ugovora koji su od naročitog značaja u kontekstu pravne prirode javnih ugovora.*

***Ključne reči:** javni ugovor, pravna priroda, pravo Srbije, javno-privatno partnerstvo, koncesije, pravo EU, upravni ugovor.*

[1] Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Trg Dositeja Obradovića br. 1, 21000 Novi Sad; email: D.Divljak@pf.uns.ac.rs

1. Uvod

Ugovorni odnosi između države i drugih javnopravnih subjekata sa drugim licima, posebno privrednim subjektima,[2] su predmet kontinuiranih pravnih analiza zbog svoje kompleksnosti i niza otvorenih pitanja koja se iznova postavljaju. Posebno se razmatra njihova pravna priroda koja ima jasne praktične implikacije. Potreba za analizom date oblasti se često obnavlja, posebno u situaciji stalnih promena u pravnom sistemu, gde se već klasične dileme i sporovi odslikavaju u novom kontekstu. Napred navedeno važi i za javne ugovore u pravu Srbije, gde se pravnoj prirodi ovih ugovora ne posvećuje dovoljo pažnje,[3] a gde je potreba za njihovim razmatranjem dodatno aktuelizovana donošenjem novih pravila o javnim nabavkama i decidnom ugradnjom upravnih ugovora u navedeni pravni sistem.

Stoga smatramo opravdanim da u radu koji sledi razmotrimo koncept, odnosno bitna obeležja i pravnu prirodu javnih ugovora u pravu Srbije. Cilj je da se potpunije shvati suština i značaj ovog instituta i preciznije unapredi njegov pravni okvir u budućnosti. Polazna tačka su nam njihova bitna obeležja koja tvore normativni koncept u pravu Srbije. U tom procesu će se i utvrditi korelacija sa srodnim institutima u uporednom pravu, naročito sa pravom Evropske unije. Istovremeno, u cilju donošenja odgovarajućih zaključaka o pravnoj prirodi ovih ugovora razmatraju se i sva druga relevantna zakonska pravila o ovim ugovorima počevši od načela ovih ugovora, pri čemu se utvrđuje i njihovo stvarno značenje i efektivnost. Isto tako, posebna pažnja se posvećuje pravilima o izvršenju datih ugovora koji su naročitog značaja u kontekstu pravne prirode javnih ugovora.

---

[2] Šire o ovoj interkaciji: Gumenyuk, Elena V., et al. "Concession Agreements As A Model Of Interaction Between The State And Business." *European Proceedings of Social and Behavioural Sciences,* 2022

[3] To nije slučaj u uporednom pravu. Upor: Šikić, Marko, and Staničić, Frane. "Pravna narav ugovora o koncesiji." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 48.2, 2011, 419-441; Đerđa, Dario., Pravna priroda odluke o koncesiji. *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, *6*(1), 2006, 63-91; Turudić, Marko, "Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku". *Sveske za javno pravo*, *9*(34), 2018, 10-19.

2. Koncept javnih ugovora u pravu Srbije

2.1. Bitna obležja javnog ugovora

Javni ugovor je kao pravni insitut novum u investicionom pravu Srbije, kako u pogledu terminolgije, tako i u pogledu sadržine. On je u ovaj pravni sistem uveden Zakonom o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama[4] (u daljem tekstu Zakon o JPP i koncesijama), koji se javlja kao lex specialis za ovu oblast. Međutim, postoje i drugi zakoni koji u određenoj meri takođe uređuju ovu oblast. Tu se pre svega radi o Zakonu o obligacionim odnosima i o Zakonu o javnim nabavkama,[5] kao i posebnim zakonima kojima se uređuju pojedine oblasti,[6] kao što je Zakon o komunalnim delatnostima.[7]

Javni ugovor je jedna od ključnih kategorija Zakona o JPP i koncesijama. U ovom zakonu, on se definiše kao ugovor o javno-privatnom partnerstvu sa ili bez elemenata koncesije, zaključen u pisanom obliku između javnog i privatnog partnera. Njime se, u cilju realizacije projekta javno-privatnog partnerstva (u daljem tekstu JPP), uređuju međusobna prava i obaveze ugovornih strana.[8] Ovakva definicija u prvi plan stavlja tri obeležja javnog ugovora, a ona se tiču predmeta, ugovornih strana i cilja ugovora. Oni suštinski određuju i specifikuju normativni koncept javnih ugovora u pravu Srbije.

2.1.1. Predmet ugovora

Najvažnije specifično obleležje svakog ugovora, pa samim tim i javnog ugovora je njihov predmet. U tom pogledu u pravu Srbije korišćen je vrlo specifičan normativni pristup, jer je on predviđen kao ugovorni instrument za JPP, ali i za koncesije, koje se vide samo kao podoblik, JPP, pri čemu se one onda terminološki označavaju kao JPP sa elementima koncesije. U skladu sa navedenim, ugovor o javno-privatnom partnerstvu i ugovor koncesijama[9] se u tom kontekstu pojavljuju kao osnovni oblici njegovog ispoljavanja. S jedne strane, ugovor o JPP za predmet ima ugovorne odnose u vezi realizacije projekata javno-privatnog partnerstva, odnosno obezbeđivanja finansiranja,

[4] "Sl. glasnik RS", br. 88/2011, 15/2016 i 104/2016.
[5] "Sl. glasnik RS", br. 91/2019 i 92/2023.
[6] Čl. 11. st. 1. Zakona o JPP i koncesijama.
[7] "Sl. glasnik RS", br. 88/2011, 104/2016 i 95/2018.
[8] Čl. 4. St. 1. t. 3. Zakona o JPP i koncesijama.
[9] Upor: čl. 7. st. 3. i čl. 20. st. 2. Zakona o JPP i koncesijama,

izgradnje, rekonstrukcije, upravljanja ili održavanja infrastrukturnih i drugih objekata od javnog značaja i pružanja usluga od javnog značaja.[10] S druge strane, ugovorom o koncesijama se uređuju odnosi ugovornih strana u vezi komercijalnog korišćenja prirodnog bogatstva, dobara u opštoj upotrebi koja su u javnoj svojini, odnosno dobara u svojini javnog tela ili obavljanja delatnosti od opšteg interesa, koje javni partner ustupa privatnom partneru, na određeno vreme, pod posebno propisanim uslovima, uz plaćanje koncesione naknade od strane privatnog, odnosno javnog partnera, pri čemu privatni partner snosi rizik vezan za komercijalno korišćenje predmeta koncesije.[11]

Između ova dva osnovna oblika ispoljavanja javnih ugovora postoji više elemenata razlikovanja. Na prvi pogled je razumljivo da oni postoje u pogledu već iznetog predmeta ugovora. Isto tako, logično je da se iskazuju i u pogledu subjekata koji se mogu javiti kao javni partneri ili koncedenti.[12] Razlike postoje i u rokovima na koji se zaključuju javni ugovori,[13] ali i u pogledu primene postupaka koji se primenjuju kod odabira privatnog partnera.[14]

Isto tako, JPP može biti u dva oblika, ugovorni i institucionalni JPP. Međutim, veći pravni značaj ima podela koncesija na posebne oblike u koje se ubrajaju koncesija za javne radove i koncesija za javne usluge.[15] U takvom okviru, koncesija za javne radove se definiše kao ugovorni odnos istovetan ugovoru o javnoj nabavci kojim se vrši nabavka radova u skladu sa zakonom kojim se uređuju javne nabavke, osim činjenice da se naknada za javne radove sastoji ili od samog prava na komercijalno korišćenje izvedenih radova ili od tog prava zajedno sa plaćanjem. S druge strane, koncesija za javne usluge se određuje kao ugovorni odnos istovetan ugovoru o javnoj nabavci usluga u skladu sa zakonom kojim se uređuju javne nabavke ukoliko se naknada za pružene usluge sastoji ili od samog prava na komercijalno korišćenje, odnosno pružanje usluga ili od tog prava zajedno sa plaćanjem. Navedena klasifikacija dalje implicira diferenciran pravni režim za odabir privatnog partnera.[16]

---

[10] Čl. 7. st. 1. Zakona o JPP i koncesijama.

[11] Čl. 10. st 1. Zakona o JPP i koncesijama.

[12] Upor: čl. 13. Zakona o JPP i koncesijama.

[13] Član 18. Zakona o JPP i koncesijama.

[14] Čl. 20. st 1. Zakona o JPP i koncesijama. Ukoliko se radi o koncesiji, primenjuje se postupak davanja koncesije određen Zakonom o JPP i koncesijamaa s druge strane, ako se radi o standardnom JPP, primenjuje se postupak javne nabavke određen zakonom kojim se uređuju javne nabavke.

[15] Čl. 1. st. 2., 3., i 4. Zakona o JPP i koncesijama.

[16] Čl. 20. st. 3. i čl. 40. st. 6. Zakona o JPP i koncesijama.

Opravdanost ovakavog pristupa, u kom se pod generični pojam javnog ugovora podvode ugovorni oblici sa značajanim razlikama se svakako može dovesti u pitanje i biti predmet osporavanja. On ne dovodi samo do derogiranja jedinstvenog sadržinskog koncepta javnog ugovora u pravu Srbije, već otežava i korišćenje i razumevanje zakonskih pravila a to svakako nije poželjno u ovoj osetljivoj oblasti. Posebno je to problematično ako se uzme u obzir da sve to prati i korišćenje relativno složene terminologije.

2.1.2. Ugovorne strane

Koncept javnih ugovora u bitnom je opredeljen činjenicom o tome ko se javlja u ulozi ugovornih strana. Oni se u ovom ugovoru imenuju kao javni i privatni partner. U tom okviru, kao privatni partner se može javiti fizičko ili pravno lice, domaće ili strano, sa domaćim ili stranim učešćem ili bez njega, ili pak konzorcijum jednog ili više takvih fizičkih ili pravnih lica koja su odabrana u postupku javne nabavke ili postupku davanja koncesije i koji sa javnim partnerom zaključuje javni ugovor odnosno društvo za posebne namene koje osniva privatni partner kada sa javnim partnerom zaključuje javni ugovor, ili sa javnim partnerom osniva zajedničko privredno društvo.[17]

Međutim, ono što suštinski specifikuje ovaj ugovor jeste činjenica da jedna od ugovornih strana u ulozi javnog partnera neizostavno mora biti javno-pravni subjekt. U pravu Srbije, javni partner se određuje kao jedno ili više javnih tela, odnosno pravno lice koje je, u skladu sa ovim zakonom nadležno za davanje koncesije, odnosno realizaciju projekata javno-privatnog partnerstva a koje sa privatnim partnerom zaključuje javni ugovor, ili jedno ili više javnih tela koje je sa privatnim partnerom povezano članstvom u zajedničkom privrednom društvu.[18] U ulozi javnog tela mogu se javiti: državni organ, organizacija, ustanova i drugi direktni ili indirektni korisnik budžetskih sredstava u smislu zakona kojim se uređuje budžetski sistem i budžet, kao i organizacija za obavezno socijalno osiguranje; javno preduzeće; pravno lice koje obavlja i delatnost od opšteg interesa, ukoliko je ispunjen neki od zakonskih uslova i pravno lice osnovano od javnog tela, a koje obavlja i delatnost od opšteg interesa, pod određenim uslovima. Na osnovu ovakvog određenja javnih tela, vidljivo je da su oni prevashodno opredeljeni kriterijumima vezanim za odnose prema primanju budžetskih sredstava i obavljanju delatnosti od opšteg interesa.

[17] Čl. 4. st. 2. t. 10. Zakona o JPP i koncesijama.
[18] Čl. 4. st. 2. t. 9. Zakona o JPP i koncesijama.

2.1.3. Cilj ugovora

Bitno obeležje javnih ugovora je i njihov cilj. Formalno gledano taj cilj se neposredno vezuje za realizaciju projekata javno-privatnog partnerstva. Međutim, sam naziv i predmet datih projekata, učešće javno-pravnih lica u njima, ukazuje na to da je suštinski cilj ovih ugovora u stvari zadovoljenje i ostvarivanje javnih interesa, a ne posebnih interesa ugovornih strana.

Značaj javnih interesa u ovoj oblasti je i formalno potvrđen, utvrđivanjem načela zaštite javnog interesa kao bitnog načela JPP i koncesija. U takvoj situaciji, podizanje zaštite javnih interesa na nivo izričito utvrđenog načela u relevantnom zakonodavstvu je potpuno logično.[19] Ono obuhvata obavezu javnog tela da pri ostvarenju prava privatnih lica vodi računa da ostvarenje tih prava nije u suprotnosti sa zakonom definisanim javnim interesom. To znači da su prava privatnih partnera uvek ograničena javnim interesima,[20] ali pri tom ne znači da moraju postupati iure imperii.[21]

Sadržina pojma javnog interesa je kompleksno pitanje. Ona mora biti u korelaciji sa fakticitetom svakog pojedinačnog slučaja. Problem može biti i potrebni nivo njihove zaštite, pri čemu je svakako minimum da javni interes ne bude povređen. Međutim, u svemu tome potrebno je pronaći pravu meru. U tom pogledu je korisna primena drugih načela JPP i koncesija, kao što je načelo proporcionalnosti. Njime je definisana pozicija državnih organa u datom kontekstu. Naime, ovo načelo podrazumeva da svaka mera koja je preduzeta od strane državnog organa, odnosno drugog lica, mora biti minimalno potrebna tj. u srazmeri sa javnim interesom koji se takvom merom nastoji zaštititi.[22] Na ovaj način se posredno i na opšti način utvrđuju granice javnog interesa i pokušava izbeći apsolutna hipertrofija dominacije javnog interesa u meri koja be bila i kontraproduktivna.

Međutim, efektivna zaštita javnih interesa u dobroj meri može zavisiti i od javnog partnera u fazi kreiranja javnog ugovora. On može u skladu sa načelom autonomije volja, ugovornim klauzulama podići stepen zaštite javnih interesa na viši nivo. To značajno može zavisiti od njegovog pristupa i pripremljenosti.

---

[19] Divljak Drago. "Zaštita javnih interesa i javno-privatno partnerstvo". *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 51(4), 2017, 1367

[20] Ibid;

[21] Aviani, Damir. Pravna zaštita u postupku dodjele javnih ugovora-harmonizacija hrvatskog prava s Acquis communautaire. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, *45*(1), 2008, 192.

[22] Čl. 6. Zakona o JPP i koncesijama.

2.2. Korelacija sa uporednim pravom

Oblast JPP i koncesija je predmet sve šire zakonske regulacije u svetu.[23] Koncesije su većini zemalja predmet posebnih zakona u uporednom pravu,[24] koji se sve više I osavremenjuju.[25] Taj nivo normativne pokrivenosti nije isti za JPP, što je i razumljivo. U nedostatku posebnih zakona o JPP za njih se koriste zakoni o javnim nabavkama ili koncesijama.

Ovakav regulatorni pristup kojim se najčešće separatno regulišu ugovori o JPP i koncesijama, ukazuje na to da napred predstavljeni koncept javnih ugovora u srpskom pravu sa datom terminologijom, nije uporediv i skoro da nema pandan u uporednom pravu. Pri takvom pristupu najčešće i ne postoji potreba da se koriste generični termini pa ni termin javni ugovor. Takva situacija je demonstrirana i u pravu zemalja na jugoistoku Evrope.[26]

S druge strane, i kad se koristi isti termin, on funkcionalno ne pokriva istu sadržinu kao javni ugovor u pravu Srbije. To važi i za pravo EU, koje takođe poznaje institut javnih ugovora ali sa drugačijom sadržinom.

Pravo EU se odlikuje složenom i nedorečenom pravnom arhitekturom u datoj oblasti.

Naime, dugo vremena u pravu EU su postojale poteškoće koje se odnose na tumačenje koncepata javnog ugovora i koncesija a koje su prouzrokovale stanje pravne nesigurnosti među zainteresovanim stranama.[27] To je zahtevalo pojačani angažman Suda Evropske unije. U pokušaju da poboljšaju

---

[23] https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws#central&europe. pristupljeno jun 2024.

[24] Upor: Van Garsee, Steven. "Public-private partnerships, concessions and public procurement law." *3rd International Public Procurement Conference Proceedings*. 2008, 224, 225 i 232.

Đerđa D. Pravno uređenje koncesija u pravu Europske unije. *Hrvatska pravna revija*, *15*(3), 2015, 45-53, 94-97, većini zakona sistemske koncesije su posebno regulisane.

[25] Upor: Vassallo, Jose Manuel. Short-Term Infrastructure Concessions: Conceptual Approach and Recent Applications in Spain. *Public Works Management and Policy, Vol. 8, No. 4*, April 2004

[26] Varhomoki-Molnar, Marta Katalin. The Hungarian Model of Concession and the Law of the EU. *Jogi Tanulmanyok*, 2014; Štemberger, Katja. "Public and Private Law Aspects of Breach of the Concession Contract in Slovenian Law." *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 23.2, 2023

[27] Šire: Krajewski, Markus. "Public services in EU trade and investment agreements." *Conference 'Beyond the Single Market–External and international dimensions of services of general interest in EU law*, 2013

stanje u pogledu pravne regulacije usvojen je paket modernizacijskih akata EU u pogledu javnih nabavki i koncesija.

U tom okviru, prvo treba navesti Direktivu 2014/24/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 26. februara 2014. o koordinaciji postupaka za dodelu ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavci robe i ugovora o javnim uslugama i stavljanju van snage Direktive 2004/18/EZ,[28] koja u cilju kreiranja preciznije regulacije u datoj oblasti, između ostalog definiše i javni ugovor. On se određuje kao ugovor kojim se ostvaruje finansijski interes, koji je zaključen u pisanom obliku između jednog ili više privrednih subjekata i jednog ili više javnih naručilaca, a čiji je predmet izvođenje radova, nabavka robe ili pružanje usluga.[29] U skladu sa datim određenjem, navedena obeležja moraju biti kumulativno prisutna da bi dati ugovor dobio karakter javnog ugovora.[30]

Logično je stoga da se istovremeno, u pravu EU paralelno i dalje odvojeno koriste pojmovi ugovora o koncesiji i ugovora o javno-privatnom partnerstvu, s tim što su oni primarno predmet regulisanja zemalja članica. Međutim, Direktiva 2014/23/EU Evropskog parlamenta i Saveta o dodeli ugovora o koncesiji[31] po prvi put i pojmovno određuje ugovor o koncesiji. U skladu sa užim konceptom i predmetom koncesija u pravu EU,[32] oni se definišu[33] kao ugovori kojima se ostvaruje novčani interes posredstvom kojih jedan javni naručilac ili više njih poverava jednom ili više privrednih subjekata izvođenje radova ili omogućavanje usluga i upravljanje njima. U preambuli date direktive se navodi da je cilj takvih ugovora nabavka radova ili usluga

[28] Directive 2004/18/EC of the Europian Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, Official Journal L 134, 30/04/2004 P. 0001 – 0127.

[29] Čl. 2. st. 1. t. 5. Direktive 2014/24/EU.

[30] Stanković, Danijel, "Pojam “ugovor o javnoj nabavi” u pravu europske unije s posebnim osvrtom na povezane iznimke od primjene zakonodavstva o javnoj nabavi." *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* 68.1, 2018, 124.

[31] Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts Text with EEA relevance*OJ L 94, 28.3.2014*

[32] O različitim sistemima koncesija: Đerđa D., Upravnopravni aspekti koncesija, Split, 2005, 62.-70.

[33] O naporima na međunarodnom planu u pogledu definisanju koncesija: Uncitral. Legislative Guide in Privately Financed Infrastructure Projects, United Nations, New York, 2001, 222p; Uncitral. Model Legislative Provisions on Privately Financed Projects, United Nations, New York, model Provision, 2004, 31p.

koncesijom a čija se naknada sastoji od prava na iskorišćavanje radova ili usluga ili tog prava zajedno s plaćanjem. Takvi ugovori mogu uključivati, ali ne uključuju nužno, prenos vlasništva na javne naručioce. Javni naručioci uvek ostvaruju korist od datih radova ili usluga. U ovom konceptu, pojmovno određenje koncesije se prevashodno zasniva na operativnom riziku. Naime, osnovno obeležje koncesije, pravo na iskorišćavanje radova ili usluga, uvijek podrazumeva prenos operativnog rizika na koncesionara, što isključuje i mogućnost da se ulaganja možda neće povratiti, kao ni troškovi nastali u datom izvođenju radova ili pružanju usluga u normalnim radnim uslovima, čak i ako deo rizika snosi javni naručilac.[34]

Dok su javni ugovori i ugovori o koncesijama regulisani navedenim direktivama, sa sličnim pravnim rešenjima, na nivou Unije ne postoje specijalna pravna pravila koja bi isključivo pokrivala oblast ugovora o JPP.[35] Zbog ove nedefinisanosti JPP u komunitarnom pravu, primena postojećeg zakonodavnog okvira EU na JPP stvara niz nedorečenosti.[36] U takvoj situacije, na ovu vrstu ugovora se primenjuje opšta ili sektorska direktiva o javnim uslugama, odnosno direktiva o koncesijama, zavisno od elemenata koja su glavni predmet ili su pretežno obeležje datog ugovora.[37]

Iako možemo govoriti o postojanjau nezaokružene pravne arhitekture, gde se posebno problematizuje razlikovanja javnih ugovora i koncesija[38] i njihov konkurentaki odnos,[39] ipak možemo zaključiti da se koncept prava EU u sadržinskom ili predmetnom smislu ne poklapa sa konceptom javnih ugovora u pravu Srbije. Generalno, striktno normativno gledano, termin javni ugovor koristi se u specifičnom smislu kao ugovor o javnim nabavkama. Međutim, u litetaraturi se ponekad ovaj pojam šire tumači i pod njega se podvodi ne samo

[34] Čl. 19. Preambule Direktive 2014/23/EU.

[35] Šire o pristupu EU: Bovis, Christopher. "The notion of public concession as a component of Public Private Partnerships." *Eur. Pub. Private Partnership L. Rev.* 2, 2007

[36] Vasiljev, Vladimir, "Javno-privatna partnerstva uvod", Zrenjanin, 2019, 77, 79

[37] Uporedi: Club Hotel Loutraki i dr. (C145/08 i C149/08, EU:C:2010:247, t. 48 i 49) Mehiläinen i Terveystalo Healthcare (C-215/09, EU:C:2010:807, t. 36).

[38] Vornicu, Roxana. "The rules on performance of the concession contract under the 2014 Concession Directive and the triangle of rights: a brief dialectic". *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, *11*, 2016, 160-161.

[39] U velikom broju slučajeva, privatni partenri se prevashodno zainteresovani da se posao obavi kao koncesija, da bi se izbegla pravila o pravnoj zaštiti u dodeli javnih ugovora; Kranjc, Vesna. "Pravni vidiki koncesij v povezavi z novo EU-ureditvijo in prakso Sodišča." *Pravosodni bilten (PB)* 35.4, 2014, 93.

ugovor o javnoj nabavci, već i ugovor o koncesijama,[40] pa i ugovor o JPP,[41] ili se najmanju ruku ukazuje na njihovu blisku poveznaost,[42] koja je vidljiva u praksi.[43] Ako se tako posmatra, on bi se dodatno približio konceptu javnih ugovora u srpskom pravu, Ipak, i tako utvrđeni koncept prava EU je u odnosu u srpspko pravo, širi jer obuhvata i ugovor o javnim nabavkama, što u srpskom pravu nije slučaj.

3. Priroda javnih ugovora

Pravna priroda ugovora nije statična kategorija već ona nužno odslikava svaku promenu u relevantnom pravnom okviru. Tako posmatrano formalno uvođenje upravnih ugovora u pravni sistem Srbije, potencijalno može biti važna činjenica koja zahteva propitivanje pravne prirode ovih ugovora u novom svetlu.

U pravu Srbije, određivanje pravne prirode javnih ugovora je otežano specifičnim okolnostima. Najpre, data oblast je pokrivena pravilima više zakona iz različitih oblasti a koji nisu međusobno jasno koherentni. Drugo, njegov koncept je skoro unikatan, jer skoro da nema pandana sa istom ili sličnom sadržinom i poljem primene u uporednom pravu. Treće, oni u sebi obuhvataju dva pojavna oblika i više podoblika koji nisu istovetni, što potencijalno zahteva diferenciran pristup problemu.

U opredeljivanju prirode javnih ugovora nužno je poći od celine pravne regulacije ovih ugovora. To svakako uključuje njihov napred prezentovani normativni koncept, ali je nužno razmotriti i načela ugovora i njihovo stvarno značenje i efekte, ali i pojedinačne norme koje u bitnom mogu opredeliti odgovor na dato pitanje. Takva analiza relevantnih zakonskih pravila u srpskom pravu je predmet rada koji sledi.

[40] Upor: Vornicu R., 162

[41] Đuričić V. Jovana, „Javni ugovori kod koncesija s posebnim osvrtom na koncesije za pružanje usluga“, *Uslužni poslovi, Kragujevac*, 2013, 799-811; Kranjc V., 81-82

[42] Van Garsee S. Public-private partnerships, concessions and public procurement law. In *3rd International Public Procurement Conference Proceedings*, 2008 August, 223

[43] Naime, isti projekt može se različito oblikovati kao ugovor o javnoj nabavci radova, kao koncesija ili kao javno-privatno partnerstvo. Stanković D., 146.

4. Relevantna zakonska pravila

Analiza relevantog zakonodavstva Srbije u kontekstu pravne prirode javnih ugovora, svakako mora poći od jasne zakonske odredbe da se na pitanja koja se odnose na javne ugovore, a koja nisu posebno uređena Zakonom o JPP i koncesijama, primenjuju odredbe zakona kojima se uređuju obligacioni odnosi.[44] Ovakva formulacija načelno određuje mesto javnih ugovora u sistemu prava i sugeriše odnos zakonodavca prema prirodi ugovora. Takav koncept podupiru i neka osnovna načela javnih ugovora formalno utvrđena u Zakonu o JPP i koncesijama, kao što su autonomija volje[45] i ravnopravnost ugovornih strana a koje možemo okarakterisati kao bazična načela ugovora privatnog prava.[46] Sa aspekta međusobnog odnosa ugovornih strana i pravne prirode javnih ugovora naročito je važna primena načela ravnopravnosti ugovornih strana. To podrazumeva da se uzajamni odnosi subjekata u javnom ugovoru zasnivaju na njihovoj jednakosti i ravnopravnosti njihovih volja.

S druge strane, navedenim zakonom su utvrđena i druga načela koja nisu karakteristična za ugovore privatnog prava i koja u bitnome podrivaju nominalno utvrđenu poziciju ravnopravne ugovorne strane za privatnog partnera. Tu pre svega mislimo na načelo zaštite javnog interesa. Njegovom ekstenzivnom primenom formalni balans u pozicijama ugovornih strana se može značajno poremetiti.

U pogledu relevantnosti pravne regulative za pravnu prirodu javnih ugovora, od posebnog značaja su pravila o izvršenju ovih ugovora. To je oblast koja bitno odslikava poziciju ugovornih strana i koja je istovremeno suštinski najosetljivija za privatnog partnera. U kontekstu predmeta naše analize, posebno su značajne zakonske odredbe o izmeni i raskidu, odnosno prestanku ovih ugovora kao i o pravu nadzora.

Oblast izmena i raskida odnosno prestanka javnih ugovora je referentna za analizu u ovom kontekstu, a naročito je specifična za koncesije.[47] Izmene javnih ugovora su regulisane u čl. 50. Zakona o JPP i koncesijama. U njemu je utvđeno da se javni ugovor može izmeniti na zahtev javnog, odnosno privatnog

[44] Čl. 8. st. 3. Zakona o JPP i koncesijama.

[45] Načelo autonomije volje obuhvata slobodu ugovornih strana da u skladu sa ovim zakonom, zakonom kojim se uređuju obligacioni odnosi i drugim propisima i dobrim poslovnim običajima, međusobna prava i obaveze urede po svojoj volji.

[46] Čl. 6. st. 9 i 10. Zakona o JPP i koncesijama.

[47] Značajan broj ugovora o koncesiji ili se raskida ili menja tokom trjanja: Nicholas, Miranda. "Concession agreements: from private contract to public policy." *Yale LJ* 117, 2007, 512-513

partnera ili banke, odnosno druge finansijske institucije. Ovde treba naglasiti, kao posebno značajno, da one ne mogu da obuhvate odredbe koje se odnose na predmet ugovora i rok na koji je ugovor zaključen, a kod javnih ugovora o koncesiji na ponuđenu koncesionu naknadu. Iz ovakvog normativnog pristupa je jasno da je opseg izmena ovih ugovora limitiran isključivanjem pojedinih pitanja, čime je ograničena dispozicija ugovornih strana po ovom pitanju. Na taj način se odstupa od načelne mogućnosti ugovornih strana da slobodno pristupe izmenama ugovora a što je karakteristično za ugovore privatnog prava.

U oblasti prestanka javnog ugovora, Zakon o JPP i koncesijama nabraja više osnova za prestanak ugovora.[48] U kontekstu predmeta naše analize, relevantni su jednostrani raskid javnog ugovora po osnovu propusta javnog partnera i raskid po osnovu propusta privatnog partnera, i posebno raskid javnog ugovora zbog javnog interesa. Ukoliko analiziramo široke osnove raskida ugovora zasnovane na propustu privatnog partenra,[49] vidljivo je da su one zasnovane na standardnom kršenju ugovornih obaveza ili kršenju pravila postupka odabira privatnog partnera. Načelno bi se se istovetno mogao oceniti režim raskida ugovora zbog propusta javnog partnera.[50]

Međutim, posebnu pažnju zaslužuje direktna zakonska mogućnost da do prestanka ugovora može doći i zbog javnih interesa.[51] Ova praksa je prisutna u drugim uporednim pravima. Ona otvara mogućnost da se zbog javnih interesa naruši načelna ravnopravna pozicija ugovornih strana. Ta mogućnost nije mala, što proizilazi iz precizirajuće zakonske odredbe koja omogućava javnom partneru da može privatnom partneru oduzeti prava ustanovljena javnim ugovorom ako privatni partner ne izvršava ugovorom preuzete obaveze koje se odnose javnu bezbednost. Isto se dešava i u slučaju da se obavljanjem koncesione delatnosti ugrožava životna sredina i zdravlje ljudi, a mere predviđene posebnim propisima nisu dovoljne da se to spreči, na način i pod uslovima utvrđenim javnim ugovorom.[52]

U pogledu prirode javnih ugovora indiktivna su i posebna prava koja se daju isključivo javnom partneru, poput prava nadzora. Naime, u skladu sa Zakonom o JPP i koncesijama, javni partner dužan je da kontinuirano prati rad privatnog partnera i izvršavanje njegovih obaveza iz javnog ugovora, kao

[48] Čl. 53. st. 1. i 2. Zakona o JPP i koncesijama.
[49] Čl. 54. Zakona o JPP i koncesijama.
[50] Čl. 55. Zakona o JPP i koncesijama
[51] Čl. 53. St. 1. t. 3. Zakona o JPP i koncesijama.
[52] Čl. 56 st. 3. Zakona o JPP i koncesijama.

i izvršavanje svih plaćanja u skladu sa javnim ugovorom. Isto tako dužan je da blagovremeno i u pisanom obliku obaveštava ministarstvo nadležno za poslove finansija, odnosno organ autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave koje su nadležne za poslove finansija o svim uočenim nepravilnostima i preduzetim merama, a najkasnije u roku od 30 dana od dana uočene nepravilnosti, odnosno preduzete mere.[53]

5. Zaključna razmatranja

Na osnovu iznetog koncepta javnih ugovora u pravu Srbije, kao i prethodne analize relevantnih zakonskih pravila analize možemo zaključiti sledeće:

1. Javni ugovori su složeni pravni instituti. Činjenica da nisu samo regulisani specijalnim pravilima već se na njih shodno primenju i pravila o obligacionim ugovorima, slikovito govori sama za sebe. Ne treba prenebregnuti ni bliskost ovog instituta sa pravilima o javnoj nabavci koja je u srpskom pravu izričito predviđena, a taj odnos je relevantan i u uporednom pravu.[54] Sve to govori da on izlazi iz čiste sfere privatnog prava i zahvata i specifične segmente javnog prava i uspostavlja specifičnu interakciju između ovih sfera,[55] pri čemu javni ugovori nisu jedini ugovorni instrumenti takvog tipa.[56]

2. Zakonodavac je jasnom odredbom o subisdijarnoj primeni pravila obligacionog prava na javne ugovore, nesporno načelno utvrdio njihov privatno-pravni karakter. Može se oceniti da je navedena supsidijarna primena obligacionog prava u oblasti javnih ugovora opredeljujući faktor i osnovni pokazatelj o stavu zakondavca da ovi ugovori načelno spadaju u korpus ugovora privatnog prava. Nominalno je taj pristup potvrđen strukturiranjem načela autonomije volje i ravnopravnosti ugovornih strana kao bitnih načela JPP i koncesija.

3. Istovremeno, zakonodavac izričito normira čitav niz normi kojima se vrši otklon od čiste privatno-pravne prirode ovih ugovora. To nedvosmisleno ukazuje na postojanje javno-pravnih elemenata u javnim ugovorima, što se iskazuje i samim nazivom ugovora. Oni se mogu naći u personalnim karakteristikama bar jedne ugovorne strane, cilju ugovora, ali i specifičnim pravilima

[53] Čl. 63. i 64. Zakona o JPP i koncesijama.

[54] Upor: Vornicu, R., 162.

[55] Šire: Štemberger K. "Public and Private Law Aspects of Breach of the Concession Contract in Slovenian Law." *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 23.2, 2023, 241-271

[56] U novijoj slovenačkoj teoriji je po tom osnovu zasnovana specifična klasifikacija ovih ugovora na ugovor javnog prava, javno-pravni-ugovor i upravni ugovor.

o izvršenju ovih ugovora. Istovremeno, napred prezentovani ograničen opseg mogućnosti za izmene javnih ugovora, specifično uređenje njegovog raskida koje uključuje i mogućnost jednostranog raskida i prestanka ugovora iz javnih interesa, kao i posebno pravo nadzora koje ekskluzivno ima samo javni partner su elementi kojima se javni ugovor približava upravnim ugovorima. Za njih važe posebna pravila kojima se odstupa od klasičnih pravila ugovora privatnog, odnosno građanskog prava. Isto tako, prisustvo posebnih ovlašćenja se uzima tradicionalno kao jedna od bitnih odrednica i kriterijuma upravnih ugovora.[57] Ovaj kriterijum znači da se javnopravnom telu daju veća ovlašćenja u odnosu na privatnog prartnera.[58] Takodje, za upravne ugovore generalno važi da je njihova bitna odrednica upravo odnos subordinacije, nasuprot odnosu koordinacije ugovornih strana koji karakteriše privatno-pravne ugovore.

Napred izneto daje mogućnost da se može osnovano tvrditi da javni ugovori imaju neke elemente upravnih ugovora. I zaista, generalno se može primetiti da javni ugovori ispunjavaju formalno dva od tri kriterijuma kojima se tradicionalno utvrđuje postojanje ovih ugovora.[59] To su kriterijum stranaka i kriterijum cilja. Međutim, po kriterijumu posebnih ovlašćenja postoji delimično, i to samo u ograničenom vidu, preklapanje ovih ugovora. Naime, mogućnost jednostrane izmene ugovora u javnom interesu ili teorija samovolje kako se definiše u upravnom pravu (la théorie de fait du prince), kao ekskluzivno pravo koje je rezervisano samo za upravu postoji i kod javnih ugovora, ali u ograničenom vidu samo kod prestanka ugovora zbog javnih interesa. U pogledu jednostranog raskida ugovora ono se efektivno može dovesti u pitanje jer ne postoji ekskluzivnost raskida ugovora samo na stranih javnog partnera.

Vidljivo je da ne postoje ni neki drugi elementi koji su tradicionalno prihvaćeni kod upravnih ugovora.[60] Jedan se odnosi na izostanak pravila kojima bi se privatni partner obavezao na sprovođenje javnih ugovora uprkos nastanku nepredviđenih okolnosti. U klasičnom modelu upravnog ugovora on se iskazuje putem teorije nepredvidivosti (la théorie de l´imprévision),[61] koja podrazumeva da se prilikom promene okolnosti koje otežavaju ispunje-

[57] Upor: Štemberger K., 242

[58] Upor: Spiller, Pablo Tomas. "An institutional theory of public contracts: Regulatory implications." *Regulation, deregulation, reregulation*. Edward Elgar Publishing, 2009, 9

[59] U pravnoj teoriji karakteristike francuskog upravnog ugovora često predstavljaju kao opšte. Radošević, Ratko. “Pravna priroda upravnog ugovora” *doktorska disertacija*, Novi Sad, 2018, 111

[60] Štemberger, K., 242

[61] Štemberger, K., 242

nje ugovornih obaveza, daju privatnom partneru prava na naknadu uvećanih troškova ili gubitaka ali ne i pravo da bude oslobođen svojih obaveza.

Istovremeno, i ako pođemo od specifičnog koncepta upravnih ugovora u pravu Srbije,[62] možemo konstatovati da oni svakako konceptualno nisu identični sa javnim ugovorima. Naime, upravni ugovori uređeni su pravnim normama koje se smatraju delom upravnog prava, onim pravnim normama koje izvorno uređuju vršenje upravne delatnosti.[63] Navedeni koncept upravnih ugovora je sadržinski, odnosno predmetno restriktivno postavljen[64] i bazično je zasnovan na upravnoj stvari. Za razliku od građanskopravnih ugovora, predmet upravnih ugovora vezan je za javno pravo i javnopravne odnose.[65] Isto tako, kod javnih ugovora izostaje bitna odrednica upravnih ugovora, koja podrazumeva da se sporovi rešavaju pred upravnim sudovima. Naime, u srpskom pravu, odlučivanje za zaštitu prava, ne spada u sudsku nadležnost, već u nadležnost drugog državnog organa, Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki,[66] s obzirom na činjenicu da se na ovo pitanje, saglasno Zakonu o JPP i koncesijama, primenjuju pravila o javnoj nabavci.

Stoga, možemo zaključiti da je i pored postojanja nekih elemenata upravnih ugovora, njihovo prisustvo ograničenog dometa i značaja. Uzevši u obzir i činjenicu da nedostaju važni bazni element upravnih ugovora, moguće je zaključiti da sve to otklanja mogućnost da se javni ugovori kvalifikuju kao upravni ugovori.

4. Paralelno postojanje elemenata privatno-pravnih ugovora, i javno/pravnih elemenata kod javnih ugovora može izazvati različita shvatanja o pravnoj prirodi ovih ugovora. Na osnovu svih iznetih stavova, ipak se može zaključiti da su javni ugovori ugovori secifične prirode, gde se privatno-pravni, odnosno građanski i administrativni, odnosno javno-pravni elementi prepliću. U toj kompleksnoj kombinaciji elemenata javne i privatne prirode, ipak je opredeljući momenat načelni stav zakonodavca o subsdijarnoj primeni pravila obligacionog prava na javne ugovore. Stoga takve ugovore možemo načelno klasifikovati kao privatno-pravne ugovore, odnosno građansko-pravne ugvore, koji

[62] Upor: Milenković, Dejan. "Upravni ugovori u zakonima o opštem upravnom postuku zemalja zapadnog Balkana." *Strani pravni život* 3, 2017, 75.

[63] Upor: Radošević R., 6.

[64] Karanikić Mirić, Marija. "Restriktivnost zakonskog određenja pojma upravnog ugovora u srpskom pravu (Restrictive Statutory Conception of Administrative Contracts in Serbian Law)."; Lilić, Stevan *(ur.), "Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije",* Knjiga 7, 2017

[65] Upor: Radošević R., 126.

[66] Čl. 117. st. 2, 2. T. 2. Zakona o javnim nabavkama Srbije.

su zbog svoje specifičnosti podvrgnuti posebnim pravilima. Istovremeno, kod javnih ugovora postoje i elementi upravnih ugovora koji se ne mogu ignorisati. Ipak, njihov značaj i širina primene nisu takvi da promene karakter i izentu načelnu prirodu javnih ugovora. Uzimajući sve to u obzir, možemo kvalifikovati javne ugovore kao privatno-pravne, odnosno građansko-pravne ugovore koji imaju i elemente upravnih ugovora.

ЛИТЕРАТУРА

- Amović, Goran. "Javno-privatno partnerstvo u zemljama zapadnog balkana", Journal of Contemporary Economics, 2019
- Aviani, Damir. „Pravna zaštita u postupku dodjele javnih ugovora-harmonizacija hrvatskog prava s Acquis communautaire", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 45(1), 2008
- Bovis, Christopher. "The notion of public concession as a component of Public Private Partnerships." Eur. Pub. Private Partnership L. Rev. 2, 2007
- Divljak, Drago. „Zaštita javnih interesa i javno-privatno partnerstvo", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2017
- Đerđa, Dario. „Upravnopravni aspekti koncesija", Split, 2005
- Uncitral, „Legislative Guide in Privately Financed Infrastructure Projects", United Nations, New York, 2001
- Uncitral, Model Legislative Provisions on Privately Financed Projects, United Nations, New York, model Provision, 2004
- https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws#central&europe
- Đerđa, Dario. "Pravna priroda odluke o koncesiji", Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, 2006
- Đerđa, Dario. „Pravno uređenje koncesija u pravu Europske unije", Hrvatska pravna revija, 15(3), 2015
- Đuričić, V. Jovana. „Javni ugovori kod koncesija s posebnim osvrtom na koncesije za pružanje usluga", Uslužni poslovi, Kragujevac, 2013
- Gumenyuk, Elena V., et al."Concession Agreements As A Model Of Interaction Between The State And Business", European Proceedings of Social and Behavioural Sciences, 2022
- Karanikić Mirić, Marija. "Restriktivnost zakonskog određenja pojma upravnog ugovora u srpskom pravu (Restrictive Statutory Conception of Administrative Contracts in Serbian Law)", Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije, Knjiga 7, 2017

- Krajewski, Markus. "Public services in EU trade and investment agreements", Conference ‘Beyond the Single Market–External and international dimensions of services of general interest in EU law, 2013
- Kranjc, Vesna. "Pravni vidiki koncesij v povezavi z novo EU-ureditvijo in prakso Sodišča", Pravosodni bilten (PB) 35.4, 2014
- Milenković, Dejan. "Upravni ugovori u zakonima o opštem upravnom postuku zemalja zapadnog Balkana", Strani pravni život 3, 2017
- Nicholas, Miranda."Concession agreements: from private contract to public policy", Yale LJ 117, 2007
- Radošević, Ratko. „Pravna priroda upravnog ugovora“ – doktorska disertacija, Novi Sad, 2018
- Spiller, Pablo Tomas. “An institutional theory of public contracts: regulatory implications”, Regulation, deregulation, reregulation. Edward Elgar Publishing, 2009
- Stanković, Danijel. "Pojam “ugovor o javnoj nabavi” u pravu europske unije s posebnim osvrtom na povezane iznimke od primjene zakonodavstva o javnoj nabavi." Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu 68.1, 2018
- Stančić, Frane. "Pravna narav ugovora o koncesiji", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 48.2, 2011
- Štemberger, Katja. "Public and Private Law Aspects of Breach of the Concession Contract in Slovenian Law", Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave 23.2, 2023
- Turudić, Marko. “Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku”, Sveske za javno pravo, 9(34), 2018
- Van Garsee, Steven. "Public-private partnerships, concessions and public procurement law", 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 2008
- Varhomoki-Molnar, Marta Katalin. “The Hungarian Model of Concession and the Law of the EU”, Jogi Tanulmanyok, 2014
- Vasiljev, Vladimir. “Javno-privatna partnerstva uvod”, Zrenjanin, 2019
- Vassallo, Jose Manuel. “Short-Term Infrastructure Concessions: Conceptual Approach and Recent Applications in Spain”, Public Works Management and Policy, Vol. 8, No. 4, April 2004
- Vornicu, Roxana. “The rules on performance of the concession contract under the 2014 Concession Directive and the triangle of rights: a brief dialectic”, Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev., 11, 2016

Prof. Drago Lj. Divljak, Ph.D.[67]

CONCEPT AND LEGAL NATURE OF PUBLIC CONTRACTS IN SERBIAN INVESTMENT LAW

Summary: *The subject of analysis in the paper is the concept and legal nature of public contracts in Serbian law. The starting point is their essential features that form a normative concept, where the correlation with related institutes in comparative law, especially with the law of the European Union, will be determined. At the same time, all other relevant legal rules are considered in order to reach appropriate conclusions about the legal nature of these contracts.*

Based on all the points presented, it can be concluded that public contracts are contracts of a specific nature, where private-legal and public-legal elements intertwine. In this complex combination of elements of a public and private nature, the defining moment is the legislator's initial position on the subsidiary application of the rules of obligation law to public contracts. Therefore, we can generally classify such contracts as private-legal or civil-legal, subject to special rules due to their specificity. At the same time, public contracts also contain elements of administrative contracts. Still, their importance and scope of application are not such that they change the character and stated main nature of public contracts. Considering all that, we can qualify public contracts as private-legal, or civil-legal contracts with elements of administrative contracts.

Keywords: *public contract, legal nature, Serbian law, public-private partnership, concessions, EU law, administrative contract.*

[67] Ph.D., Full Professor, email: D.Divljak@pf.uns.ac.rs

УДК 347.72:004.738.5
doi 10.7251/PR6924683P
Оригинални научни чланак

КОНЦЕПТ ПОСРЕДНЕ ОДГОВОРНОСТИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ – С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОСРЕДНУ ОДГОВОРНОСТ У ОНЛАЈН ОКРУЖЕЊУ

Проф. др Јелена Ћеранић Перишић[1]

Апстракт: *Концепт посредне одговорности дефинисан је на различите начине у упоредном праву. Главну линију поделе представља Атлански океан, у смислу да су посредна одговорност и искључење одговорности на потпуно другачији начин уређени у праву Сједињених Америчких Држава и праву Европске уније. Упркос терминолошким различитостима у упоредном праву, суштина коцепта посредне (секундарне, индиректне) одговорности огледа се у томе да се тужени сматра одговорним за повреду коју је проузроковало погрешно понашање треће стране. Дакле, одговорност је дериватвне природе. У раду је разматрано како теоријско упориште концепта посредне одговорности, тако и практична решења у вези са посредном одговорношћу, са акцентом на посредну одговорност у онлајн окружењу, тј. одговорност интернет посредника. Најпре су представљена два теоријска приступа посредној одговорности – позитивни (стандарди за успостављање посредне одговорности) и негативни приступ (одредбе о искључењу одговорности – режим тзв. „сигурних лука"). Након тога је размотрен правни оквир посредне одговорности у Сједињеним Америчким Државама, са фокусом на стандард посредне одговорности који је резултат судске праксе. Напослетку је анализиран правни оквир посредне одговорности у Европској унији. Посебна пажња посвећена је Директиви о електронској трговини.*

[1] Ванредни професор Факултета правних наука Универзитета „Апеирон", Бања Лука.

Кључне речи: *посредна одговорност, онлајн окружење, интернет посредник, упоредно право, режим „сигурних лука”.*

1. Уводне напомене

Израз секундарна одговорност (енг. *secondary liability*) води порекло из америчког права и може се посматрати као тзв. „кишобран термина” (енг. *umbrella term*) у том смислу што обухвата неколико различитих врста тужби. У данашње време овај израз употребљава се и ван Сједињених Америчких Држава. Ипак, у упоредноправним анализама проузрокује терминолошке потешкоће. Наиме, у неким земљама значење израза секундарна одговорност подразумева одговорност за понашање које пак у другим земљама представља одговорност за непосредне, тј. директне, примарне повреде.[2]

Секундарна одговорност може се заснивати на учешћу (енг. *contributory liability*) или на односу (енг. *vicarious liability*). Другим речима, постоје два пута, два начина да се докаже секундарна одговорност.[3]

Одговорност заснована на учешћу подразумева да је секунрадно тужени проузроковао повреду примарног починиоца или јој је допринео или је повреду примарног починиоца олакшао (енг. *contributory liability*). Такав тип тужбе почива на нивоу знања туженог у вези са повредом и на мери у којој је тужени активно допринео наношењу повреде која може бити предмет тужбе за индиректну, тј. примарну одговорност.[4]

Алтернативно, секундарна одговорност (посредна/индиректна) може постојати и у оним ситуацијама када тужени има користи од повреде и довољно је у блиској вези са примарним учиниоцем да ће их закон третирати као једног истог, често зато што је однос довољно близак да је посредник могао да спречи примарни незаконити акт повреде (енг. *vicarious liability*).[5]

---

[2] G. Dinwoodie, „A Compartive Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers”, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. G. Dinwoodie), Springer 2017, 8.

[3] K. M. Saunders, G. Berger-Walliser, „The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secundary Trademark Infringement in the United States and Europe”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, 37/2011, 71.

[4] G. Dinwoodie (2017), 9.

[5] *Ibid.*

Оба концепта секундарне (посредне/индиректне) одговорности имају исту суштину која се огледа у томе да се тужени сматра одговорним за повреду коју је проузроковало погрешно понашање треће стране. Дакле, одговорност је деривативне природе. Ова карактеристика секундарне одговорности превасходно се уочава у земљама англосаксонске правне традиције (*common law*). Међутим, и неке земље континенталне правне традиције прихватиле су дефиниције које акцентују деривативну, тј. индиректу, природу секундарне одговорности. Разлог за то може бити тај што формално таква одговорност често проистиче из одредби о „заједничкој одговорности", чиме се секундарна одговорност туженог повезује са примарним актом повреде. У пракси се те одредбе примењују тако што се наглашавају исти елементи који се у земљама англосаксонске правне традиције карактеришу као *contributory liability*.[6]

Међутим, занимљиво је да ни у земљама које инсистирају на деривативној природи секундарне одговорности није увек неопходно да се докаже примарна повреда. Упркос чињеници да је свака секундарна одговорност деривативна из примарне одговорности, концепт секундарне одговорности заправо уопште не имплицира навођење, нити утврђивање нечије примарне одговорности.[7]

У упоредном праву, национални судови појединих земаља третирају оно што се у земљама англоскасонске традиције сматра „секундарном одговорношћу" као непосредну/директну одговорност на основу кривичног права за пропуст у вођењу пословања на посебан начин, или пропуст у предузимању одређених разумних мера превенције. Ипак, исход оваквих концептуално различитих приступа не мора се много разликовати у конкретним случајевима. Одговорност која произилази непосредно из грешке/пропуста у вођењу пословања на посебан начин, или пропуштања у предузимању одређених разумних мера превенције, може водити ка тужби због повреде кривичног права или нелојалне конкуренције.[8] Такви пропусти могу бити релевантни и за питања знања и нивоа доприноса, који редовно води ка деривативним тужбама у погледу секундарне одговорности.[9]

---

[6] *Ibid.*

[7] J. Riordan, „Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law", *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. G. Dinwoodie), Springer 2017, 275–316.

[8] G. Dinwoodie (2017), 12–13.

[9] S. L. Dogan, „Principal Standards vs. Boundless Discertion: A Tale of Two Approaches to Intermediary Trademark Liability Online", *37 Columbia Journal of Law & The Arts*, 2014, 509.

Иначе, термини секундарна одговорност, индиректна одговорност и посредна одговорност, у овом раду, користе се као синоними.

За анализу посредне одговорности у онлајн окружењу неопходно је појаснити и појам и улогу интернет посредника (пружаоца интернет услуга). Пружаоци интернет услуга (интернет посредници, интернет провајдери, онлајн пружаоци услуга) баве се посредовањем у онлајн окружењу, на интернету, у оквиру своје делатности. Услуга коју они обезбеђују по правилу је комерцијална. Из тога произилази да је њихов интерес у интернет комуникацији брз и интензиван проток информација између клијената (корисника).[10]

У онлајн окружењу најчешће долази до повреде права интелектуалне својине. Интернет посредници нису нужно непосредно повезани са повредом права интелектуалне својине. Када то јесте случај, они одговарају по општим правилима одговорности. Проблем се, међутим, јавља у оним ситуацијама, штавише претежним, када је интернет посредник својом услугом омогућио повреду права интелектуалне својине. Интернет посредници продају корисницима приступ и простор на интернет серверима како би ови могли да понуде своју робу и услуге на интернету.[11] Другим речима, интерент посредници практично омогућавају постављање недозвољеног садржаја и његовог дељења на интернету, што их чини учесницама у овом процесу, те пружа основ за њихову посредну одговорност.[12]

Сваки акт повреде права укључује постојање штетника и лица чија су права повређена (оштећеног). Ово правило није у основи другачије ни у случају повреде права интелектуалне својине на интернету. Међутим, пренос комуникација и садржаја се увек врши уз помоћ интернет посредника. Стога повреда права на интернету не може настати без нехотичног или намерног учешћа интернет посредника као субјеката који омогућавају комуникацију и проток садржаја, а самим тим и настанак повреде.[13]

---

[10] Ј. Ћеранић Перишић, *Одговорност интернет посредника за повреду жига*, Институт за упоредно право, Београд 2020, 15.

[11] М. Рељановић, „Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектулане својине у праву Србије и праву суседних држава", *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 116.

[12] Ј. Ћеранић Перишић, 15.

[13] А. Радоњанин, „Примена правила одговорности хост провајдера: искуство носиоца

У раду су најпре представљена два приступа посредној одговорности – позитивни и негативни приступ. Након тога је размотрен прави оквир посредне одговорности у Сједињеним Америчким Државама, са акцентом на стандард посредне одговорности који је резултат судске праксе. Напослетку је анализиран правни оквир посредне одговорности у Европској унији. Посебна пажња посвећена је Директиви о електронској трговини.

2. Два приступа посредној одговорности

Сама природа онлајн окружења и интернета уопште утицала је на повећање броја тужби за секундарну (посредну) одговорност интернет посредника. Ипак, стандарди на основу којих се онлајн пружалац услуга сматра одговорним за понашање треће стране донекле су у упоредном праву и даље нејасни. Иако се може констатовати да је оваква, нејасна ситуација узрокована доктринарном различитошћу у погледу концепта посредне одговорности на међународном нивоу, неајсноће, а самим тим и (правна) несигурност постоје и унутар јединствених правних поредака или између хармонизованих правних система. Потешкоће у изналажењу јасног и јединственог концепта посредне одговорности произилазе из брзих промена у онлајн окружењу и различите природе онлајн посредника.[14]

Услови одговорности онлајн пружалаца услуга (интернет посредника) за погрешно понашање трећих лица развијали су се на два различита колосека, што не искључује њихову повезаност.

С једне стране, судови су примењивали принципе за успостављање посредне одговорности из националног приватног права на нове посреднике који раде у онлајн окружењу, по аналогији са офлајн светом или позивајући се на широка политичка разматрања.[15] Овај колосек могао би се окарактерисати као позитивни приступ дефинисању посредне одговорности.

С друге стране, приступ, који се одрђеује као негативан, резултат је настојања из потпуно другог смера, другим речима, подразумева дефинисање услова за искључење одговорности онлајн пружаоца услуга, тј.

права из Србије", *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 168.

[14] G. Dinwoodie (2017), 18–19.

[15] *Ibid.*, 19.

услова под којима ће уживати имунитет. У оквиру овог приступа, судови се превасходно фокусирају на то да ли посредник испуњава низ законом предвиђених услова како би могао да ужива искључење, а не на то да ли је његово понашање такво да заправо представља повреду (или да ли је веза између посредника и примарног учиниоца довољно блиска) како би се проширила одговорност. Други приступ је доминантнији у дефинисању одговорности онлајн пружаоца услуга. Објашњење за то могло би се потражити у чињеници да су статути који предвиђају искључење одговорности за онлајн пружаоце услуга настали одмах након комерцијалне експлоатације интернета и најчешће су израз законодавне одлуке баш у вези са пружаоцем интернет услуга.[16]

Стандарди за успостављање одговорности онлајн пружалаца услуга могу да се развијују, као што је већ било речи, на два колосека, позитивно и негативно. Ипак постоји много већа законодавна активност која произилази из негативног приступа дефинисању зона искључења одговорности, а то може утицати на правни карактер стандарда. Законски услови за искључење одговорности (посебно ако су детаљни) функционишу у ствари као облик пословне регулативе за онлајн пружаоце услуга.[17]

2. 1. Позитивни приступ: стандарди за успостављање посредне одговорности

Стандарди за успостављање посредне одговорности, тачније стандарди на основу којих ће онлајн посредници бити одговорни за повреде које су учинила трећа лица, корисници њихових онлајн платформи, претежно су резултат судске праксе. Ипак, законодавна активност у упоредном праву у вези са успостављањем стандарда посредне одговорности веома је скромна.

У земљама англосаксонске правне традиције (пре свега Сједињеним Америчким Државама и Уједињеном Краљевству), веома је тешко задовољити стандарде за успостављање посредне одговорности. Ти стандарди засновани су превасходно на критеријумима понашања и знања и произилазе из судске праксе. Они су успостављени за онлајн пружаоце услуга по аналогији са офлајн светом. Истина је да их није немогуће задовољити, али предмети у којима су успешно потврђени су

[16] *Ibid.*
[17] *Ibid.*

они у којима је очигледно да постоји погрешно понашање интернет посредника.[18]

У ситуацијама када роба или услуга може да се користи и у законите и у незаконите сврхе, а трећа страна је користи за незаконите циљеве, пружаоци услуга у онлајн окружењу обично нису посредно одговорни. У упоредном праву, већина земаља одбацује стандард на основу кога би се од посредника очекивало да надзире активности својих корисника и тако осигура да не дође до повреде права. Овај принцип уткан је и у законодавства већине земаља, али му је судска пракса посебно дала на значају.[19]

Дакле, само знање достављача опреме или услуга (посредника), које он може искористити да се укључи у незаконито понашање, не имплицира да ће тужилац имати успеха у судском спору, чак ни онда када се то знање достављача опреме или услуга комбинује са доказима да је он заправо олакшао повреду. Чињеница да су судови у земљама англосаксонске правне традиције инсистирали на стриктном тумачењу стања свести посредника у циљу успостављања посредне одговорности у великој мери је спречила титуларе права интелектуалне својине да у потпуности пребаце трошкове извршења на посреднике.[20]

2. 2. Негативни приступ: одредбе о искључењу одговорности – режим тзв. „сигурних лука”

Дакле, законодавна активност у вези са успостављањем стандарда на основу ког ће онлајн посредници бити одговорни за секундарну повреду је оскудна у упоредном праву.

Међутим, велики број земаља определио се да иде обратним путем, тј. да усвоји одредбе о режиму сигурних лука које предвиђају у којим случајевима онлајн посредници уживају имунитет, тј. искључење одговорности.[21] Управо захваљујући уношењу ових одредби у законодавства многих земаља, обезбеђена је, на неки начин, сигурна клима за

[18] J. Ћеранић Перишић, 23.

[19] G. Dinwoodie (2017), 20.

[20] *Ibid*.

[21] „Сигурне луке” појавиле су се као резултат законских одредби, судске активности, и одређеног степена приватног наручивања (енг. *private ordering*). (G. Dinwoodie (2017), 31, fn. 148).

развој електронске трговине.[22]

Данас се у упоредном праву могу уочити два приступа режиму сигурних лука. На основу првог приступа режим сигурних лука, тј. искључење одговорности онлајн пружаоца услуга регулисано је у зависности од предмета повреде, тј. од тога које је право повређено. На основу другог, тзв. хоризонталног приступа, искључење одговорности онлајн пружаоца услуга, тј. онлајн посредника, уређено је једнообразно за постављање сваке врсте незаконитог садржаја од стране корисника. Дакле, режим сигурних лука је идентичан независно од тога да ли радњама корисника долази до повреде ауторског права, права жига, нелојалне конкуренције, говора мржње или постављања било које друге врсте забрањеног материјала.[23]

У упоредном праву питање искључења одговорности није регулисано на униформан начин. Главну линију поделе представља Атлански океан, у смислу да је режим сигурних лука успостављен на различит начин у Сједињеним Америчким Државама и Европској унији.

3. Правни оквир посредне одговорности у Сједињеним Америчким Државама

У Сједињеним Америчким Државама режим посредне одговорности и искључење посредне одговорности зависе од тога које је право интелектуалне својине повређено. Одговорност за повреде ауторског права регулисана је Законом о ауторском праву у дигиталном миленијуму из 1998. године (*Digital Milenium Copyright Acta – DMCA*). Посредна одговорност и искључење посредне одговорности пружалаца услуга у онлајн окружењу у свим другим областима регулисано је Законом о пристојности комуникација из 1996. године (*Communications Decency Act – CDA*).[24]

Режим сигурних лука у погледу тужби у вези са жигом заштићеним ознакама не постоји у САД. Одговорност посредника за повреду жигом заштићене ознаке у онлајн окружењу је дефинисана позитивним стандардима који су резултат судске праксе.

---

[22] G. Dinwoodie (2017), 20.

[23] J. Ћеранић Перишић, 24.

[24] M. Peguera, „The DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems", *Columbia Journal of Law and the Art,* 32/2009, 481–512; M. A. Lemley „Rationalizing Internet Safe Harbours", *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 6/2007, 101–119.

Стандард за успостављање посредне одговорности је у Сједињеним Америчким Државама установио Врховни суд 1982. године у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*[25] У погледу меритума спора, тужени произвођач лекова продао је апотекама лекове који изгледају као генерички, а неке од тих апотека су даље продавале тај исти лек представљајући га као брендиран. Тужилац је произвођача лекова тужио за посредну повреду жигом заштићене ознаке. Врховни суд САД заузео је следећи став: уколико произвођач или дистрибутер намерно наводи некога на повреду жига, или наставља да снабдева својим производима некога за кога зна или има основа да зна да је укључен у повреду жига, произвођач или дистрибутер посредно је одговоран за сваку повреду нанету преваром.

Према томе, на основу „Inwood" теста постоје две ситуације када се може установити посредна одговорност: 1) намерно навођење; и 2) наставак снабдевања уз знање о повреди.[26]

Пре него што је донета пресуда у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives laboratories Inc.*, да би се утврдила посредна одговорност, било је потребно „стварно знање" да други користи производ у циљу повреде. Након доношења поменуте пресуде, критеријум знања за успостављање посредне одговорности подразумева да посредник зна или пак има основа да зна да је укључен у повреду жига. Дакле, ова пресуда имплицира да и нешто мање од стварног знања јесте довољно да се установи посредна одговорност. Наиме, чињеница да посредник има основа да зна да је укључен у повреду жига довољна је за успостављање његове посредне одговорности.[27]

4. Правни оквир посредне одговорности у Европској унији

Правни оквир посредне одговорности у Европској унији може бити представљен метафорично као мозаик који чине одредбе права Европске уније и националних законодавстава држава чланица ЕУ, као и судска пракса Европског суда правде и националних судова држава чланица ЕУ.

[25] Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc*., 456 U.S. 844 (1982).

[26] G. Dinwoodie „Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape"*, 37 Columbia Journal of Law & Arts,* 2014, 472.

[27] E. K. Levin, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay", *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009, 508.

Што се тиче права ЕУ, кровни акт у овој материји је Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта.[28] Упркос томе што ова директива за многа питања упућује на национална законодавства држава чланица ЕУ, режим „сигурних лука", тачније искључење одговорности пружалаца услуга у онлајн окружењу (интернет посредника) за посредну повреду уређен је јединствен, униформан начин унутар ЕУ.

Захваљујући одредбама о режиму сигурних лука премошћене су терминолошке и концепцијске различитости између посредне (секундарне) одговорности на нивоу самих држава чланица ЕУ. Ипак, приступи посредној одговорности унутар Европске уније нису хармонизовани јер постоје варијације у погледу имплементације ових одредби на националном нивоу. Упркос томе, услови по којима посредници у онлајн окружењу уживају имунитет од одговорности јесу хармонизовани на нивоу ЕУ.[29]

4. 1. Директива о електронској трговини

У редовима који следе биће размотрене основне карактеристике Директиве о електронској трговини, а то су хоризонтални приступ и одредбе у вези са режимом „сигурних лука" – искључење одговорности пружаоца услуге у онлајн окружењу.

4. 1. 1. Хоризонтални приступ

Што се тиче искључења одговорности пружаоца услуга у онлајн окружењу, интернет посредника, Европска унија се одлучила за тзв. хоризонтални приступ. Овакав приступ подразумева успостављање режима „сигурних лука" тако да је њиме обухваћено искључење одговорности интернет посредника за постављање било које врсте незаконитог садржаја од стране корисника, независно од тога да ли радњама трећих лица долази до повреде ауторског права, права жига, клеветања, нелојалне конкуренције, говора мржње или постављања било које друге врсте недозвољеног материјала.

[28] Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 од 8. јуна 2000. о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта, *Службени лист ЕЗ*, бр. 178 (даље: Директива о електронској трговини).

[29] G. Dinwoodie (2017), 34–35.

Упориште за овакав приступ европски законодавац налази у томе што пружалац услуга спроводи исту техничку радњу – било да се бави услугом обичног посредовања, *catching* или *hosting* услугом[30] у вези са садржајем треће стране – независно од врсте садржаја која је у питању. Будући да посредник изводи исту техничку радњу и потпуно је неутралан и пасиван у односу на садржај, Европска унија сматрала је да би требало успоставити сет правила исти за све области.[31]

Како је у току припремне фазе рада на Директиви о електронској трговини одлучено је да ће питање одговорности интернет посредника бити уређено на тзв. хоризонталан начин, у тренутку када је отворена расправа о Директиви о ауторском праву, уопште се није дискутовало о посредној одговорности и одговорности интернет посредника. Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 о ауторском праву у информационом друштву[32] не уређује питање одговорности интернет посредника, већ упућује на Директиву о електронској трговини.

Одговорност за активности у електронском окружењу не односи се само на ауторско право и сродна права, већ и на остале области, као што су клеветање, преварно оглашавање или повреда жига, и успостављена је хоризонтално у Директиви о електронској трговини, која појашњава и хармонизује различита правна питања у вези са услугама информационог друштва, укључујући и електронску трговину.[33]

Директива о ауторском праву у информационом друштву измењена је и допуњена Директивом (ЕУ) бр. 2019/790 од 17. априла 2019. о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту, којом се мењају и допуњују Директива (ЕЗ) бр. 96/9 и Директива (ЕЗ) бр. 1001/29.[34] Државама чланицама ЕУ био је остављен рок од две године да одредбе нове директиве имплементирају у своја национална зако-

[30] М. Рељановић, „Одговорност хостиг провајдера за повреду жига – правни оквир и пракса у Републици Србији", *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 11–12.

[31] E. Crabit, „La directive sur le commerce électronique. Le projet Méditerranée", *Revue du Droit d'Union Européenne*, 4/200, 749.

[32] Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 од 22. маја 2001. о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 167.

[33] Тачка 16 Преамбуле Директиве о ауторском праву.

[34] Директива (ЕУ) бр. 2019/790 од 17. априла 2019. о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту којом се мења и допуњава Директива (ЕЗ) бр. 96/9 и Директива (ЕЗ) бр. 2001/29, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 130 (даље: Директива о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту).

нодавства. Директива о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту предвиђа случајеве у којима се неће примењивати одредбе о „сигурним лукама" из члана 14, став 1 Директиве о електронској трговини.[35] Међутим, у следећој тачки прописује да се на све остале случајеве, који нису изричито поменути у претходној тачки, примењује члан. 14, став 1 Директиве о електронској трговини.[36] Према томе, начелно се и даље примењује хоризонтални приступ у погледу режима „сигурних лука", тј. искључења одговорности интернет посредика за повреде које учине трећа лица, предвиђен Директивом о електронској трговини.

Опредељење за хоризонтални приступ приликом успостављања режима „сигурних лука" било је од самог почетка предмет оштрих критика дела научне и стручне јавности. Критичари су се претежно позивали на правни оквир одговорноси у САД где одговорност интернет посредника за радње трећих лица, корисника њихових услуга, подлеже потпуно различитим критеријумима, у зависности од тога да ли одговорност проистиче из повреде аутрског права, права жига или неког другог права.[37]

4 .1. 2. Искључење одговорности пружаоца услуге – режим „сигурних лука"

Одељак IV Директиве о електронској трговини посвећен је одговорности пружалаца услуга посредовања и предвиђа услове које он мора испунити да би могао да ужива имунитет, тј. искључење одговорности (режим „сигурних лука"). Обим уздржавања који искључује одговорност зависи од врсте интернет услуге. Директива о електронској трговини прописује различите услове за пружаоце услуга обичног посредовања,[38] пружаоце *caching* usluga[39] и пружаоце *hosting* услуга.[40] С обзирм на тему овог рада, посебна пажња посвећена је одредба у вези са искључењем одговорности пружаоца *hosting* услуга, тј. члану 14 Директиве.

[35] Чл. 17, ст. 3, тач. 1 Директива о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту.

[36] Чл. 17, ст. 3, тач. 2 Директиве о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту

[37] M. Peguera.

[38] Чл. 12 Директиве о електронској трговини.

[39] Чл. 13 Директиве о електронској трговини.

[40] Чл. 14 Директиве о електронској трговини.

У погледу услуге хостинга, Директива прописује да када се пружена услуга информационог друштва састоји од похрањивања информација добијених од корисника услуге, државе чланице ЕУ морају осигурати да пружалац услуге није одговоран за информације похрањене на захтев корисника услуге, под условом да пружалац:

1) нема стварно знање о незаконитој активности или информацији, и у погледу захтева за накнаду шетете, не зна за чињенице или околности из којих би незаконите радње или информације биле очигледне; или
2) пошто је сазнао или постао свестан постојања незаконите активности или информације, хитно реагује како би уклонио или онемогућио приступ информацијама.[41]

Став 1 се не примењује када прималац услуге делује под надлежношћу или контролом пружаоца услуге.[42]

Овај члан не утиче на могућност да суд или орган управе, у складу са правним системом државе чланице, од пружаоца захтева окончање или спречавање повреде и не утиче на могућност да држава чланица утврди поступке којима се уређује уклањање или онемогућавање приступа информацијама.[43]

Дакле, Дирекива о електронској трговини предвиђа искључење и грађанскоправне и кривичноправне одговорности провајдера. Ограничења одговорности предвиђена Директивом успостављена су на хоризонталан начин, те покривају одговорност, и грађанску и кривичну, за све врсте незаконитих радњи које су иницирале треће стране.[44] Ипак, Директива предвиђа два различита захтева у погледу степена знања потребног за тужбу за кривичну одговорност и за тужбу за накнаду штете.[45]

У погледу грађанскоправне одговорности, пружалац услуге биће ослобођен од одговорности за накнаду штете под условом да није знао или није имао основа да зна за незаконити радњу или информацију и да није имао свест о чињеницама или околностима које говоре о томе да је незаконита радња или информација била очигледна.[46]

---

[41] Чл. 14, ст. 1 Директиве о електронској трговини.
[42] Чл. 14, ст. 2 Директиве о електронској трговини.
[43] Чл. 14, ст. 3 Директиве о електронској трговини.
[44] Commission first Report on the application of Directive 2003/31/EC, at 12 COM (2003) 702 final (November 21, 2003.
[45] M. Peguera, 488.
[46] Чл. 14, ст. 1, тач. а) Директиве о електронској трговини.

Што се тиче кривичноправне одговорности, чини се да језичко тумачење Директиве указује на то да чак и онда када пружалац услуге има одређени степен свести (у смислу да је познавао чињенице или околности из којих су незаконите радње или информације биле очигледне), режим „сигурних лука" ће га и даље штитити од кривичноправне одговорности, све док му, условно речено, недостаје стварно знање.[47]

Према томе, дисквалификација из режима „сигурних лука" у погледу грађанскоправне одговорности много је једноставнија у односу на кривичноправну одговорност. У сваком случају, пружалац услуге и даље ће уживати имунитет уколико хитно уклони информацију пошто је за њу сазнао или је ње постао свестан.[48]

Иако су све државе чланице ЕУ готово дословно транспоновале одредбе Директиве о електронској трговини у национална законодавства, њихова неуједначена интерпретација у судској пракси указује на мањкавости решења у вези са одговорношћу интернет посредника.

5. Закључни осврт

Упоредноправна анализа режима посредне одговорности указује на одсуство хармонизације националних и међународних приступа посредној одговорности у онлајн окружењу. Уочава се јасна атлантска подела, у смислу разлика између приступа који су усвојили судови Сједињених Америчких Држава и приступа коме су се приклонили европски судови. Осим тога, унутар саме Европске уније судска пракса држава чланица није уједначена. Недостатак хармонизације у овој материји није отклоњен међународним правом, схваћеним у смислу међународних правно обавезујућих извора (тзв. тврдо међународно право), док тзв. меко међународно право нуди одређена, солидно ефикасна решења у погледу хармонизације режима посредне одговорности у онлајн окружењу.

Дакле, јасно да би режим посредне одговорности требало реформисати и то на два нивоа. С једне стране требало би спровести идентичне реформске мере у свим правним системима. У упоредном праву постоји општа сагласност да решење уочених проблема ни у ком случају не би требало тражити на терену појачања одговорности интернет

[47] Ј. Ћеранић Перишић, 88.

[48] Ј. Ћеранић, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ", *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Унивезитета у Београду, Београд 2018, 49.

посредника. Очигледно је, ипак, да његова улога мора бити редефинисана. С друге стране, требало би спровевсти и реформе на америчкој, европској, националној и међународној равни сходно специфичностима постојећих режима посредне одговорности у САД, ЕУ, националним правима и уопште међународном праву.

Осим тога, упоредноправна анализа законодавних оквира и судске праксе у вези са режимом посредне одговорности интернет посредника указује да у правним и политичким сукобљавањима између титулара права интелектуалне својине и онлајн посредника, интереси самих потрошача као да су занемарени. Стога би један од аспеката реформи морао бити посвећен бољој заштити интереса потрошача.[49]

Литература:

- Crabit, Emmanuel, „La directive sur le commerce électronique. Le projet Méditerranée", *Revue du Droit d'Union Européenne*, 4/200, 749–833.
- Dinwoodie B., Graeme, „Secondary Liability for Online Trademark Infringement: the International Landscape", *37 Columbia Journal of Law & Arts,* 2014, 468–469.
- Dinwoodie B., Graeme, „A Compartive Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers", *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. G. Dinwoodie), Springer 2017, 1–72.
- Dogan L., Stacey, „Principal Standards vs. Boundless Discertion: A Tale of Two Approaches to Intermediary Trademark Liability Online", *37 Columbia Journal of Law & The Arts*, 2014, 503–523.
- Lemley A., Mark „Rationalizing Internet Safe Harbours", *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 6/2007, 101–119.
- Levin K., Elizabeth, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay", *Berkeley Technology Law Journal*, 491/2009, 503–523.
- Peguera, Miquel, „The DMCA Safe Harbours and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems", *Columbia Journal of Law and the Art,* 32/2009, 481–512.
- Радоњанин, Андреа, „Примена правила одговорности хост провајдера: искуство носиоца права из Србије", *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 165–186.

[49] J. Ћеранић Перишић, 164–165.

– Рељановић, Марио „Одговорност хостинг провајдера за повреде права интелектулане својине у праву Србије и праву суседних држава", *Интелектуална својина и Интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 115–137.
– Рељановић, Марио, „Одговорност хостиг провајдера за повреду жига – правни оквир и пракса у Републици Србији", *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Баеоград 2017, 11–29.
– Riordan, Jaani, „Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law", *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. G. Dinwoodie), Springer 2017, 275–316.
– Saunders M., Kurt, Berger-Walliser Gerlinde, „The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secundary Trademark Infringement in the United States and Europe", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, 37/2011, 36–91.
– Ћеранић, Јелена, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ", *Интелектуална својина и интернет* (ур. Д. Поповић), Правни факултет Унивезитета у Београду, Београд 2018, 37–52.
– Ћеранић Перишић, Јелена, *Одговорност интернет посредника за повреду жига*, Институт за упоредно право, Баеоград 2020.

Прави извори:

– Врховни суд САД, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc*., 456 U.S. 844 (1982).
– Директива (ЕЗ) бр. 2000/31 од 8. јуна 2000. о неким правним аспектима услуга информационог друштва, посебно електронске трговине у оквиру унутрашњег тржишта, *Службени лист ЕЗ*, бр. 178.
– Директива (ЕЗ) бр. 2001/29 од 22. маја 2001. о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 167.
– Директива (ЕУ) бр. 2019/790 од 17. априла 2019. о ауторским и сродним правима на Јединственом дигиталном тржишту којом се мења и допуњава Директива (ЕЗ) бр. 96/9 и Директива (ЕЗ) бр. 2001/29, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 130.
– Commission first Report on the application of Directive 2003/31/EC, at 12 COM (2003) 702 final (November 21, 2003.

Prof. Jelena Ceranic Perisic, Ph.D[50]

THE CONCEPT OF SECONDARY LIABILITY – WITH THE SPECIAL REFERENCE TO SECONDARY LIABILITY IN THE ONLINE ENVIRONMENT

Summary: *The concept of secondary liability is defined in various ways in comparative law. The main dividing line is represented by the Atlantic Ocean, in the sense that secondary liability and liability exclusion are regulated in completely different ways in the law of the United States and the law of the European Union. Despite terminological differences in comparative law, the essence of the concept of secondary (intermediary, indirect) liability lies in holding the defendant responsible for the infringement caused by the wrongful conduct of a third party. Therefore, liability is derivative in nature. The study examines both the theoretical foundations of secondary liability and practical solutions related to secondary liability, with a focus on secondary liability in the online environment, i.e., the liability of internet intermediaries. Initially, two theoretical approaches to secondary liability are presented – the positive (secondary liability standards) and negative approaches (provisions on liability exclusion – safe harbors regime). Subsequently, the legal framework of secondary liability in the United States is considered, with a focus on the standard of secondary liability resulting from the case law. Finally, the legal framework of secondary liability in the European Union is analyzed. Special attention is given to the Directive on electronic commerce.*

Key words*: secondary liability, oline environment, internet intermediary, comparative law, safe harbors regime.*

[50] Associate Professor, Faculty of Legal Sciences, University “Apeiron”, Banja Luka.

V КАТЕДРА

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

УДК 347.19:343.222(497.11)
doi 10.7251/PR6924703B
Оригинални научни чланак

НАЧЕЛО ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА И ЕФИКАСНОСТ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА КАО МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРД (ИСКУСТВА И ПОУКЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Академик проф. др Станко Бејатовић[1]

Апстракт: *Предмет анализе у раду су две групе питања која се тичу начела опортунитета кривичног гоњења као једног од кључних кривичнопроцесних института ефикасности кривичног поступка као међународног правног стандарда. Прва се односи на опште напомене о ефикасности кривичног поступка – њеном појму, значају, субјектима и факторима њене практичне реализације. Два су кључна закључка извршене анализе ове групе питања. Први је бројност фактора ефикасности кривичног поступка с тим да међу њима посебан значај имају они који се тичу: законске норме , сложености и тежине конкретног кривичног предмета, међусобних односа и сарадње процесних - кривичнопроцесних субјеката и злоупотребе права -правнене норме. Друго, и поред појединачног значаја сваког од наведених фактора ефикасност откривања и доказивања кривичних дела –ефикасност кривичног поступка посматрано уопште а тиме и конкретно зависи од истовремене адекватне присутности сваког од њих. Само њихова адекватна заједничка присутност у конкретној кривичној ствари је предуслов њеног ефикас-*

[1] Редовни проф. Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, председник Управног одбора Института за криминолошкса и социолошка истраживања у Београду и председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу (st.bejatovic@eunet.rs).

ног расветљења и решења-предуслов ефикасаности кривичног постука као целине који се води поводом конкретне кривичне ствари.

Друга група питања тиче се начела опортунитета кривичног гоњења (његовог појма, криминално-политичких разлога озакоњења и видова начела). Основни закључак извршене анализе ове групе питања је пуна криминална политичка оправданост нормирања начела и оправданост његове обимне примене у јавнотужилачкој пракси Републике Србије. Међутим, и поред општеприхваћености начела било би погрешно извући закључак да нема ништа спорно ни код норми која третирају проблематику начела ни код њихове практичне примене. Насупрот. Сматра се, чини се сасвим оправдано, да би на нешто другачији начин нормирања одређеног броја питања она била у функцији још адекватније примене начела. Случај пре свега са питањима везаним за статус оштећеног лица у случајевима решавања кривичне ствари путем начела и питањима везана за обавезе које се намећу осумњиченом у случајевима условног одлагања кривичног гоњења.

***Кључне речи**: ЗКП, реформа, начело опортунитета, кривично гоњење, јавни тужилац, осумњичени, жртва кривичног дела, одбачај кривичне пријаве, ефикасност кривичног поступка*

1. Опште напомене о ефикасности кривичног поступка (појам, значај и фактори ефикасности)

Једно од најактуелнијих питања досадашњег рада на реформи кривичног процесног законодавства Републике Србије која траје већ дуже од две деценије[2] је питање ефикасности откривања , доказивања и пресуђења кривичних дела –ефикасности кривичног поступка.[3] Бројни

[2] Рад на реформи започет је доношењем Законика о кривичном поступку из 2001.год. (*Сл. лист СРЈ*, бр.,70/01 и 68/02 и *Сл. гласник РС*, бр., 58/04, 85/05, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10) и траје и даље. Министарство правде Републике Србије образовало је Радну групу са задатком да до септембра месеца текуће године сачини Предлог измена и допуна важећег текста Законика о кривичном поступку чије је усвајање планирано до краја текуће (2024.) год.

[3] Под ефикасношћу кривичног поступка подразумева се како његова квалитативна компонента (законитост вођења кривичног поступка и доношење правилне и законите судске одлуке) тако и његова квантитативна компонента (временски размак од покретања кривичног поступка па до доношења правноснажне судске одлуке). Обзиром на ово,

су разлози овако високог степена актуелности ове приблематике. Један од важнијих је и чињеница да је ефикасност кривичног постука показатељ и адекватности државне реакције на криминалитет као једног од кључних циљева њеног функционисања уопште. Обзиром на ово нетреба да чуди ни чињеница што је управо питање ефикасности кривичног поступка предмет , већ дуги низ година, интензивне расправе не само у круговима стручне јавности већ и много шире. Захтев за ефикасношћу кривичног поступка је, слободно се може рећи, постао и један од важнијих особености савремене науке кривичног процесног права а тиме и савременог кривичног процесног законодавства чија решења прате тенденције науке. Он је, сасвим оправдано, један од кључних међународних правних стандарда из ове области као целине[4]. Разлози давања оваквог значаја ефикасности кривичног поступка су бројни. Међу њима посебан значај имају три.

Први лежи у неспорној чињеници да је само ефикасан кривични поступак један од инструмената успешне борбе против криминалитета и као такав одговара циљевима и генералне и специјалне превенције. Насупрот овом, неефикасна примена мера кривичне принуде супротна је циљевима и генералне и специјалне превенције. Као таква, штавише и охрабрује потенцијалне извршиоце кривичних дела и изазива, сасвим оправдано, и незадовољство јавности чиме ова проблематика још више добија на свом значају. Из ових, и не само ових, разлога обавеза је сваког друштва да створи нормативне као и све друге предуслове за што успешнију борбу против криминалитета, за што успешније остваривање циљева криминалне политике уопште, за што ефикаснији кривични поступак, за што ефикасније функционисање кривичног правосуђа.

ефикасним кривичним поступком може се сматрати само онај поступак у којем је у реално кратком временском интервалу од његовог покретања па до окончања, уз пуно поштовање законитости његовог вођења, донесена правилна и законита правноснажна судска одлука (Види: Бејатовић, С., Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард, У: ``Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2010, стр., 184–203).

[4] Бугарски, Т., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и лице оштећено кривичним делом, У:``Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)``, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 20220, стр.,357.

Друго, законит кривични поступак не значи само такав поступак који ``осигурава да нико невин не буде осуђен, а да се кривцу изрекне кривична санкција под условима које предвиђа кривични закон и на основу законито спроведеног поступка него и такав поступак који то омогућава у најкраћем могућем трајању.``[5]

Полазећи од изнесеног значаја ефикасности кривичног поступка уопште сасвим је исправан и став законодавца Србије, и не само Србије већ и држава региона па може се рећи и уопште, по питању циљева процеса реформе кривичног процесног законодавства који као што је то већ истакнуто траје већ преко две деценије. Наиме, један од два кључна циља реформе је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак с тим да то не иде на уштрб националним законодовством и релевентним међународним актима загарантованих слобода и права човека и грађанина уопште[6]. Полазећи од овако постављеног циља реформе већ ЗКП из 2001. год., као први законски текст у процесу рада на реформи уводи не мали број изузетно значајних новина којима се ствара нормативна основа за ефикаснији кривични поступак:

- нпр. дозвољава се могућност примене начела опортунитета кривичног гоњења и на пунолетне учиниоце кривичних дела;
- уводи се могућност изрицања кривичних санкција без главног претреса;
- проширује се функционална надлежност судије појединца;
- проширује се могућност вођења скраћеног кривичног поступка и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до три године;
- ограничава се укупно трајање притвора;
- одређује се рок за вештачење и прописују последице пропуштања одређеног рока;
- прецизира се процесни тренутак до којег се лице које ужива

[5] Ђокић, И.- Чворовић, Д., „Кривичнопроцесне форме за решавање проблема ситног криминалитета у српском и немачком праву“, *Ревија за криминологији и криично право* ,бр. 2021/2, стр., 38.

[6] 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, проједнстављене 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, стр., 48.

право имунитета може позвати на имунитет;
- ограничава се број бранилаца једног окривљеног лица;
- предвиђају се нове мере према субјектима који својим понашањем онемогућавају или отежавају одржавање главног претреса;
- прецизира се рок за повраћај привремено одузетих предмета и др.[7]

Тренд нових решења у кривичном процесном законодавству Србије започет доношењем ЗКП из 2001. год. у циљу стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак настављен је његовим изменама и допунама из маја месеца 2004. год. односно изменама и допунама из августа месеца 2009. год., које доносе најзначајне новине управо по овом питању , и то превасходно путем озакоњења споразума о признању кривице као једне од доминантних форми поједностављеног поступања у кривичним стварима.[8] Међутим, и поред свих ових новина рад на реформои је настављен. Пришло се раду на изради новог ЗКП који је окончан његовим усвајањем ЗКП 2011. год., стим да се ни ту није стало.[9] Као што је већ истакнуто у току је рад на завршној фази Закона о изменама и допунама важећег текста ЗКП а један од кључнх циљева који треба да буде постигнут и овим законским интервнцијама је даљње ширење нормативне основе за постизање жељеног степена ефикасности кривичног поступка будући да је он још увек, и поред неспорног напретка, далеко од жељеног.[10]

Не улазећи у анализу бројних новина донесених са овим циљем у досадашњем раду на реформи кривичног процесног законодавства

---

[7] 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, Београд, 2022, стр., 76.

[8] Бејатовић,С., „Измене и допуне ЗКП и поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, *Ревија за криминологију и кривично право,* бр. 2/09, стр., 21-40.

[9] Види: Шкулић.М., Нови Законик о кривичном поступку-очекивања од примене, У: ‘’Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена’’, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр., 33-68.

[10] 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., 236.

Србије посебно, обизиром на тему рада, треба истаћи чињеницу која чини се најсликовитије одржава став законодавца по путању ефикасности кривичног поступка. Она се тиче начела суђења у разумном року. Једно од изричито предвиђених начела које је, сасвим оправдано, донео процес реформе, тачније речено важећи ЗКП[11], је и начело суђења у разумном року. Његова суштина се огледа у обавези суда да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка, а случају кривичног поступка против окривљеног који је у притвору поступак је хитан (чл. 14. ст. 1 и 2.ЗКП).[12] У циљу што потпуније практичне реализације овог начела ЗКП је предвидео и мере за спречавање одуговлачења поступка - мере за спречавање злоупотребе права од стране субјеката кривичног поступка.

Поред ЗКП, Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова из новембра месеца 2013. год.[13] предвиђени су додатни инструменти практичне реализације заштите права на суђење у разумном року. На крају као круна нормативне основе ове проблематике доносен је и Закон о заштити права на суђење у размном року[14] чија је сврха ``пружање судске заштите права на суђење у размном року и тиме предупеђивање настајања повреда на суђење у размном року``, с тим да ``судска заштита права на суђење у размном року укључује и истрагу коју у кривичном поступку спроводи јавни тужилац``.[15] Основна премиса од које се пошло приликом установљења права на суђење у разумном року је идеја према којој спора правда представља изигравање правде и самог права на правично суђење**.** Због тога, право на суђење у разумном року постоји како у интересу лица о чијим се правима и обавезама одлучује или против кога се води одређени поступак (субјективна компонента), тако и у интересу правне сигурности и владавине права уопште (објективна компонента). Као такво, право на суђење у разумном року је на известан

[11] Бејатовић, С., Нови Законик о кривичном поступку Републике Србије и адекватност државне реакције на криминалитет, У:``Тешки облици криминалитета и државна реакција,'' Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр., 47.

[12] Кривични предмети генерално захтевају већи степен хитности од грађанских предмета и тај стандард је строжи када се окривљени налази у притвору (Абдоелла в. тхе Нетхерландс, но. 12728/87, пресуда од 25. новембра 1992, стр., 24.

[13] *Сл. гласник РС*, бр., 101/2013.

[14] *Сл. гласник РС*, бр., 40/2015.

[15] Чл. 1. ст. 2 и 3. Закона о заштити права на суђење у разумном року

начин више објективизовано и његов смисао је да заштити конкретног појединца од стреса који трпи због своје несигурне правне ситуације, али и генерално, да обезбеди спровођење правде без одуговлачења, што би угрозило њену делотворност и кредибилитет.[16]

Обзиром на изнесени значај ефикасности кривичног поступка уопште, једно од значајних питања у вези са овом проблематиком је и питање фактора који утичу на његову ефикасност и субјеката од чије ефикасности рада зависи та ефикасност. Полазећи од констатованог да ефикасност кривичног поступка у себи обједињује две међусобно повезане компоненте (трајање кривичног постпука и законитост решења конкретне кривичне ствари) то су истоветни фактори и једне и друге компоненте. Односно, то су фактори који утичу на ефикасност кривичног поступка уопште.

Сходно овом, на ефикасност кривичног поступка , посматрано као целина, утичу бројни фактори. Међу њима следеће групе фактора су кључне. То су: Законска норма; Сложеност и тежина конкретног кривичног предмета; Организација правосуђа; Међусобни односи и сарадња процесних- кривичнопроцесних субјеката , злоупотреба права -злоупотреба правне норме. Што се тиче субјеката од ефикасности чијег рада зависи и ефикасност поступка откривања и доказивања кривичних дела и њихових извршилаца-ефикасност кривичног поступка уопште то су, може се слободно рећи, посматрано у ширем смислу речи, сви субјекти предистражног и кривичног поступка уопште. Међутим, и поред тачности такве једне констатације тачно је и то да од ефикасности рада три субјекта овог поступка (полиције, јавног тужилаштва и суда) у највећем могућем степену зависи и његова ефикасност као целина. Обзиром на ово, када је реч о субјектима ефикасности поступка откривања и доказивања крвичних дела и њихових извршилаца –ефикасности кривичног поступка уопште- онда посебну пажњу треба посветити управо овим субјектима.

На крају када је реч о овом аспекту предметне проблематике посебно треба имати у виду чињеницу да је један од изузетно значајних ако не и кључних фактора ефикаснсти кривичног поступка законска норма, одонсно конкретније речено норме кривичнопроцесног законодавства схваћене у ширем смислу његовог значења. И у теорији и у пракси не-

[16] Европски суд за људска права је заузео овакав став у пресуди од 28. јула 1999. године у случају Bottazzi v. Italy, (no. 34884/97).

спорна је чињеница да од квалитета законске норме, њене адекватне примене у пракси, степена злоупотребе права - правне норме зависи и степен ефикасности кривичног поступка. Обзиром на ово када је реч о кривичнопроцесној норми као фактору ефикаснсти кривичног постуока треба имати у виду следеће:

Прво, кривичнопроцесне норме , да би биле у функцији ефикаасности кривичнпог поступока морају да одговарају савременим захтевима борбе против криминалитета, да буду усклађени са нашом стварношћу и да буду примењиве. Морају, посматрано са аспекта свог садржаја, да буду ослобођене нормативног романтизма и да у себи садрже само онолико репресивности колико је то стварно неопходно. Морају да буду адекватне времену и простору на којем се примењују. Добро је познато и неспорно да превентивна функција законске норме није толико у њеној строгости колико у неминовности њене примене на свако лице у случајевима када су испуњени зато прописани законски услови што посебно долази до изражаја код кривичноправних норми. Уз ово, законска норма да би, по свом садржају, била у функцији због које и постоји њу морају да карактерише и висок степен прецизности одређивања појединих законских појмова (израза) и прописивање прецизних услова за примену појединих мера и института. Једном речју, прецизност садржаја кривичнопроцесне као и кривичноправне норме уопште мора да буде изузетно висока.[17]

Друго, општи циљ политике сузбијања криминалитета – заштита друштва од криминалитета остварује се и преко примене кривичног законодавства која мора да буде адекватна и у складу са интенцијама законодавца, а не само да остане мртво слово на папиру.

Треће, у практичној примени кривичнопроцесних као и кривичноправних норми уопште злоупотреба права мора бити спречена или сведена на најнижу могућу меру.

Четврто, практична реализација кривичнопроцесних норми условљена је, у великој мери, и добром организацијом , функционисањем и координираним радом правосудних и других органа непосредно ангажованих на пољу борбе против криминалитета. Преко ова четири аспекта кривичнопроцесно законодавство је инкорпорирано како у политику сузбијања криминалитета тако и у практичну реализацију адекватности

[17] Види: Законодавни поступак и казнено законодавство, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

државне реакције на крииналитет. Једном речју, представља адекватну основу за жељени степен ефикасности кривичног поступка.

2.Начело опортунитета кривичног гоњења као инструменат ефикасности кривичног потука

2.1. Појам, видови и криминалнополитички разлози озакоњена

Као што је то већ констатовано, у циљу стварање нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка досадашњи процес реформе донео је низ новина а једна од њих је озакоњење већег броја поједностављених форми поступања у кривичним стварима међу којима је најзначајнија озакоњење могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења и према пунолетним учиниоцима кривичних дела са његова два вида (условно одлагање кривичног гоњења и безусловни одбачај кривичне пријаве).[18] Начело је озакоњено ЗКП из 2001. год. и након почетне резервисаности не само струке већ и јавности уопште начело је врло брзо постало оптештеприхваћен институтут. Услед релативно брзе општеприхваћености института све законодавне интервнеције након озакоњења начела, а било их је више, 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 не малог броја стручне јавности за даљње ширења поља његове могуће примене.[19] 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 начала 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 кри-

[18] Киурски, Ј., Начело опортунитета кривичног гоњења, Институт за криминолошка и социолошка истраживања , Београд, 2019, стр., 158.

[19] 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., 241.

вичног правосуђа и растерећења судова, посебно у односу на случајеве који повлаче мале казне, као и у односу на проблеме који настају услед дугих кривичних поступака.[20] Поред овог, један од криминално-политичких 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.[21]

Обзиром на ово, неспорно је да се начелом опортунитета кривичног гоњења као и бројним другим диверзионим 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.[22] Као такво начело опортунитета кривичног гоњења представља један од облика диверзионих поступака 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 јавног тужиоца да предузме кривично гоњење, ако постоје докази да је учињено одређено кривично дело, начело опортунитета омогућава јавном тужиоцу да одлуку о предузимању кривичног гоњења донесе у складу са својом оценом о целисходности кривичног гоњење у конкретној кривичној ствари. Наравно ово под условом да су испуњене и друге законом предвиђене предпоставке за примену начела што је у зависности о којем његовом виду је реч. Начело опортунитета кривичног гоњења садржи овлашћење јавног тужиоца да по дискреционој оцени одлучи о вршењу функције

[20] Бугарски, Т., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и лице оштећено кривичним делом, У:``Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)``, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 20220, стр., 359.

[21] 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., 168.

[22] Усвојена од стране Комитета министара Савета Европе на 410. седници одржаној 17. септембра 1987.

кривичног гоњења. Нормирано је као изузетак који може и треба да буде примењен само у оним случајевима када 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 опортунинитета``.[23] Но, иако замишљено као изузетак од начела легалитета као правила обзиром на то да пракса и упоредно 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.[24]

Важећи текст ЗКП Републике Србије познаје два вида начела опортунтета кривичног гоњења према пунолетним учиниоцима кривичних дела (услово одлагање кривичног гоњења-услови 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 индентични (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 криминално-политички оправдана. У противом 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. Обзиром на ово, када је реч о циљевима примене начела опортунитета кривич-

[23] Одлука Уставног суда Србије, Уж. бр. 7951/2015 (27.01. 2022)

[24] Ђурђић, В., Нормативна основа ефиканости кривичног поступка Србије, У: ``Кривичнопроцесни инструменти државне реакције на криминалитет (Норме и пракса) ``, Српско удружење за кривичноправну теприју и праксу -Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Београд, 2022, стр., 172

ног 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 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 последниих 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 три године. Званични статистички подаци Републичког јавног тужилаштва за 2021, 2022 и 2023. год. (Табела бр. 1.) говоре да је у ове три године путем начела опортунитета кривичног гоњења (два његова вида) решено 67.092 кривична случаја (23,1% свих поднесених кривичних пријава).

Табела бр. 1.
Начело опортунитета кривичног гоњења и укупан број кривичних предмета

Година	Укупно предмета (Поднесених кр.пријава)	Начело опортунитета (укупно)	%
2021	98.787	23.525	23,8
2022	95. 507	21.037	22,1
2023	96 .704	22.530	23,2
Укупно	290.998	67.092	23,1

Друго, кључни разлог повећања ефикасности кривичних поступака као целине у последних десетак година је изнесени обим примене начела опортунитета кривичног гоњења. Најбољи доказ оправданости-исправности оваке једне констатације је чињеница да, и поред извесног напретка, класични кривични поступци [25] и даље трају релативно дуго. Оваква једна констатација своју подлогу налази у чињеници да класични кривични поступци трају (од подношења кривичне пријаве до правноснажности) преко 2 године. Ако се овоме дода и такође неспоран

[25] О појму ``класични кривични поступци `` види: Бејатовић, С., Кривично процесно право, ЈП ``Сл. Гласник`` Београд 2019, стр., 178.

податак да је и не мали проценат (преко 5%) кривичних поступака који трају преко 5 година[26] 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 законодавсва 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 кривчноправној заштити малолетних лица Републике Србије [27] као примарном извору права код ове категорије учинилаца кривичних дела постоје три вида начела опортунитета кривичног гоњена (безусловни опортунитет, условљени опортунитет и условљено обустављање кривичног поступка у припремном поступку - чл.58, 62 и 71.овог законског текста).[28] Међутим, примена начела опортунитета код ове категорије учинилаца кривичних дела није предмет анализе у овом раду (због његовог ограниченог обима), али треба имати у виду чињицу обимног коришћења начела и код ове категорије учинилаца кривичних дела. Нпр. према званичним подацима Републичког јавног тужилаштва Србије у посматране три године (2020 , 2021 и 2022. година) у преко 12% свих поднесених кривичних пријава (око 6000 на годишњем нивоу) против малолетника долази до примене условног опортунитета.[29]

---

[26] Шкулић, М.,Поједностављене форме поступања и други кривичнопроцесни инструменти реаговања на криминалитет и ЗКП из 2011.год.-Испуњени циљеви нормирања или не?, У:``Ванинституционалне мере, проједнстављене 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., стр., 52.

[27] *Сл. гласник РС*, бр., 85 /05

[28] Детаљније о овом види: Бејатовић, С, и др. Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења (Треће измењено и допуњено издање, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022.

[29] Види: Карић, Т., и др. Анализа утицаја примене Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у периди од 2006-2020. Институт за криминолшка и социолошка истраживања, Београд, 2021.

2.2.Одлагање кривичног гоњења као вид начела опортунитета (Условљени опортунитет)

Овај вид начела опортунитета предвиђен је у чл. 283. ЗКП и њиме се јавни тужилац може да 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 јавном 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. Насупрот. 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 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,[30] да ли се с обзиром на околности које се тичу кривичног дела

[30] Да ли се нпр. ради о примарном учиниоцу или о повратнику, да ли је према истом раније примењивано начело опортунитета кривичног гоњења, понашање учиниоца после извршеног кривичног дела, спремност да отклони последице настале извршењем кривичног дела, изражено кајање и сл. Посматрано са аспекта овог услова могућности коришћења начела пажњу заслужује и чињеница да је Упутством Републичког јавног тужиоца А. бр. 246/08 од 28.03.2019. године, предвиђено да се условно одлагање кривичног гоњења не може применити уколико је та мера већ два пута примењена према осумњиченом за исто кривично дело, као и да ће јавни тужилац, уколико се за осумњиченог кроз проверу преко централне евиденције утврди да ја већ према истом примењен институт за неко друго кривично дело,

и личности учиниоца, применом опортунитета може постићи сврха кажњавања из чл. 42. Кривичног законика (КЗ)[31], 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) наложене 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 је једно од његових кључних права а оно изостаје 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 произаћи из свести о последицама испуњена, односно неиспуњења налоложене обавезе (наложених обавеза).[32]

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

у зависности од свих околности случаја, самостално проценити да ли ће поново применити условно одлагање кривичног гоњења или не.

[31] *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104 /13, 108/14, 94/16 и 35/19.

[32] 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, Београд, 2022, стр., 74.

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 друштвенокорисни 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 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 при том 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 криминално -политичкој оправданости нормирања и примене начела у свим случајева када су испуњени предње наведени услови. Обзиром на ово , сасвим је оправдана јавнотужилачка пракса у којој се овај вид начела опортунтета кривичног гоњења примењује у знатно већем броју него његов другу вид (одбачај кривичне пријаве без било каковог условљања-чист опортунитет).

Табела бр.2.

Видови начела опортунитета кривичног гоњења и укупан број кривичних предмета

Год.	Укупно предмета (Поднесених кр.приј.)	Условљени опортун. (Чл.283.ЗКП)	%	Чист опортунитет (Чл.284.ст.3.ЗКП)	%
2021	98787	16.261	16,4	7264	7,3
2022	95507	14.773	15,4	6264	6,5
2023	96 .704	15.203	15,7	7327	7,5
Укупно	290.998	46.237	15,8	20.855	7,1

Подаци табеле бр.2. говоре да од укупно поднесених крвичних пријава посматрано збирно за 2021, 2022 и 2023.годину на њих 46.237 (15,8%) је примењен условљени опртунитет а у 20.855 (7,1%) случајева чист (безусловни) опртинтет.

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 обезе-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 обисмислити правилно одабрану обабезу. Обзиром на ово рок од годину дана треба одређивати само изузетно и првенствено у односу на обавезе медицинског карактера с обзиром на њихову природу. Увек када је то могуће, обзиром на приириду 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 подпуности наложену обавезу (болест , отказ на послу и сл.). Међутим, и у таквим случајевима продужење рока је могуће само у оквири максимално одређенг рока од годину дана.

И поред тога што законодавац не прописује критеријуме на основу којих ће јавни тужилац определити одређене обавезе у конкретном случају имајући у виду ресторативни карактер условног одлагања кривичног

гоњења, као и да је право оштећеног на накнаду штете најважније право жртава кривичних дела уколико је кривичним делом причињена штета[33], 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 размотрити 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 контексти иду и залагања стручне јавности.[34] Обзиром на ово чини се сасвим оправданим предлог Радне групе која ради на изради Предлога измена и допуна ЗКП да налагање обавезе осумњиченом да отклони штетну последицу насталу изршењем кривичног дела или да накнади причињену штету буде обавезан услов могућности одлагања му кривичног гоњења.[35] Потврда исправности оваквог залагања стручне јавности лежи и у чињеници да досадашња искустава у примени овог вида начела говоре да без мало једина обавеза која се налаже осумњиченом је да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати

[33] Бејатовић, С., Жртва кривичног дела и кривичноправни имнструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавста, прикмена и мере унапређења и заштите), У: ``Жртва кривичног дела и кривичноправни имнструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)``, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020, стр., 28.

[34] 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., 351.

[35] 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 2023, стр., 237.ОК

одређени новчани износ који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе.

Из података табеле бр. 3. видљиво је да у скоро 90% одлагања кривичног гоњења осумњиченим налагана 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 дређеног новчаног износа, што је у супротности са концепцијом и циљевима који се желе постићи применом начела опортунитета кривичног гоњења. На другом месту је обавеза отклањање штетне последице настале извршењем кривичног дела или накнада причињене штете која се посматраном временском интервалу налагала у мање од 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 представаљања у основним и вишим јавним тужилаштвима у току 2019, 2020 и 2021.године у оквиру чега је посебно апострофирана управо ова обавеза.[36] Потом следе обавезе испуњење доспеле обавез 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 не малог 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 нпр. 2022. години примењен у 2085 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 тужица 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

[36] Види: Бејатовић,С., и др., Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2019.

КЗ, када су зато испуњени законски услови, осумњиченом понуди 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.[37] Даље, када је реч о обавезама које се могу наметнути осумњиченом у слачајевима одлагања му кривичног гоњењења 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)[38] 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 исељење 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 обзиром на чињеницу степена друштвене опасности овог кривичног дела и његове све веће практичне присутности. [39]

---

[37] Опште обавезно упуство републичког јавног тужиоца, А. бр. 246/08 (28.03.2019.)

[38] *Сл. гласник РС*, бр., 18/2005 ,72/2011 и 6/2015

[39] Марковић, С., Кривично дело насиља у породици и заштита жртава насиља у поородици, У: ``Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарду-норма и пракса)``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2020, стр., 291

Табела бр.3.

Условно одлагање кривичног гоњења и поједине намтенуте обавезе осумњиченом

Година	2021	%	2022	%	2023	%
Укупно одлож. кривичних гоња	16.261		14.773		15.203	
Уплата одређеног новчаног износ	14.227	87,4	13236	89,6	13527	88,9
Отклањање штетне последице кривичног дела	1300	7,9	1002	6,7	1034	6,8
Испуњење доспеле обавезе издржавања	83	2,3	267	1,8	267	1,7
Обављање одређеног друштвено-корисног рада	306	1,8	231	1,5	289	1,9
Остале обавезе	45	0,2	37	0,2	86	0,5

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, 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 закона обавезама из чл. 283. Ст. 1. ЗКП остварује се и сврха кажњавања прописана одредбом 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 предпоставком 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, осимњичени 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 новчног 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 хумнанитарне 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 надакнадио 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 криминално-политичко оправдање.[40] Овом додајмо и чињеницу да су наметањем ове обавезе осумњиченом приликом одлагања му кривичног гоњења прикупљена и знатна финансијска средства која су уложена у одређене организације, фондове или установе (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 предходним годинама, највећи проценат одлагања кривичног гоњења је код кривичног дела угрожавања јаног саобраћаја из чл. 289.КЗ. Код 5230 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 2085 случајева (14,7%). На трећем

[40] Радуловић, Д., Реформа кривичног процесног законодавства Црне Горе-искуства и поуке,У:``Две деценије реформе казненог законодаватв: Искуства и поуке``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2023, стр., 431.

месту је кривично дело крађе из чл.203.КЗ код којег је кривично гоњење одложено код 1134 осумњичена лица (7,9%).[41]

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 ствар сматра решеном јер оштећени нема право улагања приговора нити било ког другог правног средства с циљем побијања овако донесеног решења јавног тужиоца.[42] 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 назор над извршењем обавеза обавља повереник из ограна управе надлежног за послове извршења кривичних 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 Оделење за третман и алтернативне санкције Управе за извршење кривичних санкција. Имајући у виду резултате рада овог оделења, с правом се може очекивати да се новонормираним начином контроле извршења наложених обавеза створају 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 пуни криминално -политичку оправданост нормирања и примене оваквог начина решавања кривичних ствари пуно-

[41] Извештај Републичког јавног тужилаштва Србије за 2022, стр. 41.

[42] 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., 85.

летних учинилаца кривичних дела. Међутим то ниуком случају незначи да је став струке да ништа нетреба мењати по овом питању. Насупрот. Присутна су, чини се сасвим оправдано, и одређена залагања за нешто другачији начун нормирања појединих питања начела с циљем како његове што адекватније примене тако и што подпуније 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.[43]

За примену одлагања кривичног гоњења сада се не тражи сагласност суда што је оправдано, али је неопходна контрола одлуке јавног тужицао 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 законодавству[44]. Или, ту је и решење по којем се за одлагање кривичног 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 опортинитета од стране јавног тужиоца. Један од начина постизања овако постављеног циља је и предвиђање обавезе осумњиченог да отклони штетне последице настале извршењем кривичног дела или накнади причињену штету као обавезног услова могућности одлагања кривичног гоњења[45]. Уз ово, чине се оправданим и

[43] Бејатовић.С.,Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП, У:``Актуелна питања кривичног законодавства-Нормативни и практични аспект``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр., 138.

[44] Миљуш, И.,Начело опортунитета кривичног гоњења и ефикасност решења кривичне ствари,У:``Две деценије реформе казненог законодаватв: Искуства и поуке``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2023, стр., 524.

[45] 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)

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 отклањањање узрока насилничког понашања и сл. 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 јаног 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. Обзиром на ово а у циљу отклањања уочених дилема, нејасноћа и спорних питања и обезбеђења предпоставки 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 истом указало на начине решавања наведених и 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.[46] Све ово само по себи говори и о степену значаја који се у Републицу Србији придаје оваквом начину решавања кривичних ствари и настојању да примена начела буде у

``,Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу-Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, Београд, 2022, стр., 76.

[46] Чворовић, Д.,Криминално-политичка оравданост, сврха и облици начела опортунитета кривичног гоњења, У: ``Опортунитет кривичниг гоњења``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу-Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009, стр., 37.

складу са криминално-политичким разлозима који га оправдавају и што уједначења на целом простору Републике Србије.

2.3. Безусловни (чист) опортунитет

Други могући вид начела опортунитета кривичног гоњња према ЗКП је безусловни (чист) опртунитет. Његова суштина и истовремено кључна разлика у односу на провонаведени 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 предпоставке за предузимање кривичног гоњења, и то без постављања било каквих услова осумњиченом. 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;[47] Да јавни тужилац према околностима случаја оцени да вођење кривичног поступка и изрицање кривичне санкције не би било правично-целисходно.[48] Сходно овом, у случају испуњености ових услова у конкретној кри-

[47] Оцену добровољности, посматрано са аспекта овог услова, треба ценити према околностима под којима је до спречавања наступања последице или надокнаде штете дошло. Добровољност постоји само када је одлука о томе била резултат слободног самоопредељења осумњиченог и она се цени са становишта спољних и унутрашњих фактора, с тим да спољни фактори не смеју бити одлучујући. Ако је до доношења одлуке осумњиченог дошло услед истовременог деловања и спољних и унутрашњих фактора, за оцену добровољности потребно је утврдити шта је у конкретном случају имало претежнији утицај на одлуку осумњиченог, да ли његове унутрашње снаге или спољне сметње. Другим речима казано, до спречавања наступања последице као и до надокнаде причињене штете мора доћи кроз сврсисходно и ефикасно ангажовање осумњиченог.

[48] Целисходност као општи услов за примену начела опортунитета, код овог његовог вида има посебан значај, с обзиром да јавни тужилац доноси одлуку искључиво на основу дискреционе оцене. Дискрециона оцена претпоставља да јавни тужилац цени да ли је кривично гоњење осумњиченог и изрицање кривичне санкције правично на основу околности везаних за личност осумњиченог и околности под којима је дело учињено. Приликом утврђивања ових околности јавни тужилац се руководи општим правилима о одмеравању казне из чл. 54. КЗ, с тим да наведене околности спадају у категорију олакшавајућих околности.

вичној 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 неби било правично-сврсисходно, јавни тужилац решењем одбацује кривичну пријаву.

За разлику од условог 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 ипуњени 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.[49] Подаци таб.бр.2. показују да се више од 50% мање у јавнотужилачкој пракси користи овај вид начела

[49] Ђокић, И.- Чворовић, Д.,Кривичнопроцесне форме за решавање проблема ситног криминалитета у српском и немачком праву, Ревија за криминологији и криично право , бр. 2/2021, стр., 36.

опортунитета кривичног гоњења од првонаведеног вида (условног одлагања кривичног гоњена). 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.[50]

3. Решавање кривичне ствари употребом 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)? Односно питање: Да ли се овако донетом одлуком јавног тужиоца кривична ствар сматра пресуђеном (рес јудицата) и да ли се у овом случају може применити начело не бис ин идем-Да ли оно има апсолутно дејство у случајевима оваквог начина реашавања кривичне ствари? Реч је 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 недаје 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.

[50] Ђурђић, В., Начело опортунитета кривичног гоњења у кривичном поступку Србије, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 3/2012 стр. 78.

Треће, ту је и чињеница обима коришћења начела опортунитета кривичног гоњења у јавнотужилачкој праксу у Републици Србији. Видели смо, званични статистисчки подаци Републичког јавног тужилаштва говоре да се по основу два могућа вида начела опортунитета кривичног гоњена према пунолетним учиниоцима кривичних дела (условни и безусловни опортунитет) у Републици Србији годишње решава преко 20.ооо кривичних случајева, преко 2о% 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[51], као правног лека, ни било ког другог правног средства против ове одлуке јавног тужиоца с циљем њеног евентуалног преиспитивања. 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.[52] Уз ово, ту је и одредба чл. 275. ЗКП којом је пропи-

[51] Оштећени у наведеним случајевима нема право да изјави жалбу у смислу одредбе чл. 465. ЗКП, којом је прописано да се против решења органа поступка донесених у првом степену може изјавити жалба увек када у овом Законику није изричито одређено да жалба није дозвољена.

[52] Шкулић, М .,Начело ne bis in idem у казненом законодавству Републике Србије, У: ``Начело ne bis in idem и правна сигурнот грађана (међународни правни стандарди,регионална законодавства и искуства у примени`` ,Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2022, стр., 38

сано 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. Обзиром на све ово чини се потпуно неспорним и да решење о одбацивању кривичне пријаве 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[53]. Начело ne bis in idem у оваквим кривичним случајевима има апсолутно дејсто.

На овом становишту стоји и Врховни касациони суд у своје три пресуде.[54] 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

[53] Ђоровић, Е.,Начело ne bis in idem и Европска конвенција за заштити људских права и основних слобода и пракса Европског суда за људска права, У: ``Начело ne bis in idem и правна сигурнот грађана (међународни правни стандарди,регионална законодавства и искуства у примени``, Мисија ОЕБС-а у Србији,Београд, 2022, стр., 142.

[54] То су: Пррсуда Прзз. бр. 18/2016 (22.12.2016. год.); Пресуда Кзз, бр. 466/2019 (8.05.2019.) и Пресуда Кзз. бр. 66/2020 (30.01.2020.)

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 се може сматрати као res judicata. Наиме, Врховни касациони суд је јасно изразио мишљење да окривљени у прекршајном поступку у ситуацији у којој је претходно донето решење о одбацивању кривичне 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[55], као и пресуду Суда правде Европске уније у Луксембургу Хусеин Гозуток и Клаус Бругге Ц-187/01 и Ц-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, се има 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.[56]

X x x
X

Извршена анализа предметне проблематике показује пуну криминално-политичку оправданост нормирања могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења и према пунолетним учиниоцима кривичних дела као једне од значајнијих новина које је донео процес реформе кривичнопроцесног законодавства Републике Србије који је започет доношењем ЗКП из 2001.год. Чини се да нема ни једног иоле озбиљнијег криминално-политичког разлога који говори против овог начела. Овакав став теорије у целости потврђује и јавнотужилачка пракса у Републици

[55] Gradinger v. Austria, app. nos 15963/90 (ECtHR, 23 october 1995) i Sergey Zolotukhin v. Russia app. nos 14939/03 (ECtHR, 10 february 2009)

[56] Билтен Врховног касационг суда, бр. 2/2021, стр., 49.

Србији. Она недвосмислено говори да је начело опортунтета кривичног гоњења кривичнопроцесни институт којим се остварује кључни циљ реформе кривичнопрооцесног законодсвства- ефикасност кривичног поступка.

Међутим, и поред општеприхваћености начела било би погрешно извући закључак да нема ништа спорно ни код норми које третирају проблематику начела ни код њихове практичне примене. Насупрот. Сматра се, чини се сасвим оправдано, да би на нешто другачији начин нормирања одређеног броја питања она била у функцији још адекватније примене начела. Случај пре свега са питањима везаним за статус оштећеног лица у случајевима решавања кривичне ствари путем начела и питањима везана за обавезе које се намећу осумњиченом у случајевима условног одлагања кривичног гоњења.

Литература

- 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.
- Бејатовић, С., Европски стандарди у области кивичног процесног законодавства и разлози неопходности њихове имплементације у национална кривичнопроцесна законодавства (стање у Србији), У:``Кривично законодавство између праксе и прописа и усклађивање са европским стандардима``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Милићи, 2017.
- Бејатовић,С., Реформа кривиног процесног законодавства Србије и међународни правни стандарди,. Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2-3/2016.
- Бејатовић,С., Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона, У:``Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени``, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013.
- Бејатовић, С.,Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП, У:``Актуелна питања кривичног законодавства-Нормативни и практични аспект``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.

– Бејатовић, С., ``Жртва кривичног дела и кривичноправни имнструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавста, прикмена и мере унапређења и заштите),У: ``Жртва кривичног дела и кривичноправни имнструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите) `` , Мисија ОЕБС-а у Србији,Београд, 2020.
– Бејатовић, С., Начело опортунитета кривичног гоњења као инструменат ефикасности државне реакције на криминалитет (Норма и пракса у Републици Србиј), 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, Београд, 2022.
– Бејатовић, С., Кривично процесно право , ЈП ``Сл.гласник``, Београд, 2019.
– Бејатовић, С., и др. Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења -Треће измењено и допуњено издање, Мисија ОЕБС-а у Србији,Београд, 2022.
– Бугарски,Т., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и лице оштећено кривичним делом,У: ``Жртва кривичног дела и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, регионана кривична законодавства, примена и мере унапређења и заштите)``, Мисија ОЕБС-а у Србији,Београд, 2020.
– 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.
– Грубач, М., Коментар Законика о кривичном поступку ,ЈП ``Сл.гласник ``, Београд, 2014.
– Ђоровић, Е., Начело ne bis in idem и Европска конвенција за заштити људских права и основних слобода и пракса Европског суда за људска права, У: ``Начело ne bis in idem и правна сигурнот грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени)``, Мисија ОЕБС-а у Србији , Београд, 2022.
– Чворовић, Д., Криминално-политичка оравданост, сврха и облици начела опортунитета кривичног гоњења, У: ``Опртунитет кривичниг гоњења``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу-Уд-

ружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009.
- Ђурђић, В., Начело опортунитета кривичног гоњења у кривичном поступку Србије,Ревија за криминологију и кривично право, бр. 3/2012.
- 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, Београд, 2022.
- Ђокић,- Чворовић, Д., Кривичнопроцесне форме за решавање проблема ситног криминалитета у српском и немачком праву, Ревија за криминологији и криично право , бр. 2/2021.
- Ђокић, И., Начело опортунитета кривичног гоњења, У: ``Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања``, Универзитет у Београду-Правни факултет, Београд, 2009.
- Илић, Г., Искуства и уочени проблеми у досадашњој примени начела опортунитета кривичнг гоњења у Србији, У: ``Опртунитет кривичниг гоњења ``,Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу-Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009.
- Карић, Т., и др. Анализа утицаја примене Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у периди од 2006-2020. , Институт за криминолшка и социолошка истраживања ,Београд, 2021.
- 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.
- Киурски, Ј., Начело опортунитета кривичног гоњења,Институт за криминолошка и социолошка истраживања,Београд, 2019.
- Радуловић, Д., Реформа кривичног процесног законодавства Црне Горе-искуства и поуке,У:``Две деценије реформе казненог законодаватв: Искуства и поуке``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2023.
- Симовић, М., Две деценије реформе кривичног процесног залонодавства у Босни и Херцеговини (искуства и поуке), У:``Две деценије реформе казненог законодавства: Искуства и поуке``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2023.

– Марковић, С., Кривично дело насиља у породици и заштита жртва насиља у поородици, У: ``Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарду-норма и пракса)``,-Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2020.
– Милошевић, С. – Митровић, Д., Мере безбедности обавезног лечења аклохоличара на слободи (норма и пракса), Ревија за криминологији и кривично право , бр. 2/2021.
– Миљуш, И., Начело опортунитета кривичног гоњења и ефикасност решења кривичне ствари, У:``Две деценије реформе казненог законодаватв: Искуства и поуке``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2023.
– Миљуш, И., Примена начела опортунитета кривичног гоњења за кривична дела у вези са злоупотребом опојних дрогама, У: `` Наркокриминалитет -Превенција и репресија ``,Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу-Истраживачки центар Бања Лука, Београд, 2023.
– Шкулић, М. и 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 у Београду, Београд, 2012.
– Шкулић, М., Начело ne bis in idem у казненом законодавству Републике Србије, У: ``Начело ne bis in idem и правна сигурнот грађана (међународни правни стандарди,регионална законодавства и искуства у примени)``, Мисија ОЕБС-а у Србији , Београд, 2022.
– Шкулић, М., Поједностављене форме поступања и други кривичнопроцесни инструкенти реаговања на криминалитет и ЗКП из 2011. Испуњени циљеви нормирања или не?, У: ``Ванинституционалне мере, проједнстављене форме поступања и други кривичноправни инструменти реакције на криминалитрет и позитивно законодавство Србије (Испуњена очекивања или не?)``,Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу,Београд, 2022.
– Шкулић, М., Реформа кривичног процесног законодавства-искуства и поуке, У:``Две деценије реформе казненог законодавства: Искуства и поуке``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2023.

Academician prof. Stanko Bejatović, Ph.D.[57]

THE PRINCIPLE OF THE OPPORTUNITY OF CRIMINAL PROSECUTION AND THE EFFICIENCY OF CRIMINAL PROCEEDINGS AS AN INTERNATIONAL LEGAL STANDARD (EXPERIENCES AND LESSONS FROM THE REPUBLIC OF SERBIA

***Abstract**: The subject of analysis in the paper are two groups of questions concerning the principle of the opportunity of criminal prosecution as one of the key criminal process institutes of the efficiency of criminal proceedings as an international legal standard. The first refers to general remarks about the effectiveness of criminal proceedings - its concept, importance, subjects and factors of its practical implementation. There are two key conclusions of the analysis of this group of questions. The first is the number of factors of the effectiveness of the criminal procedure, with the fact that among them, those that concern: legal norms, complexity and gravity of the specific criminal case, mutual relations and cooperation of procedural - criminal procedural subjects and abuse of rights - legal norms are of particular importance. Secondly, despite the individual importance of each of the mentioned factors, the effectiveness of detecting and proving criminal acts - the effectiveness of the criminal procedure viewed in general and thus concretely depends on the simultaneous adequate presence of each of them. Only their adequate joint presence in a specific criminal matter is a prerequisite for its effective clarification and solution - a prerequisite for the effectiveness of the criminal procedure as a whole, which is conducted on the occasion of a specific criminal matter.*

The second group of questions concerns the principle of the opportunity of criminal prosecution (its concept, criminal-political reasons for legalization and types of principles). The main conclusion of the analysis of this group of issues is the full criminal political justification of the norming of the principle

[57] Full Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac, President of the Board of Directors of the Institute for Criminological and Sociological Research in Belgrade and President of the Serbian Association for Criminal Law and Practice, st.bejatovic@eunet.rs.

and the justification of its extensive application in the public prosecutor's practice of the Republic of Serbia. However, despite the general acceptance of the principles, it would be wrong to draw the conclusion that there is nothing controversial either with the norms that treat the issues of the principles or with their practical application. Opposite. It is considered, it seems quite justified, that a slightly different way of standardizing a certain number of questions would serve the function of an even more adequate application of the principles. The case, first of all, with questions related to the status of the injured person in cases of solving a criminal case through principles and questions related to the obligations imposed on the suspect in cases of conditional postponement of criminal prosecution.

Key words: *CPC, reform, principle of opportunity, criminal prosecution, public prosecutor, suspect, victim of a criminal offense, dismissal of criminal charges, efficiency of criminal proceedings.*

UDK 341.4:347.218.2
doi 10.7251/PR6924741K
Originalni naučni članak

PROBLEM KRIVIČNE ODGOVORNOSTI DRŽAVA U MEĐUNARODNOM PRAVU

Akademik prof. dr Boris Krivokapić[1]

Sažetak: *Pitanje krivične odgovornosti država, koje je pokrenuto još između dva svetska rata. posebno je aktuelizovano na prelasku u XXI v. Jedan deo onih koji podržavaju tu koncepciju smatra da se o krivičnoj odgovornosti država može govoriti već sada, dok drugi priznaju da se ne radi o institutu važećeg međunarodnog prava, ali se zalažu za prihvatanje tog koncepta. I jedni i drugi tvrde da krivična odgovornost države postoji onda kada država teško krši obaveze utvrđene imperativnim normama opšteg međunarodnog prava, a sledi iz činjenice da određeni protivpravni akti države (agresija, genocid, teško i namerno zagađenje životnu sredine itd.) pogađaju interese čitave međunarodne zajednice i zahtevaju kažnjavanje. Posebnu kategoriju čine teoretičari koji govore o krivičnoj odgovornosti država, ali zapravo imaju u vidu međunarodne sankcije koje protiv država uvode druge države i međunarodne organizacije. Primećujući da nije sporno da država, kada tome ima mesta, snosi odgovornost zbog kršenja međunarodnog prava i štete nanete drugima, autor ističe da se ne može prihvatiti ideja krivične odgovornosti država. U potvrdu tome prvo ukazuje na načelne razloge, kao što su suverena jednakost država, imuniteti države od strane jurisdikcije, zabrana sile u međunarodnom pravu, princip individualne krivične odgovornosti i zabrana kolektivnog kažnjavanja. Zatim se osvrće na konkretne pravne probleme kao što su prethodna pitanja (predviđenost u zakonu, krivični sud kao organ koji odlučuje*

[1] Redovni profesor i naučni savetnik, Poslovni i pravni fakultet Univerziteta „MB“ (Beograd) i Pravni fakultet Samarskog nacionalnog univerziteta (Samara), krivokapicboris@yahoo.com.

o krivici, krivični postupak) i, naročito, problem vinosti – psihičkog odnosa učinioca prema krivičnom delu. Nakon toga razmatra i druge probleme kao što su sam termin, politička dimenzija pitanja i dr. Autor zaključuje da prema pozitivnom međunarodnom pravu država ne može biti krivično odgovorna, te da taj stav prihvataju i savremena praksa i najveći deo doktrine.

Ključne reči: *Država, Međunarodno pravo, Krivično pravo, Krivična odgovornost, Odgovornost, Vinost.*

1. UVOD

Pitanje odgovornosti u međunarodnom pravu je jedan od najstarijih i uvek aktuelnih problema. S pravom se primećuje da je odgovornost neophodna posledica prava i da bez odgovornosti nema ni međunarodnog prava.[2] Isto tako tačna je i konstatacija da „u svakom pravnom sistemu odgovornost kao pravna ustanova igra vodeću ulogu, jer i organizuje i otkriva stepen integrisanosti tog sistema, kao i preovlađujuće koncepcije u njemu koje se tiču prirode prava i obaveza, posledica njihovog kršenja i, možda još više, etičku i društvenu osnovu celine.“[3]

Dosta često se pominje pitanje međunarodne krivične odgovornosti države. O tome se povremeno govori u organima određenih međunarodnih organizacija, u javnim nastupima funkcionera pojedinih država, u medijima i to samo po sebi ne izaziva čuđenje. Taj problem se otvara i obrađuje i u nauci. Premda to pre svega važi za radove politikologa, stručnjaka za međunarodne odnose, eksperata za međunarodnu bezbednost i drugih autora, tu ideju podržava i jedan broj teoretičare iz domena prava – kako krivičara, tako i onih koji se bave međunarodnim pravom. Tako se npr. govori da država može izvršiti niz međunarodnih krivičnih dela (zločin agresije, genocid, masovno i sistematsko kršenje osnovnih ljudskih prava, korupciju, terorizam, namerno i teško zagađivanje životne sredine itd.) što podrazumeva da može biti i krivično odgovorna za to.[4] O tome se priča u vezi sa konkretnim situacijama i konkretnim državama, ali se to pitanje obrađuje i na načelan način u naučnoj i stručnoj literaturi. S tim u vezi, mogu se čuti različiti glasovi, pa i otvorena

[2] Pellet, 2010, 4.

[3] Dupuy, 1989, 126.

[4] Drost, 1959; Chambliss, 1989, 183-208; Kramer, 1994, 171-175; Pellet, 1999, 425-434; Green, Ward, 2004; Kramer, Michalowski, 2005, 446-469; Friedrichs, Rothe, 2014, 146-162.

polemika između onih koji podržavaju i onih koji osporavaju krivičnu odgovornost država. Rasprava se vodi dugi niz godina, na raznim stranama, s tim da povremeno dobija na intenzitetu, posebno onda kada tome pogoduju određeni politički događaji od značaja za međunarodnu zajednicu.[5]

Teoretičari koji se zalažu za krivičnu odgovornost država mogu se podeliti u dve velike grupe. Prvu čine oni koji razvijaju tu koncepciju, s tim da neki među njima smatraju da se već sada može govoriti o krivičnoj odgovornosti država. Ostali priznaju da međunarodno pravo još uvek nije dovoljno razvijeno u tom pravcu, ali u podržavaju pomenutu ideju i veruju da će u budućnosti institut o kome je reč nesumnjivo biti prihvaćen. I jednim i drugima je zajedničko da smatraju da krivična odgovornost države postoji onda kada ona teško krši obaveze koje proizlaze iz imperativnih normi opšteg međunarodnog prava, a koje su ustanovljene u interesu čitave međunarodne zajednice (*erga omnes*). Drugim rečima, polazi se od toga da određeni protivpravni akti država (agresija, ozbiljno mešanje u unutrašnje poslove drugih država, teško i namerno zagađenje životnu sredine itd.) pogađaju interese ne pojedinih država (kao npr. u slučaju građanske odgovornosti) već čitave međunarodne zajednice i stoga zahtevaju primereno kažnjavanje.

U drugu grupu spadaju oni koji govore o krivičnoj odgovornosti država, ali zapravo imaju u vidu međunarodne sankcije protiv država koje dolaze od drugih država ili međunarodnih organizacija.

Prema tome, može se zapaziti da postoje kako stvarne pristalice krivične odgovornosti država (koncepcije krivične odgovornosti država u užem smislu) tako i oni koji samo koriste taj termin za označavanje nesporne pojave – međunarodnih sankcija protiv država koje krše međunarodno pravo. Nasuprot svima njima stoji mnoštvo onih koji sa pozivom na razne argumente negiraju mogućnost krivične odgovornosti država.

Pitanje krivične odgovornosti država važno je i iz teorijskih i iz praktičnih razloga. Ono je prvi put otvoreno između dva svetska rata, zatim je dobilo novi život odmah posle Drugog svetskog rata, a onda je opet aktuelizovano na samom prelasku iz XX u XXI vek.

---

[5] García, 1958, 365–491; Brownlie, 1963, 150-154; Левин, 1966, 22-39; Тункин, 1970, 447-457; Farhad, 1985; Triffterer, 1996, 341-364; Фисенко, 1998, 17-22; Лукашук, (2004, 256-266; Fleming, 2021, 427-450; Gilbert, 1990, 345-369; Jørgensen, 2000; Kramer, Michalowski, 2005, 446-469; Lang, 2007, 239-257; Marek, 1978-1979, 460-485; Bassiouni, 2003, 85-90; Видус 2012, 92-102; Tanguay-Renaud, 2013, 255-284; Plakokefalos, 2016, 283-300; Tanguay-Renaud, 2013, 255-284; Антипенко, 2017, 64-77; Đorđević, 2018.

Nije sporno da država, kada tome ima mesta, snosi odgovornost zbog kršenja međunarodnog prava i štete nanete drugima, ali je otvoreno pitanje da li se ta odgovornost može makar u nekom svom obliku izjednačiti sa krivičnom odgovornošću ili barem nazvati tako?

Mi smatramo da se o krivičnoj odgovornosti država ne može govoriti i to iz mnogo razloga. U principu, svaki od njih je dovoljan sam za sebe, a svi zajedno trebalo bi da učine nespornim da nema niti može postojati nešto što bi se zvalo krivična odgovornost države.

2. NAČELNA PITANJA

1. Državna suverenost

Najprostije rečeno, suverenost (od lat. *superanus,* najviši, vrhovni) je pravo i svojstvo države (državne vlasti) da je na odnosnoj teritoriji najviša i nezavisna od svih drugih vlasti, odnosno da je slobodna u odlučivanju i nadređena svim drugim vlastima i licima i može im nametnuti svoju volju.

Suverenost, tačnije postojanje suverene (vrhovne, nezavisne) vlasti je jedan od uslova da bi se uopšte moglo govoriti o državi kao subjektu međunarodnog prava. Iz toga proističe nekoliko važnih posledica koje svaka za sebe ne dozvoljavaju mogućnost krivične odgovornosti države. Ovde ćemo se osvrnuti na samo dva posebno važna momenta – princip suverene jednakosti država i imunitet države od strane jurisdikcije.

1. Suverena jednakost država

Bez obzira na činjenicu da se postepeno na razne načine urušava, pa i napada od strane dela naučne literature, državna suverenost je jedan od najvažnijih principa važećeg međunarodnog prava.[6]

Čitav postojeći međunarodnopravni poredak izgrađen je na načelu suverene jednakosti država. Ono je garantovano već samom Poveljom UN (čl. 2/1). U skladu s tim i principom da jednak nad jednakim nema vlasti (*par in parem non habet imperium*) iz čega sledi pravilo da jednak jednakome ne može suditi (*par in parem non habet judicium*) jasno je da države već iz načelnih razloga ne mogu suditi drugoj državi i, tim pre, kažnjavati je krivičnim sankcijama. A dr-

[6] Кривокапић, 2019, 355-392.

žave su i dalje najvažniji subjekti međunarodnih odnosa i međunarodnog prava. Ono što je posebno interesantno je činjenica da nema neke spoljne vlasti koja bi bila viša i jača od vlasti država. Države su i dalje najvažniji stvaraoci i zaštitnici međunarodnog prava, one osnivaju i ukidaju međunarodne organizacije i međunarodne sudove itd. To podrazumeva i da se države podvrgavaju određenim pravilima, prihvataju neke obaveze, pristaju na nadležnost nekih organa i tela (npr. međunarodnih sudova). Ali one sve to čine dobrovoljno. To znači da mogu i da po svojoj odluci izađu iz članstva konkretnog ugovora, napuste članstvo neke međunarodne organizacije, zajedničkom voljom okončaju dejstvo ugovora, raspuste međunarodnu organizaciju, povuku svoj pristanak na nadležnost određenog međunarodnog suda itd.

2. Imuniteti države od strane jurisdikcije

Kao suverene jedinke države uživaju imunitet od strane jurisdikcije. S tim u vezi, postavlja se pitanje kako u tom svetlu objasniti međunarodne sankcije protiv država (npr. sankcije UN), kako objasniti učešće država u postupcima pred međunarodnim sudovima i obaveznost za njih sudskih presuda i, konačno, kako objasniti učešće država u postupcima pred sudovima stranih država.

Kada je reč o međunarodnim sankcijama, treba poći od toga da je međunarodno pravo skup normi i principa kojima se utvrđuju pravno obavezna pravila ponašanja. Međutim, da bi sistem pravila predstavljao pravo, on mora imati sopstvena sredstva obezbeđenja izvršenja tih pravila. Drugim rečima mora raspolagati efikasnim pravnim sankcijama čija je svrha da se osigura dosledno poštovanje odnosne norme ili skupa normi, a u krajnjoj liniji i čitavog pravnog poretka. Po tome se pravo i razlikuje od drugih normativnih sistema, takvih kao što su moral, obični običaji, pravila lepog ponašanja i slično.

Ulazeći u međunarodne odnose, šireći krug svojih kontakata, države, paralelno sa sticanjem određenih prava i mogućnosti, preuzimaju i izvesne obaveze. To, između ostalog, podrazumeva da države prihvataju da, ako prekrše međunarodno pravo, protiv njih mogu biti uvedene međunarodne sankcije. One počivaju na unapred datom pristanku odnosne države. Države ga daju jer bez njega ne bi bilo moguće zadovoljenje opšteg interesa koji se sastoji u potrebi obezbeđenja doslednog poštovanja sistema pravila, instituta i principa koje su te države zajednički stvorile. Tome treba dodati da sankcije protiv države mogu uvesti druge države ili međunarodne organizacije, a ne nekakvi krivični sudovi. Jedno od obeležja je i činjenica da su priroda i oblik tih sankcija definisani me-

đunarodnim pravom. Premda u izuzetnim slučajevima mogu imati i prinudni karakter (kolektivne mere koje na osnovu Glave VII Povelje UN može uvesti Savet bezbednosti) te mere nemaju obeležja krivičnih kazni, već su pre svega ekonomske, diplomatske, vojne, saobraćajne, sportske i slične sankcije.[7] Uostalom, prinudne mere koje je sa pozivom na Glavu VII Povelje UN odredio Savet bezbednosti, ne moraju obavezno imati karakter sankcije.[8]

Ne samo što mogu trpeti međunarodne sankcije, već države pod određenim uslovima mogu biti tužene pred međunarodnim sudovima. Međutim, premda je međunarodni sudova sve više, njihova nadležnost je u principu i dalje fakultativna.[9] To znači da se ona može uspostaviti u odnosu na konkretnu državu samo ako je ona na propisani način dala svoj pristanak. Pored toga, međunarodni sudovi o kojima je reč (Međunarodni sud pravde UN, Međunarodni sud za pravo mora, Sud pravde EU, Evropski sud za ljudska prava, itd.) rešavaju međunarodne sporove iz materije naknade štete, ekonomije, razgraničenja, ljudskih prava itd. a ne predmete iz domena krivičnog prava.[10] Posebno važna je činjenica da iako je, kada država pristane na njegovu nadležnost, presuda međunarodnog suda za nju obavezna (*sententia jus facit inter partes*) čak ni tada se ta presuda ne može izvršiti prinudnim putem. A upravo to je svojstveno krivičnim sankcijama. I zaista, krivična odgovornost podrazumeva da se protiv volje odnosnog subjekta odlučuje o njegovoj krivici, da mu se izriče krivična sankcija i da se prema njemu primenjuje sila (pritvor, zatvorska kazna, novčana kazna koja se u slučaju potrebe može izvršiti prinudnim putem ili zameniti kaznom zatvora itd.). Konačno, praksa pokazuje da nijedan do sada postojeći međunarodni krivični sud nije bio nadležan da odlučuje o krivičnoj odgovornosti neke države.

Kada je reč o postupcima pred sudovima drugih država, države, kao suverene jedinke, uživaju imunitet od strane jurisdikcije, što znači da su one i njihova imovina izuzeti od vlasti i nadležnosti stranih država.[11] Shodno tome, država može tužiti pred sudom strane države, ali ne može biti tužena pred njim, osim ako sama dobrovoljno prihvati njegovu jurisdikciju. I pored tog opšteg

[7] Doxey, 1983, 273-288; O'Connell, 2002, 63-79; Decaux, 2008, 249-257; Marossi, Bassett, 2015; Krivokapić, 2017, 70-92; Van den Herik, 2017; Kochler, 2019, 27-47; Masahiko, 2020.

[8] Кудрявцев, 1999, 97-108.

[9] Krivokapić, 2009, 15-66.

[10] Više: Кривокапич, 2020, 351-532.

[11] Tomuschat, 2011, 1105-1140; Fox, Webb, 2013; Yang, 2013; Peters, Lagrange, Oeter, Tomuschat, 2014; Krivokapić, 2017, 298-302; Кривокапич, 2022, 284-299.

pravila, sve je više primera odustajanja od apsolutnog i umesto toga davanja prednosti tzv. funkcionalnom imunitetu. Bliže gledajući, pravi se razlika između poslova koje država preduzima u svom privatnopravnom (akti *jure gestionis*) i javnopravnom kapacitetu (akti *jure imperii*)[12] pa se smatra da država ne može odricati nadležnost stranog suda u stvarima za koje su po njenom unutrašnjem pravu nadležni njeni domaći sudovi u tužbama protiv države (građanski sporovi, sporovi u vezi sa radnim odnosima i slično). Kada je, međutim, reč o izvršenju odluka protiv strane države, u skladu sa načelom o zabrani sile u međunarodnim odnosima i dalje važi princip apsolutnog imuniteta od prinudnog izvršenja stranih sudskih odluka. Uostalom, relativno nedavno imunitet države od strane jurisdikcije našao je potvrdu u presudi Međunarodnog suda pravde iz 2012. g. u sporu između Nemačke i Italije.[13] Štaviše u presudi u sporu između Konga i Belgije (2002) Međunarodni sud pravde je zaključio da bivši ministar spoljnih poslova jedne države može biti podvrgnut krivičnoj jurisdikciji strane države samo za akte koje je izvršio u svom privatnom svojstvu. Time je Sud potvrdio pravilo običajnog međunarodnog prava prema kome državni funkcioneri uživaju imunitet pred krivičnim sudom druge države.[14]

Sve rečeno potvrđuje da država ne može biti optužena ni pred svojim, ni pred međunarodnim, ni pred stranim krivičnim sudom.

2. Zabrana sile u međunarodnom pravu

Savremeno međunarodno pravo zabranjuje ne samo upotrebu sile, već i pretnju silom u međunarodnim odnosima.[15] To načelo utvrđeno je Poveljom UN (čl. 2/4) a zatim potvrđeno nizom pravnih i političkih dokumenata.[16] Upotreba sile dopuštena je samo u dva izuzetna slučaja – 1) ako se radi o individualnoj ili kolektivnoj samoodbrani od oružanog napada (čl. 51. Po-

[12] Primeri akata *jure gestionis* su razni pravni poslovi građanskog odn. privrednog prava državnih organa i državnih privrednih preduzeća sa drugim subjektima - zakup prostorija, kupovina kancelarijskog materijala, prodaja određene robe itd. Država i u zemlji i u inostranstvu uživa potpunu zaštitu i imunitete uvek kada istupa s pozicija vlasti (*jure imperii*) tj. kao suvereni subjekt, ali ne i kada se radi o aktima *jure gestionis*. Shaw, 2017, 523-566,

[13] *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, 2012, par. 54, p. 27 (122).

[14] *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, pars. 54-61, pp. 23-27.

[15] Brownlie, 1963; Westra, 2007; Gray, 2008; Wood, 2013, 345-367; Claus, 2015, 561-604; Henderson, 2018.

[16] Više: Krivokapić, 2011, 57-71.

velje UN) ili 2) kada su u pitanju kolektivne prinudne mere koje na osnovu odluke Saveta bezbednosti donete sa pozivom na Glavu VII Povelje ("Akcije u slučaju pretnje miru, povrede mira i akata agresije") preduzimaju UN radi očuvanja ili uspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti.

S tim u vezi, sve što je povezano sa krivičnom odgovornošću, podrazumevajući mere protiv okrivljenog (pretres, hapšenje, pritvor, oduzimanje određenih predmeta itd.) a zatim i sprovođenje krivične sankcije protiv osuđenog je neodvojivo od primene veće ili manje sile. Drugim rečima, čak i da je u principu moguća, krivična odgovornost države ne može se zasnovati zbog ovog momenta jer bi to značilo kršenje jednog od osnovnih načela važećeg međunarodnog prava. Da su tvorci Povelje UN želeli da ostave prostor za krivičnu odgovornost država, i u tu svrhu, primenu sile protiv odgovorne države, oni bi to i učinili. Međutim, svesni toga da se sila u međunarodnim odnosima ne može prihvatiti ni iz moralnih, ni iz praktičnih razloga (na svaku silu se odgovara silom, što vodi eskalaciji sukoba) izričito su zabranili ne samo upotrebu sile (osim u dva pomenuta, sasvim razumljiva izuzetka) već i samu pretnju silom. O tome da ogromna većina država i danas deli taj stav, svedoči činjenica da premda je bilo predloga da se u sklopu reforme UN promene i odredbe o zabrani sile u međunarodnim odnosima (u smislu toga da se prihvate još neki izuzeci od zabrane sile) ti predlozi nisu prihvaćeni.

Treba pojasniti još jedan aspekt problema. Ujedinjene nacije su ovlašćene da preduzimaju kolektivne prinudne mere, pa čak, kada je to neizbežno, i oružanu akciju protiv neke države. One su to i činile u praksi.[17] Međutim, u takvim slučajevima nije se radilo o krivičnoj kazni za nešto, već o merama koje su služile tome da se odnosna država privoli da prestane sa teškim kršenjem međunarodnog prava (npr. da prestane sa agresijom), povinuje se merama koje je odredio Savet bezbednosti (prihvati prekid vatre, povuče svoje snage sa okupirane teritoriju itd.) i pristine na mirno rešavanje spora.

3. Krivična odgovornost

1. Princip individualne krivične odgovornosti

Jedno od osnovnih pravnih načela koje svoje mesto ima i u unutrašnjim pravnim porecima država i u međunarodnom pravu, jeste princip individualne odgovornosti. Ono važi u svim sferama prava i u pogledu svih subjekata,

[17] Findlay, 2002; Krivokapić, 2023, 1119-1302.

pa tako i u vezi sa građanskom odgovornošću država. Ipak, njegov značaj je najvažniji u materiji krivičnog prava, između ostalog i zato što se tu radi o najstrožijem obliku pravne odgovornosti.

U okvirima materije krivičnog prava ovo načelo se sastoji u pravilu prema kome svako odgovara za svoje krivično delo. Na međunarodnom planu taj princip je u praksi prihvaćen još kod neuspelog pokušaja sila Antante da pred međunarodni *ad hoc* krivični sud izvedu nemačkog cara Vilhelma II i veliki broj drugih lica koje su optužili za ratne zločine izvršene u Prvom svetskom ratu. To načelo je potvrđeno aktima i presudama niza međunarodnih krivičnih sudova, počev od međunarodnih vojnih tribunala koji su posle Drugog svetskog rata sudili glavnim zločincima nacističke Nemačke i militarističkog Japana.[18] Takav pristup je dodatno potvrđen Rimskim statutom (1998) kojim je osnovan Međunarodni krivični sud. Njegov član 25/1 precizira da je Sud nadležan za vođenje kriviĉnog postupka isključiĉivo protiv fiziĉkih lica".

S tim u vezi i načelno pitanje: ako je nesumnjivo da države imaju sopstveni međunarodnopravni subjektivitet sa čitavim nizom elemenata od kojih su neki karakteristični samo za države,[19] ko bi u slučaju eventualnog prihvatanja koncepta krivične odgovornosti države zaista snosio krivičnu odgovornost i trpeo krivične kazne?

To svakako nije država kao takva. Realno gledajući, ona je samo apstraktna konstrukcija, pravni institut koji postoji samo zbog toga što su se ljudi tako dogovorili. Drugim rečima, radi se o jednoj vrsti fikcije. Država se ne može videti, uzeti za ruku, opipati, omirisati... Sve što se može registrovati su konstitutivni elementi države (državna teritorija, stalno stanovništvo i suverena vlast) koji su uslov i manifestacija njenog postojanja. Čak i oni se mogu sagledati samo delimično. Nije moguće videti odjednom ni čitavu teritoriju države, ni sve njene stanovnike (i zbog njihovog velikog broja i zato što se nalaze na raznim mestima), ni vladu države (zato što se u smislu međunarodnog prava ne misli se samo na savet ministara, pa ni na njega i šefa države, već na čitav mehanizam, svu aparaturu državne vlasti).

Gledano iz drugog ugla, ako bi se stalo na stanovište da država može biti krivično odgovorna, postavilo bi se pitanje: ko u krajnjoj liniji konkretno snosi tu odgovornost? Nju ne može snositi država kao takva, jer je ona, kao što smo pomenuli, apstraktna pojava. S tim u vezi, nameće se pitanje da li

[18] Greppi, 1999, 531-553; Goy, 2012, 1-70; Van Sliedregt, 2012; Shaw, 2017, 288-328.
[19] Krivokapić, 2017, 257-340.

mogu biti krivično odgovorni njen narod ili njena vlada pa da se to doživi kao odgovornost same države? I ovde je odgovor negativan.

I pored toga što su njen deo, nešto bez čega država ne može postojati, ni narod, ni vlada nisu država. Uostalom, kada redovnim putem dođe do smene vlade, nema promene identiteta i kontinuiteta države. Isto je i kada se uveća ili smanji broj stanovnika. U oba slučaja država ostaje onaj isti subjekt međunarodnog prava koji je bila pre toga. Sa druge strane, ako uzmemo u obzir razne aspekte međunarodnopravnog subjektiviteta država, nije narod taj koji pregovara sa drugim narodima, zaključujue međunarodne ugovore, prima strane diplomatske predstavnike, učlanjuje se u međunarodne organizacije itd. Tačno je da je narod u načelu nosilac suvereniteta, ali praksa pokazuje da osnovni i najvažniji subjekti međunarodnog prava nisu narodi, već države.

Premda realno ne postoji kao fizički subjekt, država snosi građansku odgovornost i prema međunarodnom i prema svom sopstvenom (unutrašnjem) pravu. Ta odgovornost ima istu funkciju kao građanska odgovornost u unutrašnjim pravima država.[20] S tim u vezi, moglo bi se prigovoriti da kada je jasno da država, kao pravno lice, poseduje građansku odgovornost, nema razloga da se osporava njena krivična odgovornost. Takav zaključak bio bi pogrešan. Država snosi građansku odgovornost kao pravni subjekt ne samo zato što ima pravnu ličnost i priznatu pravnu i poslovnu sposobnost, već i zato što ima imovinu. U slučaju potrebe, iz te imovine mogu se namiriti njeni dugovi ili naplatiti šteta koju je država preko svojih organa pričinila. Takođe, kao subjekt međunarodnog prava, država može, preko svojih nadležnih organa nadoknaditi i moralnu štetu koju je nekome nanela npr. javno se izviniti. Međutim, država nema telo, pa da se npr. uhapsi, stavi u zatvor itd. Njeno stanovništvo jeste sastavni deo bića države, ali ono nije njeno telo.

Slično se može reći za vladu. Ona je jedan od najvažnijih organa države, pa se često kada se pominje postupanje države u međunarodnim odnosima zapravo misli na njenu vladu. Ali vlada je takođe pravni institut, a ne stvarno (fizički) postojeći subjekt. Uostalom, ako se zna da je jedina dozvoljena individualna krivična odgovornost, te da je čak i u ratu strogo zabranjeno kolektivno kažnjavanje, ni vlada kao takva ne može biti kolektivno kažnjena. Kada tome ima mesta, krivično odgovorni mogu biti pojedini, pa čak i svi članovi vlade (posebno vlade u užem smislu - saveta ministara) ali se odgovornost svakog od njih mora utvrditi posebno, što znači da svako odgovara za sopstvenu krivicu.

[20] Avramov, 2011, 211.

2. Zabrana kolektivnog kažnjavanja

Ovo pitanje je u tesnoj vezi sa prethodnim i zapravu predstavlja drugu stranu iste medalje. Prihvatanje krivične odgovornosti države svelo bi se na kolektivno krivično kažnjavanje njenih stanovnika odnosno građana,[21] pošto bi krivične sankcije u krajnjoj liniji pogodile njih. Međutim, kolektivno kažnjavanje je zabranjeno.

Ta zabrane je precizirana još članom 50 Haške konvencije o zakonima i običajima rata na kopnu (1899). Prema njemu: „Nikakva kolektivna kazna, novčana ili druga kazna, ne može se izreći protiv stanovništva zbog dela pojedinaca za koje ono može biti smatrano solidarno odgovornim“. To je potvrđeno i drugim najvažnijim izvorima međunarodnog prava oružanih sukoba. Tako čl. 33. Ženevske konvencije o zaštiti građanskih lica za vreme rata (1949) propisuje: „Nijedno zaštićeno lice ne može biti kažnjeno za delo koje nije lično izvršilo. Kolektivne kazne su zabranjene ...“

Zabrana kolektivnog kažnjavanja je jedno od najvažnijih načela ne samo međunarodnog prava oružanih sukoba, već međunarodnog prava uopšte.[22] Ona je prerasla u pravilo univerzalnog (opšteg) međunarodnog prava,[23] što znači da je obavezna za sve.[24]

Prema izloženom, u skladu sa međunarodnim pravom, individualna krivična odgovornost i odgovornost država su različite stvari. Jedan autor je to plastično prikazao navodeći da sve što je potrebno da bi bi pojedinac bio proglašen krivično odgovornim za akt genocida po međunarodnom pravu, to je da je on procesuiran i kažnjen od strane međunarodnog krivičnog suda koji je primenio međunarodni krivični propis (statut). Naprotiv, kada je reč o pravnoj odgovornosti država, sve što dozvoljava važeće međunarodno pravo, jeste da država ima pravo da, ako druga država vrši genocid protiv njenih državljana, zahteva od te druge države da prestane sa vršenjem genocida i uzdrži se od vršenja genocida ubuduće; da ispravi posledice genocida i povrati stanje koje

[21] Postoji razlika između građana i stanovnika države. U prvom slučaju radi se o njenim državljanima (koji u datom trenutku iz nekog razloga mogu biti u inostranstvu) a u drugom o licima koja su naseljena ili u datom trenutku borave na teritoriji države, s tim da jedan deo njih uvek čini određeni broj stranaca. Zavisno od svog konkretnog oblika i prirode, sankcije bi u principu mogle da pogode i jednu i drugu kategoriju.

[22] Krivokapić, 2023, 695, 730.

[23] Rule 103: “Collective punishments are prohibited”, ICRC.

[24] Krivokapić, 2012, 25-81.

je bilo pre genocida i da joj nadoknadi pričinjene gubitke i štetu.[25] Tome valja dodati da međunarodne mere protiv neke države mogu pored naknade materijalne i nematerijalne štete imati i preventivnu funkciju. Sa druge strane čak ni prinudne mere koje je sa pozivom na Glavu VII Povelje UN može odrediti Savet bezbednosti, ne moraju obavezno imati karakter sankcije i, posebno, ne služe kažnjavanju.

Premda su čak i u relativno novijoj praksi razne države ponekad pribegavale kolektivnom kažnjavanju (uzimanje talaca, masovna streljanja, deportacija čitavih naroda, sistematsko uništavanje sela i naselja i slično) u takvim slučajevima se radilo ne samo o teškom kršenju međunarodnog prava, već i o ratnim zločinima odnosno zločinima protiv čovečnosti.

U naše vreme sve više se primećuje da međunarodne ekonomske i druge sankcije koje izriču UN i druge međunarodne organizacije prema nekim zemljama najčešće malo pogađaju rukovodstvo države, a mnogo više njeno stanovništvo. To je i razlog zbog koga se ova praksa sve više podvrgava kritici, jer negativne posledice ne trpi rukovodstvo zemlje (ono se obično uvek nekako snađe) već obični građani, što znači nevina lica.[26] Međutim, tu se ne radi o kolektivnom kažnjavanju jer niko nije raspravljao o krivici građana ili uvodio im sankcije, već je u pitanju posredno dejstvo veće ili manje ekonomske, diplomatske i druge izolacije i drugih mera preduzetih protiv te države. Posebno, mere o kojima je reč po svom obliku, prirodi i funkciji nemaju ništa zajedničko sa klasičnim krivičnim kaznama.

3. PRAVNI PROBLEMI

1. Prethodna pravna pitanja

Postoje i neki specifični pravni momenti, koji imaju izuzetan značaj. Oni se naročito tiču: 1) predviđenosti krivičnog dela u zakonu, 2) činjenice da o krivičnoj odgovornosti može odlučivati samo nezavisan specijalizovani organ - nadležni krivični sud i 3) zahteva da postoje garancije fer postupka, uključujući pretpostavku nevinosti, pravo okrivljenog na odbranu itd.

[25] Kittichaisaree, 2001, 9.
[26] Schulman, 2010.

1. Predviđenost u zakonu

Da bi postojala nečija krivična odgovornost potrebno je da prethodno postoji krivično delo tj. da je neko ponašanje pravno definisano kao zabranjeno i kažnjivo. To znači da je još pre izvršenja dela odnosno ponašanje zakonom zabranjeno, s tim da je za kršenje te zabrane propisana krivična kazna. Radi se, dake, o dobro poznatom načelu „nema zločina ni kazne bez zakona" (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). To implicira da se o krivičnoj odgovornosti države ne može govoriti ako odnosna međunarodna krivična dela nisu prethodno bila formulisana na takav način da se jasno vidi da se odnose na akte koje su izvršile države kao takve.

Međutim, stilizacija relevantnih međunarodnih ugovora je takva da se bez obzira na to kako je definisano samo krivično delo, jasno vidi da to delo mogu izvršiti samo pojedinci. Tako npr. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) u čl. II daje definiciju genocida, zatim u čl. III precizira koja su dela kažnjiva, da bi u čl. IV jasno ukazala da dela o kojima je reč mogu izvršiti samo pojedinci: „Lica koja učine delo genocida ili neko drugo delo navedeno u članu III...". Ovi momenti su još izraženiji u statutima međunarodnih *ad hoc* krivičnih sudova i Rimskom statutu (1998) kojim je osnovan stalni Međunarodni krvični sud. Posebno treba istaći da su u toku rada na pripremi teksta Rimskog statuta postojali predlozi da se uključe i rešenja o nekakvom obliku krivične odgovornosti država, ali su oni odbijeni.[27] To još jednom pokazuje da države nisu voljne da prihvate takvu ideju.

2. Krivični sud kao organ koji odlučuje o krivici

U savremenom svetu pitanje krivične odgovornosti se pokreće samo pred specijalizovanim organom - nadležnim krivičnim sudom. On je jedini pozvan, stručan i ovlašćen da utvrđuje krivičnu odgovornost okrivljenog i izriče krivične sankcije. Ako se tim pitanjima bavi neko drugi, a ne krivični sud, na delu je nezakonito ponašanje, uzurpiranje uloge i ovlašćenja krivičnog suda. Takvo postupanje onda ne samo što ne može da proizvodi pravne posledice, već samo za sebe predstavlja posebno krivično delo.

Ono što nas ovde posebno zanima je činjenica da nema međunarodnog krivičnog suda koji bi bio nadležan da sudi državama. S obzirom na to da se

[27] *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Vol. I, 1996, Supplement No. 22, par 192, p. 44.

radi o apstraktnim subjektima nije ni moguće da se takav sud osnuje. Pored toga, nerešivo pitanje je ko bi bile sudije takvog suda. To da o krivičnoj odgovornosti države odlučuju ostale države nije moguće već zbog toga što se radi o suverenim jedinkama iz čega proističe već pominuto načelo *par in parem non habet judicium*. Dakle, kada bi i postojala volja da se osnuje takav sud, to bi moglo biti učinjeno samo uz izričitu saglasnost države u pitanju, ali države takvu saglasnost nisu spremne da daju. U potvrdu tome dovoljno je podsetiti da su nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, osnovanog Rimskim statutom (potpisan 17. jula 1998, stupio na snagu 1. jula 2002) do danas (1. jun 2024. g.) ratifikovale 124 države. Pošto UN imaju 193 članice, to znači da ni posle 26 godina od potpisivanja i 22 godine od stupanja na snagu, čak 69 članica UN, nije spremno da prihvati nadležnost tog tela. Još gore, među državama koje su ratifikovale Rimski statut nisu najveće i najvažnije zemlje sveta – SAD, Rusija, Kina, Indija, Pakistan, Egipat, Iran, Izrael i dr. Pri tome, radi se o međunarodnom krivičnom sudu koji je nadležan isključivo za pojedince tj. za utvrđivanje individualne krivične odgovornosti.

Jedan od argumenata pristalica krivične odgovornosti država mogao bi biti taj da su odavno poznati međunarodni sudovi i arbitraže u kojima je pravdu delio sudija-pojedinac. Međutim, to je uvek bilo na osnovu izričite saglasnosti države koja učestvuje u postupku i isključivo u vezi sa građanskopravnim sporovima, a ne radi utvrđivanja krivične odgovornosti države.

Svemu rečenome može se dodati i to da kada bi nekim čudom i bio stvoren krivični sud nadležan za utvrđivanje krivične odgovornosti država, države koje bi ga činile, pošto su i same apstraktni subjekti, morale bi svoju funkciju vršiti preko pojedinaca koje su delegirale. Nema nikakvih izgleda da bi države prihvatile da o njihovoj mogućoj krivičnoj odgovornosti odlučuju pojedinci koji su uz to državljani drugih država.

Sa druge strane, dobro je poznato da postoje slučajevi kada zbog toga što je država prekršila međunarodno pravo ne nastaje spor koji presuđuje međunarodni sud, već odluku, koja može podrazumevati i određene međunarodne sankcije, donosi ovlašćeni politički organ međunarodne organizacije. Obično je u pitanju izvršni ili plenarni organ međunarodne organizacije. On se nikada ne zove „sud“, ne liči na sud i nije sastavljen od kvalifikovanih sudija. Zvaničnici koji sede na sednicama tog organa i glasaju za njegove odluke su predstavnici država članica, što znači da odlučuju po uputstvima svojih vlada, a ne po svom slobodnom ličnom uverenju. Suprotno sudijama, koji su dužni da sude na osnovu međunarodnog prava, po svom najboljem stručnom znanju i savesti, ne primajući naloge i uputstva od bilo koga, lica

koja su članovi političkih organa međunarodnih organizacija nemaju svoju volju, već glasaju onako kako im naloži ministarstvo spoljnih poslova države koja ih je delegirala.

Za kraj, vredi pomenuti da je činjenicu da se bez postojanja nadležnog krivičnog suda ne može govoriti o krivičnoj odgovornosti bilo koga, pa ni države, priznao i jedan broj onih koji se zalažu za krivičnu odgovornosti država. Otuda su neki među njima predložili osnivanje takvih sudova.

Tako je u periodu između dva svetska rata grupa teoretičara koja se zalagala za krivičnu odgovornost država, predložila usvajanje posebnog kodeksa koji bi predvideo najteže povrede međunarodnog prava i kazne za njih, s tim da bi se te kazne kretale od kaznenih odšteta do okupacije teritorije i, kao poslednje sredstvo, obuhvatale gubitak nezavisnosti. Istovremeno su istakli inicijativu za osnivanje međunarodnog krivičnog suda nadležnog za primenu takvih kazni.[28]

Odmah nakon Drugog svetskog rata bilo je predloga da se u okviru Međunarodnog suda pravde osnuje posebno krivično odeljenje koje bi se bavilo krivičnim delima država.[29] Ti predlozi nisu usvojeni i ni do danas nije osnovan nijedan međunarodni krivični sud za države.

3. Krivični postupak

U savremenom svetu o krivičnoj odgovornosti se odlučuje isključivo u krivičnom procesu. To znači u strogo formalnom postupku koji se pokreće optužnicom, gde su unapred definisani uloge i prava i obaveze učesnika procesa, s tim da okrivljeni ima posebna prava odbrane; gde se unapred znaju jasne faze postupka, u postupku koji se vodi po strogim pravilima procedure i dokazivanja i završava krivičnom presudom koja ima svoja karakteristična obeležja, uključujući to da sadrži odluku o krivici i kazni, itd. Taj postupak ima niz važnih osobenosti u odnosu na onaj koji se vodi pred građanskim ili upravnim sudom, a tim pre u odnosu na način rada međunarodnih organa i tela koji nisu sudovi.

U skladu sa savremenim međunarodnim pravom, država pod određenim uslovima snosi odgovornost za nezakonite akte kojima je nekoga oštetila. Najčešće se radi o subjektivnoj odgovornosti (odgovornosti po osnovu krivice) mada se u nekim slučajevima prihvata i objektivna odgovornost, ona

[28] "State Responsibility", 1976, par 41, p. 113.
[29] Pella, 1946, 153-154.

koja postoji bez krivice. Štaviše, u nekim izuzetnim slučajevima država je odgovorna i za štetu koju je drugima pričinila dozvoljenim postupcima, dakle aktima ostvarenim bez kršenja međunarodnog prava. U pitanju je tzv. apsolutna odgovornost, koja postoji kada dođe do neskrivljenog zagađenja obalnog mora i obale druge zemlje naftom, kada kosmički objekat koji je lansirala država padne na tuđu državnu teritoriju, kada je reč o nuklearnog akcidentu čije štetne posledice su prešle granice odnosne države itd. U svim takvim slučajevima problem se rešava pregovorima, posredovanjem i drugim mirnim načinima za rešavanje međunarodnih sporova, što, kada je to neophodno, uključuju i postupak pred međunarodnim sudom ili arbitražom.[30] Međutim, tu se nikada ne postavlja pitanje krivične, već samo građanske odgovornosti države. Uostalom, odnosni sudovi jednostavno nisu nadležni za odlučivanje o krivičnoj odgovornosti.

Postupak u kome međunarodne sankcije protiv države izriče organ međunarodne organizacije razlikuje se od krivičnog postupka već po formalnim izvorima kojima je uređen. Dok je krivični postupak protiv pojedinca regulisan odgovarajućim propisom (zakonom o krivičnom postupku odnosne države ili statutom međunarodnog krivičnog suda) rad organa međunarodnih organizacija uređen najvišim pravnim aktom organizacije i poslovnikom tog organa. U pitanju su suštinski različiti pravni akti, koji se usvajaju na različite načine, imaju drugačije ciljeve, rešenja, način donošenja odluke, karakter odluke (presuda u krivičnom postupku nasuprot rezolucije nadležnog organa međunarodne organizacije) itd.

Najbolji primer su sankcije Saveta bezbednosti UN. Premda Savet ima pravo da izriče razne sankcije protiv država, i to u praksi povremeno čini, to ga ne čini sudom. On nije osnovan kao sudski, već kao izvršni organ UN. Pored toga, u postupku pred Savetom nema klasičnog tužioca i okrivljenog, nema prava na branioca, nema klasičnog izvođenja dokaza (posebno ne onog koje bi ličilo na dokazivanje u krivičnom postupku) itd. Konačna odluka nije krivična presuda i ne donosi se primenom krivičnog zakona ili statuta međunarodnog krivičnog suda, već usaglašavanjem političkih stavova država čiji predstavnici sede u Savetu bezbednosti. Do te odluke se ne dolazi kroz krivični postupak koji ima neophodne elemente koji služe zadovoljenju zakonitosti i pravičnosti, već se postupa po opštim pravilima procedure Saveta.

Posebno važna je činjenica da lica koja sede i glasaju u političkom organu međunarodne organizacije nisu izabrana i ne postupaju u ličnom svoj-

[30] Кривокапич, 2020.

stvu sa zadatkom da odlučuju (presuđuju) prema svom najboljem znanju i saznanju. Oni su politički predstavnici svojih država, što znači da su dužni da glasaju strogo po instrukcijama vlade koja ih je poslala. A svaka vlada zauzima stav ne kao nepristrasni sudija, već rukovodeći se sopstvenim interesima. Drugim rečima, Savet bezbednosti i slična tela nisu nikakvi sudski, već su izrazito politički organi koji stoga i rade na način koji je karakterističan za takva tela.

2. Problem vinosti

U najtešnjoj vezi sa individualnom krivičnom odgovornošću je pitanje vinosti, što znači psihičkog odnosa učinioca krivičnog dela prema delu.[31]

Kao što je dobro poznato, vinost se može se ogledati u umišljaju ili nehatu. Kada je reč o umišljaju učinilac želi svoje delo, kao npr. u slučaju planiranog ubistva, pljačke, otmice i slično. Naprotiv, kada se radi o nehatu, učinilac ne želi posledice svog dela, ali iz određenog razloga na njih pristaj. Primer je kao kada neko na nekom veselju puca iz pištolja u vis i usled spleta okolonsti nehotice ubije ženu koja se obližnjeg solitera posmatra događaj.

Ono što je ovde, bitno, vinost se ne može pripisati državi, jer je ona apstraktna pravna ličnost bez tela duše, mozga i misaonih procesa. Sa druge strane, ona se ne može pripisati ni svim stanovnicima države - ne može se tvrditi da je čitav narod monolitno stajao iza odluka i postupaka svoje zemlje, tačnije njenih državnih organa. Čak i u zločinačkim totalitarnim društvima, kakva je bila nacistička Nemačka, uvek je postojao određeni deo stanovništva koji ne samo što nije podržavao politiku svoje vlade, već joj se više ili manje uspešno suprotstavljao. Zapravo, nikada se ne može utvrditi šta bilo koji narod misli, jer se tu ne radi o jednom subjektu, već o više ili manje različitim stavovima ogromnog broja ljudi. A to onda nije stvar kvaliteta (postojanja jedinstvenog subjeka i njegovih odluka i postupaka kao takvih) već kvantiteta (preglasavanja). To se najbolje vidi na izborima u svakoj zemlji, gde u uslovima elementarne demoratije i fer izbora, glasovi su uvek više ili manje podeljenji između raznih kandidata.

Prema tome, ne može se čitavom stanovništvu države pripisati da je htelo ili pristalo na to da njegova država izvrši neko međunarodno krivično delo, kao npr. zločin agresije. Takvo rezonovanje bi bilo nerealno. U svakoj

[31] Kaseze, 2005, 184-207; Badar, 2013; Marchuk, 2014, 112-158; Knoops, 2017; Cox, 2020, 1-75.

državi, ma koliko naoko homogena ona bila, postoji jedan broj onih koji se protive postojećoj vladi i njenim odlukama, te nije moguće da svih 100% stanovnika podrži agresiju, genocid itd. Ne treba zaboraviti i činjenicu da jedan deo stanovništva (deca, mentalni bolesnici) nemaju pravno relevantnu volju ili nisu u stanju da je iskažu (jer su npr. u komi, pod dejstvom snažnih lekova itd.) a ispalo bi da se i oni učestvovali u odlučivanju.

Sa druge strane, ne može se smatrati da je stanovništvo pristalo na zločin svoje vlade samo zato što nije svrglo tu vladu, pobunilo se protiv nje i slično. Čak i u istinskim demokratijama protestuje samo deo stanovništva. U diktaturama otpor protiv vlasti je mnogo opasniji, a u nekim slučajevima i praktično nemoguć - kada vlada uvede vanredno stanje, sprovede masovnu represiju i slično.

Za kraj citiraćemo mišljenje izneto pre skoro 150 godina, koje suštinski nije ništa izgubilo u svojoj aktuelnosti ni danas: „Kaže se da su države sposobne da uživaju prava i snose odgovornost za obaveze, ali se mora zapamtiti da one nikada ne mogu biti subjekti krivičnog prava. Govoriti o kažnjavanju države, znači ne razumeti kako principe krivičnog pravosuđa, tako i pravnu prirodu pravnog subjekta. Krivično pravo se odnosi na fizičko lice, biće koje misli, oseća i ima sopstvenu volju. Pravno lice nema, striktno govoreći, te atribute. Iako se posredstvom zastupanja i upravljanja volja određenih pojedinaca smatra voljom pravnog lica, to važi samo za određene svrhe. Da bi se ustanovila nadležnost krivičnog prava mora se utvrditi postojanje individualne volje. Volja iskazana putem zastupanja ne može osnovati takvu nadležnost. Ova tvrdnja nije u suprotnosti sa priznavanjem državama građanskih prava i građanskopravne odgovornost. Ta sposobnost i odgovornost zahtevaju za svog subjekta samo volju nadležnu za sticanje i posedovanje imovine i pripadajućih prava. Takvu volju imaju ne samo fizička, već i pravna lica.“ [32]

3. Sankcije

Pošto smo na prethodnim stranama već dotakli problem sankcija u međunarodnom pravu, ovde ćemo se ograničiti samo na osobenosti klasičnih krivičnih sankcija i razlike između njih i sankcija međunarodnog prava koje mogu biti primenjene protiv država. Osvrt na to pitanje je potreban već zbog toga što deo onih koji podržavaju koncept krivične odgovornosti država, vide tu odgovornost u međunarodnim sankcijama protiv država. Takvo rezonova-

[32] Phillimore, 1879, 5.

nje nije ispravno. To nisu krivičnopravne sankcije ne samo zbog toga što država kao celina ne može biti krivično odgovorna, već i zbog suštinske razlike između tih i krivičnopravnih sankcija.

Krivičnopravne sankcije su po svojoj prirodi takve da pogađaju pojedince. Zavisno od rešenja pravnog poretka o kojem je reč, one se mogu ogledati u smrtnoj kazni, konfiskaciji imovine, novčanim kaznama, gubitku određenih prava (oduzimanje državljanstva, prava glasa itd.), radu u javnom interesu, specifičnim krivičnim sankcijama prema maloletnicima itd. ali se često svode na kaznu zatvora, što znači na određeno vremensko lišenje slobode. Međutim, to je neprimereno kada su u pitanju države. Jasno je da država ni fizički (kao skup njenog stanovništva, vlasti i teritorije), ni pravno (zbog svoje suverenosti) ne može biti podvrgnuta tim kaznama. Čak i da zaboravimo da su one suverene jedinke i da se protiv njih ne sme primenjivati sila, stoji činjenica da su države apstraktni subjekti, a ne ličnosti koje imaju stvarne fizičke atribute. To ima za posledicu da npr. nije moguće poslati državu na robiju. Sa druge strane, njeno stanovništvo je jedan od konstituvnih elemenata države, ali samo po sebi nije država. Sve i da pređemo preko svih drugih prepreka o kojima je već bilo reči, u principu nije moguće npr. poslati u zatvor čitavo stanovništvo države.

Gledano iz drugog ugla, najoštrije međunarodne sankcije ima pravo da izriče Savet bezbednosti, koji se pozivom na Glavu VII Povelje UN može uvesti i prinudne mere protiv neke države. U novijoj praksi, „kreativno“ tumačeći svoja ovlašćenja, Savet je počeo da kažnjava i pojedince za određene prestupe, među kojima su i oni koji spadaju u međunarodna krivična dela (npr. kršenje međunarodnog humanitarnog prava). Moglo bi se pomisliti da se time u izvesnom smislu brišu razlike između krivičnih i klasičnih međunarodnih sankcija, jer se radi o tome da Savet kažnjava pojedince zbog međunarodnih zločina. Takav zaključak bio bi pogrešan.

Savet je politički organ UN koji može da donosi samo političke odluke. On nije nikakav krivični sud i ne može suditi krivične predmete donositi krivične presude. Pored toga, Savet odlučuje usvajajući predlog sačinjen na osnovu dobijenih informacija, ali bez stvarne formalne optužnice i bez formalnog dokaznog postupka. Jasno je da se tako ne može rešavati o krivičnoj odgovornosti i krivičnim kaznama. Stoga mere koje izrekne Savet nisu krivične sankcije. Tome treba dodati da je njihova priroda suštinski drugačija od klasičnih krivičnih sankcija. Mere koje izrekne Savet mogu se sastojati u moralno-političkoj osudi države, njenom isključenju iz UN, primeni protiv države raznih ekonomskih, diplomatskih, sportskih itd. sve do vojnih sankci-

ja. Uostalom, čak i sankcije koje međunarodne organizacije izriču protiv pojedinaca suštinski se razlikuju od klasičnih krivičnih kazni, jer se uglavnom svode na kolektivno odbijanje izdavanja viza odnosnim licima, zamrzavanje njihovih novčanih sredstava na računima u drugim državama i slično. Konačno, nema nikakvog specijalizovanog aparata za ostvarivanje međunarodnih sankcija koje je izrekao Savet, poput onog koji postoji u državama radi izvršenja krivičnih sankcija.

Sa druge strane, kada u postupku rešavanja nekog međunarodnog spora međunarodni sud obaveže državu da plati određeni iznos, to nije krivična sankcija, već se radi o prirodnoj obavezi da se nadoknadi pričinjena šteta. Bez štete, neće biti ni presude koja obavezuje državu da je plati. Premda na prvi pogled može izgledati da postoji sličnost sa novčanim kaznama kao vidom krivičnih sankcija, radi se samo o prividu. U krivičnom postupku pojedinac može biti novčano kažnjen i samo zbog svog akta, kojim je prekršio krivični zakonik, čak i ako nikome nije naneo stvarnu štetu. Zavisno od zakonodavstva konkretne zemlje, on npr. može biti novčano krivično kažnjen zbog neovlašćenog prelaska državne granice, neovlašćenog posedovanja vatrenog oružja, proizvodnje ili korišćenja lažne javne isprave itd. Naprotiv, presuda koja je doneta u građanskom postupku, a koja nalaže državi da plati određeni iznos, ima za cilj naknadu pričinjene štete, a ne kažnjavanje. Pri tome se može dogoditi da država bude obavezana da plati naknadu štete čak i ako je šteta nastala bez njene krivice, a u izuzetnim slučajevima i onda kada je šteta nastala usled pravno dozvoljenih postupaka. O tome je već bilo reči.

Ukratko, krivične sankcije se razlikuju i od međunarodnih sankcija koje izriču međunarodne organzacije i od onoga što se dosuđuje presudama međunarodnih sudova u građanskim sporovima. Te razlike su i suštinske i brojne i tiču se osnova mera o kojima je reč, toga od koga te mere dolaze, postupku koji prethodi usvajanju i postupka za ostvarivanje tih mera, prirode i oblika ispoljavanja tih mera itd.

4. Ostala pravna pitanja

Pravni problemi o kojima je bilo reči na prethodnim stranama nisu i jedini problemi te vrste. Tako npr. u slučaju država nemaju primenu inače vrlo važna pravila krivičnog prava o odmeravanju krivične kazne, olakšavajućim i otežavajućim okolnostima, uračunavanje vremena provedenog u pritvoru, posebnim pravilima koja važe za maloletnike i dr.

Nema ni primene tako važnog instituta krivičnog prava, kao što su osnovi isključenja krivičnog dela. Naime, i u međunarodnom krivičnom pravu odgovarajući značaj imaju takvi osnovi isključenja krivičnog dela (a time i krivične odgovornosti) kao što su nužna odbrana, krajnja nužda, prinuda, neuračunljivost, *actiones liberae in causa* (skrivljena neuračunljivost), zabluda i dr. Ali to važi samo u vezi sa utvrđivanjem krivične odgovornosti pojedinaca i ne može se primeniti na države i njihove akte.

Ne postavlja se pitanje primene ni mnogih drugih instituta i pravila krivičnog prava, kao što su ona o saučesništvu, nedovršenom pokušaju, sticaju krivičnih dela, krivičnoj odgovornosti za propuštanje, krivičnoj odgovornosti maloletnika, pravnim posledicama osude (prestanak vršenja javnih funkcija, prestanak radnog odnosa, gubitak određenih dozvola ili odobrenja, itd.), rehabilitaciji, davanju podataka iz kaznene evidencije, amnestiji i pomilovnju, zastarelosti krivičnog gonjena itd.

Posebno treba istaći da se s pravom primećuje da ne nalazimo nikakvo pominjanje krivične odgovornosti država u dokumentima koji se odnose na kapitulaciju Nemačke i Japana u Drugom setskom ratu, u statutima Nirnberškog i Tokijskog vojnog suda, kao ni u mirovnim ugovorima zaključenim 1947. g. premda bi, kada bi krivična odgovornost država postojala, ona upravo u tim dokumentima morala naći svoj odraz.[33] Podjednako ispravno se ukazuje na činjenicu da nikada nijedan međunarodni sud nije oglasio neku državu krivično odgovornom zbog kršenja međunarodnog prava.[34]

4. PROBLEM TERMINA

Deo onih koji govore o krivičnoj odgovornosti države zapravo nema u vidu klasičnu krivičnu odgovornost, već koristi taj termin za označavanje reakcije međunarodne zajednice, u prvom redu UN i nekih drugih međunarodnih organizacija, na protivpravne postupke države. Drugim rečima, misli se na međunarodne sankcije protiv države. Smisao takvog pristupa je da se, s jedne strane, ukaže na to da se država kažnjava zbog grubog kršenja međunarodnog prava, a sa druge, da se istakne da nije reč o običnoj, građanskoj odgovornosti (npr. za neispunjenje nekog ugovora) već o odgovornost za teške povrede međunarodnog prava, takve kao što su agresija, genocid, zločini protiv čovečnosti i slično. Gledano iz drugog ugla, misli se na odgovornost

[33] Тункин, 1970, 456-457.
[34] Crawford, Olleson, 2010, 449.

države koja je u vezi sa vršenjem onih akata koji predstavljaju međunarodna krivična dela.

Ali nazivi i termini, posebno oni koji se koriste u pravu, morali bi da što bliže i preciznije označe pojavu na koju se odnose. Nema nikakvog razloga da se govori o krivičnoj odgovornosti države, ako se misli na njeno sankcionisanje koje se drastično razlikuje od klasičnog koncepta krivične odgovornosti.

To ne znači da država nije uopšte odgovorna za ozbiljno kršenje međunarodnog prava. Njena odgovornost postoji, ali ona se ne može nazvati krivičnom. Najprostije rečeno, država može snositi: 1) moralno-političku (vanpravnu), 2) pravnu (građansku) i 3) političko-pravnu (mešovitu) odgovornost. Država odgovara za akte svojih organa koje su oni izvršili delujući u tom svojstvu. To znači da njena odgovornost postoji ako su sporni akt izvršili njena vlada ili upravni organ (npr. povreda diplomatskih imuniteta i privilegija, nezakonito ubistvo stranca od strane policije itd.) ali i ako se radi o ozbiljnoj povredi međunarodnog prava od strane suda (npr. ako je sud odbio da postupa po tužbi stranca, doneo presudu na štetu stranca uz očigledno kršenje pozitivnog prava itd.) pa čak i kada su u pitanju akti zakonodavnog organa (npr. ako je parlament doneo propis koji nije u skladu sa međunarodnopravnim obavezama države, kao npr. ako je usvojio zakon kojim se uvodi rasna ili neka druga diskriminacija).

Moralno-politička odgovornost javlja se onda kada država nije povredila međunarodno pravo, ali je učinila nešto što međunarodna zajednica smatra neprihvatljivim iz moralnih i sličnih razloga. U skladu s tim i sankcije su vanpravne i mogu se sastojati u kolektivnoj političkoj osudi države od strane drugih država ili međunarodne organizacije, odbijanju drugih država da glasaju za prijem odnosne države u međunarodnu organizaciju, nekom obliku bojkota države i slično.

Kada je reč o građanskoj (pravnoj) odgovornosti, radi se o mirnom rešavanju međunarodnog spora od strane nadležnog međunarodnog suda ili arbitraže, što se završava presudom kojom se odlučuje o sporu i eventualnoj naknadi štete. Bliže gledajući, tu se može postaviti pitanje subjektivne (za krivicu), objektivne (bez krivice), pa čak i apsolutne (za štetu pričinjenu pravno dozvoljenim aktima) odgovornosti države. Ovaj vid odgovornosti države postoji onda kada se utvrdi: 1) da je nekom radnjom ili propustom (nečćinjenjem) koji se pripisati državi, prekršena norma međunarodnog prava (od toga, međutim, postoje izuzeci u slučajevima apsolutne odgovornosti), 2) da je time prouzrokovana šteta trećoj državi ili njenom državljaninu odnosno međunarodnoj organizaciji ili njenom službeniku i 3) da oštećeni subjekt nije

dobio zadovoljenje ni kada je iscrpeo sva pravna sredstva unutrašnjeg pravnog poretka odgovorne države.[35]

Posebno zanimljiva je treća vrsta odgovornosti, ona koju smo nazvali političko-pravnom, zato što ima i političku i pravnu dimenziju. Politička strana je prisutna u tom smislu što o odgovornosti države i mogućim kolektivnim međunarodnim sankcijama protiv nje ne odlučuje sud, već neko političko telo (nadležni organ međunarodne organizacije kao npr. Savet bezbednosti UN). To znači da se odluka ne donosi samo uz uvažavanje pravnih argumenata, već na nju u velikoj meri utiču i razni interesi i drugi politički činioci. Pravna dimenzija se ogleda u tome što ova odgovornost 1) ima osnov u nekom međunarodnopravnom dokumentu (npr. u Povelji UN, statutu međunarodne organizacije itd.) u kojem su predviđeni uslovi i mehanizmi za izricanje sankcija i 2) sledi kao odgovor na ozbiljno kršenje međunarodnog prava. Tako npr. Savet bezbednosti može uvesti međunarodne sankcije protiv države za koju smatra da je teško povredila međunarodno pravo odnosno ugrozila međunarodni mir i bezbednost.

Deo teoretičara, govori o krivičnoj odgovornosti države, a zapravo misli na ono što smo ovde nazvali političko-pravnom odgovornošću. Ne tvrdimo da je termin za koji smo se opredelili najbolji, ali smo sigurni da se iz mnogo razloga odgovornost o kojoj je reč ne može nazvati krivičnom. Korišćenje tog termina unosi zabunu i nesigurnost u terminologiju jer se tako uvodi izraz koji ne odgovara onome što bi trebalo da označi i samo može da izazove konfuziju. Pravo, a posebno krivično pravo, zahteva veoma jasno i precizno izražavanje, sa što manje mogućih jezičkih nedoumica, dvosmislenosti i slično.

Suštinski, radi se o tome da teoretičari, političari i drugi koji slede takav pristup, polaze od toga da ako u međunarodnom pravu postoje sankcije koje mogu biti uvedene protiv država zbog kršenja međunarodnog prava, a te sankcije izlaze izvan okvira građanske odgovornosti, onda se tu radi o kaznenoj (krivičnoj) odgovornosti i takvim (krivičnim) sankcijama. To se ne može prihvatiti jer predstavlja neosnovano prenošenje instituta iz unutrašnjeg u međunarodno pravo. Pri tome se zaboravlja da u nacionalnim porecima država postoje ne samo građanskopravne i krivične, već i prekršajne (administrativne) sankcije. Međunarodno pravo se po mnogo čemu razlikuje od unutrašnjeg prava – po svojim subjektima, predmetu regulisanja, pravnim izvorima, sistemskim osobenostima, nekim posebnim načelima, prirodi, pa i pravnoj tehnici, koja podrazumeva specifičan način donošenja pravnih normi

[35] Krivokapić, 2017, 313-320.

i posebna sredstva obezbeđenja njihovog izvršenja (sankcije). Premda se sve više prožimaju i dopunjuju međunarodno pravo i unutrašnje pravo (nacionalni poreci država) su i danas u principu različite pojave tako da se rešenja iz jednog, ne mogu olako nametati kao pogodna za drugi sistem. Zbog toga što poseduje niz karakterističnih osobenosti, međunarodno pravo je izgradilo i svoj poseban odnos prema odgovornosti država i svoj specifičan sistem sankcija.

Kao što je daleko pravilnije govoriti o političko-pravnoj, umesto o krivičnoj odgovornosti država, tako je, logično, govoriti o političko-pravnim, a ne krivičnim sankcijama protiv države.

5. POLITIČKA DIMENZIJA

Na problem kojim se ovde bavimo poželjno je osvrnuti se i iz jednog posebnog ugla. Pošto je međunarodno pravo tesno povezano sa onim što se događa u međunarodnim odnosima, treba pomenuti i to da je rasprava o međunarodnoj krivičnoj odgovornosti država naročito oživela 90-ih godina prošlog veka. Tada je, nakon završetka Hladnog rata, preostala samo jedna svetska sila koja nije odolela iskušenju da pokuša da uspostavi dominaciju nad čitavim svetom. Da bi se to postiglo, trebalo je, između ostalog, obezbediti pravnu podlogu za primenu sile protiv neposlušnih država. U službenoj terminologiji vlade SAD pojavio se naziv *otpadničke* odn. *odmetničke države* (eng. *rogue states, outlaw states*) kao jedna vrsta eufemizma za termin *zločinačke države.* Počeo je da se koristi za one zemlje koje navodno ne poštuju međunarodno pravo, razvijaju oružje za masovno uništenje (s namerom da ga upotrebe protiv SAD), pomažu teroriste, drastično krše ljudska prava i slično.[36] Uglavnom se mislilo na Irak, Iran, Severnu Koreju, Libiju i još neke države. U stvarnosti, u pitanju su bile zemlje čije vlade iz nekog razloga nisu bila po volji Vašingtona, tako da ih redovno osuđivao, etiketirao i činio napore da ih zbaci, što mu je u nekim slučajevima i uspelo.

Otuda su se u političkom govoru, ali i u radovima dela političke i pravne nauke pojavile ideje o tome da je potrebno proširiti krug izuzetaka u kojima je dozvoljena upotreba sile, da postoji pravo, pa čak i obaveza da se sila primeni protiv države koja sistematski krši ljudska prava (koncepcija Odgovornost za zaštitu, koja je zagovarala oružane humanitarne intervencije), da države imaju pravo na tzv. preventvnu samoodbranu čak i onda kada nisu

[36] Više: Simpson, 2004.

suočene sa opasnošću od neposrednog napada protivnika (tzv. Bušova doktrina)[37] itd.[38] Ti pokušaj nisu uspeli jer nisu dobili podršku ogromne većine članica UN. Kada bi se usvojila rešenja koja bi, suprotno postojećim pravilima, dozvolila primenu sile u navedenim i sličnim situacijama, broj sukoba u svetu bi drastično porastao, a patnje običnih ljudi bi se samo povećale. Pored toga, svima je bilo jasno da bi se sila koristila samo protiv malih i srednjih država –nije zamisliva međunarodna oružana intervencija iz humanitarnih ili bilo kojih drugih razloga koja bi bila izvršena protiv npr. SAD. Ili, da li se može zamisliti da npr. članice NATO saveza krivično odgovaraju za agresiju protiv neke male zemlje? Kao što je svojevremeno bio slučaj sa agresijom protiv Jugoslavije (1999).[39] Odgovor je jasan, tu pravo i pravda ustupaju pred realnostima stvarnog života. To, drugim rečima znači da kada bi se prihvatio koncept krivične odgovornosti države, pretnja bi kao Damoklov mač stalno visila samo iznad malih i srednjih država.

Otpor velike većine država sveta izmenama međunarodnog prava koje bi bile suprotne načelima Povelje UN, kao i promene na međunarodnoj političkoj sceni, do kojih je došlo u poslednjih nekoliko godina, učinili su da pomenuti pokušaji postanu neaktuelni. Umesto jednocentričnog, svedoci smo stvaranja višepolarnog sveta. To samo po sebi daje razlog za umereni optimizam i veru u to da će se rešenja tražiti putem komprimisa uz uvažavanje interesa svih članica međunarodne zajednice, a bez nametanja onoga što odgovara samo jednoj državi ili maloj grupi država.

Mnogi koji su se zalagali za uvođenje instituta krivične odgovornosti država bili su dobronamerni, ali nisu uspeli da sagledaju sve strane problema. Ovde, međutim, imamo u vidu da je kod drugih pristalica tog koncepta bila prisutna namera da se priča o krivičnoj odgovornosti država iskoristi u političke svrhe. Jedno je proglasiti državu građanskopravno odgovornom zbog toga što je u nečemu prekršila međunarodno pravo, a drugo je postići to da ona snosi krivičnu odgovornost, da bude obeležena kao kriminalna država. Drugim rečima, ako bi se prihvatila takva koncepcija, neka zemlja bi prostom odlukom grupe država ili odlukom organa neke međunarodne organi-

[37] Doktrina koju su nakon terorističkih napada od 11. 9. 2001 usvojile SAD, dajući sebi za pravo da, kad god procene da je to opravdano, povedu tzv. preventivni rat (engl. *preemptive war*) radi neutralisanja terorista ili tzv. otpadničkih država koje pomažu teroristima, odn. proizvode oružje za masovno uništenje.

[38] Krivokapić, 2011, 567-631; Krivokapić, 2023, 936-940; Paunović, Krivokapić, Krstić, 2023, 346-363.

[39] Krivokapić, 2019, 19-56.

zacije (dakle, političkom odlukom) mogla biti proglašena za međunarodnog zločinca, sa svim posledicama koje iz toga proističu. Šire gledajući, pokušaj promocije koncepcije krivične odgovornosti država trebalo je da doprinese uspostavljanju novog svetskog poretka i zaokruži promene u međunarodnom pravu usmerena na jačanje tog poretka. Kao i druga pomenuta nastojanja on je, bar za sada, propao.

Mada se to ponekad previđa, tvrdnja da države mogu biti krivično odgovorne znači u krajnjoj liniji zalaganje za realnost koja će poznavati kategoriju otpadničkih, zločinačkih država. Proglasiti državu krivično odgovornom znači žigosati je kao zločinca, izdvojiti je među ostalim članovima međunarodne zajednice i predstaviti kao nekakvog izroda koga bi ostale države trebalo da se klone, da ga bojkotuju i kažnjavaju.

Kao što smo već istakli, mnogo je razloga zbog kojih države ne mogu biti krivično odgovorne. S tim u vezi, još jednom valja pojasniti da kada se protiv države iz nekog razloga uvode međunarodne sankcije, time se ispoljava stav međunarodne zajednice da je država prekršila međunarodno pravo, da je odgovorna zbog toga i da mora promeniti svoje ponašanje. Tu nema ničeg spornog. Pre ili kasnije, u većoj ili manjoj meri, međunarodne pravo krše sve države, s tim da neke (posebno velike sile) iz raznih razloga često uspevaju da izbegnu međunarodne sankcije. Ali proglasiti državu *krivično odgovornom,* znači označiti je kao posebnu kategoriju međunarodnih kriminalaca, jednu vrstu otpadnika sa kojim nema o čemu da se razgovara, već se on, kao i svaki drugi zločinac, mora nadjačati, savladati i primereno kazniti. Pri tome se svesno prelazi preko činjenice da kada bi se to učinilo, to bi značilo da se zločincem proglašava i kao kriminalac kažnjava čitav narod, odnosno u krajnjoj liniji svaki stanovnik države, bez obzira na to kakva je njegova stvarna uloga u društvenom životu i procesu odličivanja.

6. ZAKLJUČAK

Iz ugla prava, a posebno međunarodnog prava, država može biti odgovorna za ponašanje koje predstavlja prestup, što znači za kršenje prava. Međutim, saglasno postojećem međunarodnom pravu, države mogu da izvrše delikte (kršenje međunarodnog prava) ali ne i krivična dela (kršenje međunarodnog krivičnog prava). Ili, posmatrano iz drugog ugla, država može prekršiti svoju međunarodnopravnu obavezu i izvršiti međunarodno protivpravni akt, ali to može imati za posledicu samo njenu obavezu: 1) da prestane sa vršenjem protivpravnog akta i 2) da u potpunosti nadoknadi svu materijalnu i moralnu štetu

koju je pričinila.[40] Premda postoje i drugačiji pogledi, u nauci međunarodnog prava dominira shvatanje da se prema važećem međunarodnom pravu pravna odgovornost države svodi na odgovornost za pričinjenu materijalnu i nematerijalnu štetu i obavezu naknadu te štete, i ne obuhvata kažnjavanje.[41]

Kao što smo već istakli, država po nama može snositi 1) moralno-političku, 2) pravnu (građanskopravnu) i 3) političko-pravnu odgovornost. Nijedna od njih nije krivična. To važi i za političko-pravnu odgovornost koja, pošto može dovesti do međunarodnih sankcija, ima najviše sličnosti sa krivičnom odgovornošću. Ipak ona se od nje razlikuje po nizu elemenata, a posebno po tome što u takvim slučajevima: 1) odlučuje međunarodni politički organ, a ne krivični sud; 2) odluka se ne donosi u krivičnom procesu, već na način regulisan neuporedivo manje zahtevnim pravilima o načinu rada političkog organa; 3) postupak se ne završava krivičnom presudom, već rezolucijom međunarodnog organa; 4) sankcije koje izriče nadležni međunarodni organ su drugačije od onih u krivičnom pravu i izvršavaju se na drugačiji način.

Premda je Komisija za međunarodno pravo još 1949. ukazala na potrebu kodifikacije problema međunarodnopravne odgovornosti država, rad na pripremi nacrta sporazuma iz te materije trajao je neobično dugo i završio se tek 2001. g. usvajanjem Nacrta članova o odgovornosti država za međunarodna protivpravna dela. U prvoj verziji Nacrta (1976) napravljena je razlika između dve kategorije međunarodnih protivpravnih akata države - delikata i zločina. To znači da je obuhvaćena i odgovornost država za međunarodna krivična dela, čemu je bio posvećen prilično obiman privremeni član čl. 19, koji je potvrđen 1996. g.[42]

Međutim, usledilo je snažno protivljenje niza država. Vlade SAD), Francuske, Nemačke, Ujedinjenog Kraljevstva, Austrije, Švajcarske, Češke, Mongolije, Uzbekistana, Danske, Meksika, Argentine, Italije i dr. istupile su oštrom kritikom. Između ostalog, prigovorile su:

- da koncept zločina država nema uporište u međunarodnom pravu i međunarodnoj praksi;
- da bi prihvatanje predloženog rešenja potkopalo efikasnost režima odgovornosti država u celini;

[40] Crawford, Watkins, 2010, 285; Шредер, 2015, 820.

[41] Drost, 1959, Vol. 1, 293; Кожевников, 1969, 433-434; Henkin, Pugh, Schachter, Smit, 1993; Бекяшев, 2009, 262; Игнатенко, Тиунов, 2009, 308-310; Leme, 2018, 89-141; Kreća, 2019, 224.

[42] Za tekst tadašnjeg čl. 19 vidi: Kittichaisaree K. 7.

- da bi usvajanje predloženog čl. 19 izazvalo kriminalizaciju međunarodnog prava što bi bilo suprotno postojećem međunarodnom pravu po kome odgovornost država nije ni krivična, ni građanska, već je *sui generis*;
- da usvajanje koncepta krivičnih dela država ne bi bilo korisno, jer bi oslabilo individualnu krivičnu odgovornost pojedianca;
- da je koncept krivične odgovornosti država nespojiv sa načelom jednakosti država;
- da koncept međunarodnih zločina država nema uporište u međunarodnom običajnom pravu i da nema potrebe uvoditi ga;
- da bi kategorija međunarodnih zločina država mogla brzo postati obezvređena jer bi slučajevi većih i manjih prestupa bili svrstani u istu kategoriju ili bi neki prestupi bili kriminalizovani a drugi, podjednako teški, ne bi bili;
- da bi stvarne posledice koje se vezuju za međunarodne zločine država bile od malog praktičnog začaja, a one koje bi imale značaj bile bi neizvodljive;
- da međudržavnim odnosima nedostaje ona vrsta centralne vlasti koja je neophodna za odlučivanje o subjektivnim aspektima nezakonitog ponašanja države;
- da postojeće međunarodnog pravo ne poznaje krivičnu odgovornost država, već samo individualnu krivičnu odgovornost pojedinaca;
- da bi o krivičnoj odgovornosti države mogao da odlučuje samo nadležan međunarodni sud, što nije slučaj prema predloženom članu 19; itd.[43]

Predloženo rešenje o krivičnim delima država suočilo se sa kritikom i u Komitetu za pravna pitanja (Šesti komitet) Generalne skupštine UN,[44] kao i u delu nauke međunarodnog prava.[45] Između ostalog, predlog koji je Francuska podnela Šestom komitetu da se genocid formuliše kao državni zločin *stricto sensu* nije naišao na opšte odobravanje.[46]

Stoga se odustalo od rešenja sadržanog u spornom članu 19 i ona nisu uneta u konačnu verziju Nacrta iz 2001. godine .[47]

[43] Crawford, 1998, Pars. 52-54, Pp. 11-14.
[44] Sixth Committee, 1998.
[45] Quigley, 1988, 117-161; Bowett, 1998, 163-173; Weiler, Cassese, Spinedi, 1989; Pellet, 2001, 55-79.
[46] Kreß, 2006, 473.
[47] Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001.

Premda Nacrt nije pravno obavezujući akt, sama činjenica da je najvažnije ekspertsko telo UN nakon svega odlučilo da izostavi problem krivične odgovornosti država šalje jasnu poruku. Uostalom, takvo rešenje je u skladu sa važećim međunardnim pravom koje pravi razliku između međunarodnih zločina, koje mogu izvršiti i za koje na bazi individualne krivične odgovornosti mogu odgovarati samo pojedinci i međunarodnih delikata, koje mogu da izvrše i za koje mogu da odgovaraju države i drugi subjekti međunarodnog prava (npr. međunarodne organizacije). Kao što je pokazano na prethodnim stranama, mnogo je razloga zbog kojih države ne mogu biti krivično odgovorne, a korišćenje tog termina za označavanje situacija koje izlaze izvan standardnih okvira krivičnog prava je ne samo pogrešno već i štetno.

Premda između međunarodnog i unutrašnje prava postoji čvrsta veza i uzajamni uticaj, ne mogu se instituti iz unutrašnjeg prava mehanički prenositi u međunarodno. Moraju se uvažavati osobenosti međunarodnih odnosa i međunarodnog prava, a ne kao što se to ponekad čini, pokušavati da se međunarodno pravo silom smesti u svojevrsnu Prokrustovu postelju.[48] To važi za sve norme, institute i principe, pa tako i za one koji su iz domena krivičnog prava.

Literatura

1. Navedeni radovi

- Антипенко Владимир Ф. (2017) «Концепция уголовной ответственности государств», *Московский журнал международного права,* No. 1, 64-77
- Avramov Smilja (2011) *Međunarodno javno pravo,* Beograd
- Badar Mohamed Elewa (2013) *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law,* Blumsbury Publishing
- Bassiouni Cherif (2003) *Introduction to International Criminal Law,* Transnational Publishers, Ardsley
- Бекяшев К. А. отв. ред. (2009) *Международное публичное право,* Москва
- Bowett Derek William (1998) „Crimes of State and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility“, *European Journal of International Law,* No. 1, 163-173
- Brownlie Ian (1963) *International Law and the Use of Force by States,* Clarendon Press

[48] Тункин, 1970, 455.

- Chambliss William J. (1989) „State-Organized Crime“, *Criminology,* No. 2, 183-208
- Claus Kreß (2015) “The International Court of Justice and the ‘Principle of Non-Use of Force’”, in: Marc Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, 561-604
- Cox Brian L. (2020) „Recklessness, Intent, and War Crimes: Refining the Legal Standard and Clarifying the Role of International Criminal Tribunals as a Source of Customary International Law“, *Georgetown Journal of International Law,* Vol. 52, 1-75
- Crawford James, Olleson Simon (2010) in: Evans Malcolm D. John (ed.) *International Law,* Oxford University Press, 441-471
- Crawford James, Watkins Jeremy (2010) “International Responsibility”, in: Besson Samantha, Tasioulas John (eds.) *The Philosophy of International Law,* Oxford University Press, 283-298
- Decaux Emmanuel (2008) „The definition of traditional sanctions: their scope and characteristics“, *International Review of the Red Cross,* No. 870, 249-257
- Doxey Margaret (1983) “International Sanctions in Theory and Practice”, *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 15, 273-288
- Drost Peter Nicolaas (1959) *The Crime of State: Penal protection for fundamental freedoms of persons and peoples,* Vol. 1-2, Leyden: A. W. Sythoff
- Dupuy Pierre-Marie (1989) “The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?”, *Michigan Journal of International Law,* No. 1, 105-128
- Đorđević Goran V. (2018) *Krivična odgovornost države*, Beograd
- Farhad Malekian (1985) „International criminal responsibility of states: a study on the evolution of state responsibility with particular emphasis on the concept of crime and criminal responsibility“, Stockholm
- Findlay Trevor (2002) *The Use of Force in UN Peace Operations,* SIPRI, Oxford University Press
- Фисенко Игорь (1998) Ответственность государств за международные преступления“, *Белорусский журнал международного права и международных отнишений,* No. 3, 17-22
- Fleming Sean (2021) „Leviathan on trial: should states be held criminally responsible?“, *International Theory,* Vol. 13, 427-450
- Fox Hazel, Webb Philippa (2013) *The Law of State Immunity*, Oxford University Press

- Friedrichs David O., Rothe Dawn L. (2014) „State-Corporate Crime and Major Financial Institutions: Interrogating in Absence“, *State Crime Journal,* No. 2, 146-162
- García Amador F. V. (1958) “State Responsibility: Some New Problems”, *Recueil des cours*, No. 2, 365–491
- Gilbert Geof (1990) „The Criminal Responsibility of States“, *International and Comparative Law Quarterly,* No. 2, 345-369
- Goy Barbara (2012) “Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court: A Comparison with the Ad Hoc Tribunals”. *International Criminal Law Review*, No. 1, 1-70
- Gray Christine D. (2008) *International Law and the Use of Force,* Oxford University Press
- Green Penny, Ward Tony (2004) *State Crime: Governments, Violence and Corruption,* Pluto Press
- Greppi Edoardo (1999) “The evolution of individual criminal responsibility under international law”, *International Review of the Red Cross,* No. 835, 531-553
- Henderson Christian (2018) *The Use of Force and International Law,* Cambridge University Press
- Henkin Louis, Pugh Richard Crawford, Schachter Oscar, Smit Hans (1993) *International Law: Cases and Materials*, St. Paul. Minn
- Игнатенко Г. В., Тиунов О. И. (2009) *Международное право*, Москва
- Jørgensen, Nina H. B. (2000) *The responsibility of states for international crimes*, Oxford University Press
- Kaseze Antonio (2005) *Međunarodno krivično pravo,* Beograd
- Kittichaisaree Kriangsak (2001) *International Criminal Law,* Oxford University Press
- Knoops Geert-Jan Alexander (2017) *Mens Rea at the International Criminal Court,* Brill & Nijhoff
- Kochler Hans (2019) „Sanctions and International Law“, *International Organizations Research Journal,* No. 3, 27-47
- Кожевников Ф. И. отв. ред. (1969) *Курс международного права,* Москва
- Kramer Ronald C. (1994) „State Violence and Violent Crime“, *Peace Review,* No. 2, 171-175
- Kramer Ronald C., Michalowski Raymond J. (2005) „War, Aggression and State Crime“, *British Journal of Criminology,* No. 4, 446-469
- Kreća Milenko (2019) *Međunarodno javno pravo,* Beograd

- Kresß Claus (2006) „The Crime of Genocide under International Law“, *International Criminal Law Review,* Vol. 6, 461-502
- Krivokapić Boris (2009) “Međunarodno sudstvo danas”, u: Jovan Ćirić (ur.) *Srpsko pravo i međunarodne sudske institucije”,* Beograd, 15-66
- Krivokapić Boris (2011) *Aktuelni problemi međunarodnog prava,* Beograd
- Krivokapić Boris (2012) “Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu”, *Megatrend revija,* No. 3, 25-81
- Krivokapić Boris (2017) *Međunarodno javno pravo,* Beograd
- Krivokapić Boris (2019) **„**The NATO Bombing of Yugoslavia (1999) 20 Years Later – The Problems of Legality, Legitimacy and Consequences“**,** in: Nebojša Vuković (ed.) *David vs. Goliath: NATO War Against Yugoslavia and Its Implications,* Belgrade, 19-56
- Кривокапић Борис (2019) “Државна сувереност и међународно право у ери глобализације“, у: Александар Костић (ур.). *Државни поредак: Суверенитет у времену глобализације,* Београд, 355-392
- Кривокапич Борис (2020) *Мирное разрешение международных споров,* Самара
- Кривокапич Борис (2022) *Проблемы международного права,* Самара
- Krivokapić Boris (2023) *Rat i pravo: Teorija i praksa oružanih sukoba i međunarodno pravo,* Banja Luka
- Кудрявцев В. Н. общ. ред. (1999) *Международное уголовное право,* Москва
- Lang Anthony F. Jr (2007) „Crime and Punishment: Holding States Accountable“, *Ethichs & International Affairs,* No. 2, 239-257
- Leme Rafael (2018) „Individual Criminal Liability and State Responsibility for Genocide: Boundaries and Intersections“, *American University International Law Review,* 89-141
- Левин Д Б. (1966) *Ответственность государств в современном международном праве,* Москва
- Лукашук Игорь И. (2004) *Право международной ответственности*, Wolters Kluwer Russia
- Marchuk Irina (2014) *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law,* Springer
- Marek Krystyna (1978-1979) „Criminalizing State Responsibility“, *Revue Belge de Droit International,* Vol. 14, 460-485
- Marossi Ali Z., Bassett Marisa R. eds. (2015) *Economic Sanctions under International Law,* Asser Press, Springer

- Masahiko Asada ed. (2020) *Economic Sanctions in International Law and Practice,* Routledge
- O'Connell Mary Ellen (2002) „Debating the Law of Sanctions", *European Journal of International Law,* No. 1, 63-79
- Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana (2023) *Međunarodna ljudska prava,* Beograd
- Pella Vespasien V. (1946) *La Guerre-Crime et Les Criminels de Guerre,* Paris: Pedone
- Pellet Allain (1999) „Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", *European Journal of International Law,* No. 2, 425-434
- Pellet Alain (2001) "Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Requiem for States' Crimes?", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXXII, 55-79
- Pellet Alain (2010) „The Definition of Responsibility in International Law", Crawford James, Pellet Alain, Olleson Simon, Parlett Kate (eds.) *The Law of International Responsibility,* Oxford University Press
- Peters Anne, Lagrange Evelyne, Oeter Stefan, Tomuschat Christian eds. (2014) *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill, Nijhoff
- Plakokefalos Ilias (2016) „Criminal Liability of States for Environmental Crimes: The Perspective of International Law", *Revue internationale de Droit Penal,* issue: *Protection of the Environment through Criminal Law,* 283-300
- Phillimore Robert (1879) *Commentaries upon International Law,* Vol. I, London: Butterworths
- Quigley John (1988) „The International Law Commission's Crime-Delict Distinction: A Toothless Tiger?", *Revue de Droit International et des Sciences Diplomatiques et Politiques,* No. 2, 117-161
- Schulman Adam (2010) „No Liability Without Feasibility: International Law and the Problem of Punishing Innocent", *Georgetown Journal of Law and Public Policy,* No. 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1740805
- Simpson Gerry (2004) *Great Powers and Outlaw States,* Cambridge University Press
- Шредер Майнхард (2015) «Ответственность, международное уголовное право, разрешение споров и санкции», в: Граф Витцум Вольфганг, Прельсс Александер (2015) *Международное право,* Москва, 807-888
- Tanguay-Renaud François (2013) „Criminalizing the State", *Criminal*

Law and Philosophy, No. 2, 255-284
- Tomuschat Christian: „The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions", *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* Vol. 44, 2011, 1105-1140
- Triffterer Otto (1996) „Prosecution of States for Crimes of State", *International Review of Penal Law,* No. 1-2, 341-364
- Тункин Г. И. (1970) *Теория международного права,* Москва
- Van den Herik Larissa, ed. (2017) *Research Handbook on UN Sanctions and International Law,* Edward Elgar Publishing
- Van Sliedregt Elies (2012) *Individual Criminal Responsibility in International Law,* Oxford University Press
- Weiler Joseph H. H., Cassese Antonio, Spinedi Marina eds. (1989) *Crimes of State: A Critical Analysis of the International Law Commission's Draft Article 19 on State Responsibility,* Berlin: European University Institute
- Westra Joel H. (2007) *International law and the Use of Armed Force,* Routledge
- Видус Д. Э. (2012) «Ответственность государств за геноцид», *Международное право и международные организации,* No. 2, 92-102
- Wood Michael (2013) "International Law and the Use of Force: What Happens in Practice?", *Indian Journal of International Law,* Vol. 53, 345-367
- Yang Xiaodong (2013) *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press

2. Sudske presude i drugi dokumenti

- *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, (2002), Judgment of 14 February 2002, Pars. 54-61, Pp. 23-27, www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf
- Crawford James (1998) "State Responsibility", First report on State responsibility, United Nations, A/CN.4/490 and Add. 1–7*, Pars. 52-54, Pp. 11-14, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_490.pdf
- *Draft articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2001), United Nations 2008, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf
- *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, (2012), Judgment, 3 February 2012, ICJ, Par. 54, p. 27 (122), www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf

– *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. I, United Nations* (1996), General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 22 (A/51/22), Par. 192, p. 44, www.legal-tools.org/doc/e75432/pdf/
– *Rule 103: "Collective punishments are prohibited"*, ICRC Database, Customary IHL, Rules - Customary IHL - ICRC, https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/rules
– Sixth Committee (1998) "State Responsibility can only be Civil, not Criminal, in Context of International Law, Assembly's Legal Committee Told", United Nations, Press Release, GA/L/3089, 5 November 1998, https://press.un.org/en/1998/19981105.gal3089.html
– "State Responsibility" (1976), *Yearbook of the International Law Commission,* Vol. II, Part two, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its twenty-eighth session, 69-122, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1976_v2_p2.pdf

Academician prof. Boris Krivokapić, Ph.D.[49]

THE PROBLEM OF CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE STATES IN INTERNATIONAL LAW

Summary: *Although it was started between the two world wars, the question of the criminal responsibility of states has become particularly relevant at the turn of the 21st century. Some of those who support that concept believe that the criminal responsibility of the state can be talked about already. In contrast, others admit that it is not an institute of positive international law but still advocate for the acceptance of that concept. Supporters of both approaches believe that the state's criminal responsibility exists when it seriously violates the obligations arising from the imperative norms of general international law. According to them, certain illegal acts of states (aggression, genocide, serious and deliberate pollution of the environment, etc.) affect the interests of the entire international community, and therefore it is necessary and right to punish the offender. A special category consists of theoreticians who talk about the criminal responsibility of states, but actually have in mind international sanctions that are introduced against states by other states and international organizations. Noting that it is not disputed that the state, when there is room for it, bears responsibility for violations of international law and damage caused to others, the author points out that the idea of criminal responsibility of states cannot be accepted. In confirmation of this, he first points to principled reasons, such as the sovereign equality of states, immunities of states from foreign jurisdiction, the prohibition of force in international law, the principle of individual criminal responsibility and the prohibition of collective punishment. Then he looks at specific legal problems, pointing to principal issues (nullum crimen, nulla poena sine lege, the criminal court as a body that decides on guilt, formal criminal proceedings) and especially emphasizes the problem of mens rea - the mental attitude of the perpetrator towards the criminal act. After that, he considers other problems such as the term itself, the political dimension of the issue, etc. The author concludes that according to positive international law, the state cannot be criminally responsible, and that this position is accepted by contemporary practice and most of the doctrine.*

Keywords: *State, International Law, Criminal Law, Criminal Responsibility, Responsibility, Guilt*

[49] Academician, Full professor, Faculty of Business and Law of the University "MB" (Belgrade) and Faculty of Law of the Samara National University (Samara), krivokapicboris@yahoo.com.

UDK 343.712.1:340.142(497.11)
doi 10.7251/PR6924777J
Originalni naučni članak

INSTITUT "DELO MALOG ZNAČAJA" U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE[1]

Prof. dr Dragan Jovašević[2]

***Apstrakt**: Kao najteži oblik javnopravnih delikata - krivično delo, bez obzira na zakon koji ga određuje, predstavlja protivpravno, skrivljeno i zakonom propisano delo za čijeg su učinioca propisane krivične sankcije. Bez postojanja nekog od četiri osnovna, opšta elementa: delo čoveka, protivpravnost dela, određenost dela u zakonu i skrivljenost dela, uopšte nema ove vrste delikta. Pozitivna krivična zakonodavstva predviđaju više osnova koji isključuju postojanje krivičnog dela, ili protivpravnosti ili krivice njegovog učinioca. Među osnovima koji negiraju protivpravnost, pored nužne odbrane i krajnje nužde, ističe se institut „delo malog značaja" u pravu Srbije, odnosno institut „beznačajnog dela" u uporednom krivičnom zakonodavstvu. To znači da pri postojanju zakonom propisanih formalnih i materijalnih uslova u konkretnom slučaju nema krivičnog dela, odnosno kažnjivosti njegovog učinioca iako su ispunjena sva zakonom propisana obeležja tog dela. Upravo o institutu „delo malog značaja" u pravu Srbije, odnosno u uporednom krivičnom pravu govori ovaj rad.*

***Ključne reči:** krivično delo, protivpravnost, isključenje dela, mali značaj, nekažnjavanje*

---

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu koji finansira Pravni fakultet u Nišu pod nazivom: „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu" u periodu 2021-2025. godine.

[2] Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš, Republika Srbija, email: jovas@prafak.ni.ac.rs., https://orcid.org/0000-0003-1136-5980

1. Uvod

Krivično delo prema pozitivnom krivičnom pravu Srbije definišu četiri osnovna, opšta, konstitutivna objektivno-subjektivna, odnosno formalno-materijalna elementa bez čijeg kumulativnog postojanja u konkretnom slučaju uopšte nema ove najteže, najozbiljnije vrste javnopravnih delikata.

Naime, prema odredbi člana 14. Krivičnog zakonika Srbije[3] krivično delo predstavlja takvo delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno. Ali nema krivičnog dela ukoliko je isključena protivpravnost ili krivica njegovog učinioca, iako postoje sva obeležja krivičnog dela određena zakonom (stav 2.). Iz navedenog zakonskog rešenja proizilazi da krivično delo karakterišu sledeći obavezni, konstitutivni elementi. To su: a) delo čoveka (preduzeta radnja izvršenja činjenjem ili nečinjenjem sa prouzrokovanom posledicom), b) protivpravnost dela, c) određenost dela u zakonu i d) skrivljenost dela (krivica učinioca). U slučaju odsustva bilo kog od navedenih elemenata, nema krivične odgovornosti, ni kažnjivosti učinioca (fizičkog ili pravnog lica) koji je svojom radnjom činjenja ili nečinjenja prouzrokovao zakonom propisanu pravnorelevantnu posledicu budući da uopšte nema krivičnog dela kao takvog.

U krivičnom pravu se najčešće kao objektivni osnovi koji negiraju krivično delo – kao osnovi koji isključuju materijalnu protivpravnost (društvenu opasnost)[4] preduzete radnje izvršenja javljaju: nužna odbrana (samoodbrana), sila (prinuda) ili krajnja nužda. Na taj način ovakva ljudska radnja gubi i formalnu protivpravnost. No, pojedina krivična zakonodavstva, među opštim, objektivnim osnovima, poznaju takođe i institut koji nosi nazličite nazive, ali identičnu sadržinu, dejstvo, pravnu prirodu i karakteristike. Ovaj osnov u krivičnom pravu Srbije nosi naziv: "delo malog značaja".

U ranijem jugoslovenskom krivičnom pravu (sa primenom do 1. januara 2006. godine) ovaj je institut nazivan: "neznatna društvena opasnost"[5] (član 8, stav 2. Krivičnog zakona SFR Jugoslavije[6]), iako sam zakon ovaj termin nije poznavao. U to vreme krivično delo nije predstavljalo ono delo koje, iako sadrži obeležja krivičnog dela koja su određena zakonom, sadrži

[3] *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

[4] N. Mrvić Petrović, Krivično pravo, Beograd, 2005, str. 77-78.

[5] Z. Stojanović, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002, str.27-28.

[6] *Službeni list SFRJ* broj 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 i 54/90 i *Službeni list SRJ* broj 35/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93 i 61/2001.

neznatnu društvenu opasnost zbog malog značaja i zbog neznatnosti ili odsutnosti štetnih posledica[7]. Cilj je primene ovog instituta bio da se isključi primena krivičnog prava u odnosu na one slučajeve u kojima su istina ispunjena sva zakonom propisana obeležja nekog krivičnog dela, ali je reč o tako beznačajnom delu da primena krivičnih sankcija očigledno ne bi imala svrhu, cilj, opravdanje[8].

Institut "delo malog značaja" pod ovim nazivom poznaju, pored prava Srbije, među drugim krivičnim zakonodavstvima država u regionu – država koje su nastale raspadom SFR Jugoslavije devedesetih godina 20. veka, takođe još Krivični zakonik Severne Makedonije[9] – delo od malog značaja (član 8.) - "*Дело од мало значење",* odnosno Krivični/Kazenski zakonik Slovenije[10] - delo malog značaja" (član 14.) – "*Dejanje majhnega pomena"*. Inače, ovaj institut je pod istim nazivom – delo malog značaja - svojevremeno poznavao i Krivični zakonik Crne Gore[11] prema rešenjima iz 2003.godine (član 9.).

Najčešće se, ipak, ovaj institut u uporednom regionalnom krivičnom pravu naziva: "beznačajno delo". Ovakvo rešenje poznaju sledeća krivična zakonodavstva: a) član 33. Kaznenog zakona Hrvatske[12], b) član 25. Krivičnog zakona Brčko distrikta BIH[13], c) član 25. Krivičnog zakona Federacije BIH[14] i d) član 23a. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine[15].

---

[7] D. Jovašević, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002, str.30-32.

[8] Z. Stojanović, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002, str.27-28.

[9] *Služben vesnik na Republika Makedonija* broj *37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 1*96/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 i 188/2023.

[10] *Uradni list Republike Slovenije* broj 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 50/2012, 54/2015, 6/2016, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 i 16/2023.

[11] *Službeni list Crne Gore* broj 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021, 144/2021, 145/2021 i 110/2023.

[12] *Narodne novine Republike Hrvatske* broj 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022, 114/2023 i 36/2024.

[13] *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj 19/2020 i 3/2024.*

[14] *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 75/2017 i 31/2023.*

[15] *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 i 47/2023.*

S druge strane, ovaj institut u Krivičnom zakoniku Republike Srpske[16] (BIH) nosi naziv: "zanemarljivo opasno delo" (član 25.).

Pored krivičnog prava, institut "delo malog značaja" na specifičan način, ali sa sličnim dejstvom – osnovom koji isključuje postojanje protivpravnosti učinjenog kažnjivog dela, predviđa i privredno prestupno pravo sa primenom u Republici Srbiji - Zakon o privrednim prestupima (član 2, stav 2.) pod nazivom: "neznatna društvena štetnost".

2. Osnovi isključenja protivpravnosti

Iz zakonske definicije proizilazi da pojam krivičnog dela čine četiri kumulativno, zakonom određena opšta elementa. Nedostatak nekog od njih i to bilo koga, dovodi do isključenja krivičnog dela, pa i do nemogućnosti kažnjavanja njegovog učinioca. Okolnosti koje dovode do nepostojanja nekog od zakonom predviđenih elemenata u pravnoj teoriji se nazivaju osnovi koji isključuju krivično delo. Razlikuje se više vrsta ovih osnova. Zavisno od toga da li ih izričito predviđa Krivični zakonik ili ne, razlikuju se: a) zakonski (opšti) i b) posebni (faktički) osnovi isključenja krivičnog dela. Zakonski osnovi predstavljaju okolnosti koje su izričito propisane zakonom pri čijem postojanju nema krivičnog dela, dok faktičke osnove određuju: a) pravna teorija, b) sudska praksa, c) običajno pravo i d) inostrano (komparativno) zakonodavstvo.

U pravnoj teoriji može se naći shvatanje koje razlikuje više osnova koji isključuju protivpravnost krivičnog dela kao što su: a) osnovi predviđeni u opštem delu Krivičnog zakona/ika, b) osnovi predviđeni u posebnom delu Krivičnog zakona/ika i c) osnovi predviđeni u drugima granama prava izvan materijalnog krivičnog prava (u krivično procesnom, međunarodnom ili pak običajnom pravu). Bez obzira na to o kojoj se vrsti osnova radi, oni imaju trojako pravno dejstvo[17]. Pri njihovom postojanju: a) smatra se da učinilac radnje čija je protivpravnost isključena nije izvršio krivično delo, pa se prema njemu ne može izreći bilo koja zakonom propisana krivična sankcija, a na procesnom planu se donosi presuda kojom se optuženi oslobađa od optužbe, b) smatra se takođe da saučesnici u preduzimanju ovakve radnje takođe ne čine krivično delo, što proizlazi iz ograničene (limitirane) akcesornosti sa-

[16] *Službeni glasnik Republike Srpske broj 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021, 73/2023 i 9/2024.*

[17] P. Novoselec, Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004, str. 162-163.

učesništva i c) žrtva radnje čija je protivpravnost isključena nema pravo na nužnu odbranu jer se smatra da takva radnja učinioca uopšte ne predstavlja protivpravni napad na tuđe pravno dobro.

Zavisno od toga koji elemenat opšteg pojma krivičnog dela se dejstvom osnova u konkretnom slučaju isključuje u pravnoj teoriji se razlikuju dve vrste osnova isključenja krivičnog dela. To su: a) objektivni i b) subjektivni osnovi.

Objektivni osnovi isključuju postojanje protivpravnosti kao objektivnog elementa opšteg pojma krivičnog dela, gde u pravu Srbije spadaju: a) "delo malog značaja", b) nužna odbrana i c) krajnja nužda. Oni se još nazivaju i opšti osnovi koji isključuju postojanje krivičnog dela jer je njihova primena moguća kod svih (ili najvećeg broja zakonom propisanih krivičnih dela) i na strani svakog učinioca takvog dela.

Subjektivni osnovi isključuju postojanje krivice učinioca (skrivljenosti) kao subjektivnog elementa opšteg pojma krivičnog dela. Ovde u pravu Srbije spadaju: a) neuračunljivost, b) neodoljiva sila i c) stvarna i pravna zabluda. I ovi se osnovi takođe smatraju opštim osnovima jer se mogu javiti kod najvećeg broja krivičnih dela i njihovih učinilaca.

Pored opštih osnova koji isključuju krivično delo, u pravnoj teoriji se ističe da postoje i "posebni osnovi"[18]. To su osnovi koji, istina, isključuju krivično delo, ali nisu domaćim krivičnim zakonodavstvom izričito predviđeni. Oni su tvorevina pravne nauke i sudske prakse, ali neke od njih poznaje i uporedno (komparativno) krivično zakonodavstvo. U ove posebne osnove pravna teorija ubraja: a) pristanak povređenog, b) samopovreda, c) vršenje službene dužnosti, d) disciplinsko i vaspitno kažnjavanje maloletnika, e) dozvoljeni rizik, f) pretežni interes, g) sloboda javnog izražavanja, h) prigovor savesti itd. Neki od navedenih posebnih osnova su predviđeni u posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije kod pojedinih krivičnih dela.

3.Pojam i karakteristike "dela malog značaja" u pravu Srbije

"Delo malog značaja" (ili beznačajno delo) predstavlja prvi opšti, objektivni osnov isključenja protivpravnosti krivičnog dela u Krivičnom zakoniku Srbije (član 18.)[19], iako u pravnoj teoriji ima shvatanja prema ko-

[18] V. Grozdanić, M. Škorić, Uvod u kazneno pravo, Opći dio, Zagreb, 2009, str. 83-84.

[19] Ovaj osnov koji isključuju krivično delo u nekim inostranim krivičnim zakonima (član 42. austrijskog Krivičnog zakonika) se smatra osnovom koji isključuje kažnjivost učinioca (E. Foregger, E. Serini, Strafgesetzbuch, Wien, 1989, str. 53–54).

jima se ovde radi o osnovu koji isključuje kažnjivost[20]. Njegovo uvođenje u domaći pravni sistem je izraz shvatanja *de minimi lex non curat* prema kome se tu radi o delima koja su po svom kvalitetu takva da su beznačajna za krivično pravo. S kriminalno-političkog stanovišta, to je jedan od instrumenata kojim se tretira sitan, minorni, bagatelni, situacioni kriminalitet. Cilj je primene ovog instituta da se isključi primena krivičnog prava u slučajevima u kojima su, istina u konkretnom slučaju, ispunjena sva zakonom propisana obeležja bića krivičnog dela, ali se radi o beznačajnom (bagatelnom) delu tako da primena krivične sankcije očigledno ne bi ostvarila svoju svrhu. Na taj način se omogućuje selekcija krivičnog gonjenja u sferi bagatelnog kriminaliteta[21].

Mali značaj učinjenog dela ili njegova beznačajnost predstavljaju činjenični vrednosni sud o konkretnom vladanju učinioca kojim su ostvarena zakonska obeležja krivičnog dela, ali ovo delo nema značenje krivičnog dela s obzirom na način postupanja učinioca, njegovu krivicu i nastupelu posledicu za zaštićeno dobro i pravni sistem uopšte. Ta ocena o beznačajnosti dela je *quaestio facti*. Tu ne dolazi u obzir da se *in abstracto* takvim oceni bilo koje krivično delo predviđeno u zakonu jer bi to protivurečilo slovu zakona. Da bi se ponašanje (vladanje) nekog lica u spoljnom svetu ocenilo kao "delo malog značaja" moraju biti ispunjena sva zakonska obeležja, jer se u protivnom uopšte ne radi o krivičnom delu[22].

Prema članu 18. Krivičnog zakonika Srbije[23] nije krivično delo koje, iako sadrži obeležja krivičnog dela, predstavlja "delo malog značaja". Naime, ljudska radnja kojom je prouzrokovana promena ili stanje u spoljnom svetu na objektu napada u smislu krivičnopravno relevantne posledice i koje ispunjava obeležje bića zakonom predviđenog krivičnog dela, može u određenim konkretnim oblicima ili vidovima ispoljavanja u sudskoj praksi da dobije tako mali stepen težine i opasnosti, da se postavlja sa osnovom pitanje opravdanosti (osnovanosti, celishodnosti) kažnjavanja njegovog učinioca. Takve situacije mogu da se razreše na dva načina:

a) predviđanjem u materijalnom krivičnom pravu osnova za isključenje kažnjavanja kroz nepostojanje kažnjivog delikta i

[20] Z. Stojanović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2022, str.140-142.
[21] Z. Tomić, Krivično pravo, Krivično djelo, Sarajevo, 2007, str. 185–186.
[22] B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007, str.111-115.
[23] *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

b) predviđanjem u procesnom krivičnom pravu principa oportuniteta krivičnog gonjenja kao mogućnosti/ovlašćenja ovlašćenog tužioca (javnog tužioca) da ne pokreće krivični postupak prema učiniocima „bagatelnih krivičnih dela“ prema kojima izrečena kazna ne bi mogla da ostvari zakonom propisanu svrhu.

S ciljem razrešenja ovakvih situacija krivično pravo u Srbiji poznaje institut pod nazivom: „delo malog značaja“. Dakle, učinjeno krivično delo je “malog značaja” ako stepen krivice učinioca nije visok, ako su štetne posledice odsutne ili neznatne i ako opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije[24]. Dakle, “delo malog značaja” postoji ako se njime ne napada, povređuje ili ugrožava dobro, vrednost ili interes koje ima veći značaj za društvo. Može se desiti u sudskoj praksi da u konkretnom slučaju učinjeno delo nema onaj “uobičajeni značaj” koji treba da ima da bi se to konkretno delo tretiralo kao krivično delo[25].

To znači da je za primenu ovog instituta potrebna ocena da je društvena opasnost (kao objektivno-subjektivna kategorija) *in concreto* nižeg stepena, obima ili intenziteta, na šta ukazuje propisana kazna za učinioca konkretnog krivičnog dela čime se omogućuje selekcija krivičnog gonjenja u sferi bagatelnog, sitnog kriminaliteta. I pored toga, se u pravnoj teoriji ističu prigovori primeni ovog pravnog instituta ističući da on slabi princip zakonitosti, odnosno načela pravne države, da dovodi do arbitrernosti, što dalje može da vodi pravnoj nesigurnosti i pravnoj nejednakosti[26].

---

[24] Delo malog značaja se u sudskoj praksi Republike Srbije javljalo u sledećim slučajevima: količina od 0,06 grama heroina predstavlja neznatnu količnu droge daleko ispod uobičajene doze za jednokratnu upotrebu (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 622/2004); opojna droga – marihuana u količini od 0,85 grama nije mala jer je dovoljna za jednu upotrebu i štetno i razorno deluje na zdravlje i radnu sposobnost što sve dovodi do teških zdravstvenih i socijalnih problema (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 865/2006); postojanje građanskopravnog instituta „prava zadržavanja“ radi obezbeđenja novčanog potraživanja isključuje protivpravnost (presuda Okružnog suda u Nišu Kž. 712/2008); kada sud okrivljenog oslobodi od optužbe da je izvršio krivično delo usled toga što radnje okrivljenog predstavljaju delo malog značaja ima ovlašćenje da uz oslobađajuću presudu izrekne i meru oduzimanja predmeta (presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž. 28/2012); ne postoji nizak stepen krivice kada je delo izvršeno sa direktnim umišljajem kao oblikom krivice (presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž. 252/2014); kada okrivljeni postupa u okviru službe na poslovima otkrivanja krivičnog dela i suzbijanja kriminala stepen krvice se ne može smatrati niskim i nema dela malog značaja (presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz. 4/2017).

[25] M. Đorđević, Đ. Đorđević, Krivično pravo, Beograd, 2020, str. 56-57.

[26] Z. Stojanović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2022, str. 140-142.

Ovaj se institut može koristititi u bilo kojoj fazi krivičnog postupka, pa se može primeniti čak i od strane javnog tužioca prilikom postupanja po krivičnoj prijavi[27].

Najčešće se radi upravo o onim krivičnim delima za koja je u zakonu propisana blaža kazna (po vrsti ili meri) na osnovu procene apstraktnog stepena opšte društvene opasnosti tog dela. Ali to ne znači da su takva krivična dela uvek malog značaja zato što je za njih propisana blaža kazna. S druge strane, postoje i takva krivična dela koja niukom slučaju ne mogu biti "dela malog značaja" zbog karaktera, značaja i prirode objekta zaštite. U svakom slučaju kod procene "dela malog značaja" sud je ovlašćen da ceni sve okolnosti koje su postojale u vreme izvršenja konkretnog krivičnog dela, bez obzira da li se radi o objektivnim okolnostima (okolnosti izvršenja dela – način, sredstvo, mesto ili vreme preduzimanja radnje izvršenja) ili o okolnostima subjektivnog karaktera (okolnosti vezane za ličnost učinioca)[28].

Za primenu ovog instituta potrebno je kumulativno ispunjenje više uslova. To su: a) formalni i b) materijalni uslov. Da li je "delo malog značaja" utvrđuje sud u svakom konkretnom slučaju kao faktičko pitanje na bazi objektivno-subjektivnog kriterijuma, odnosno na bazi okolnosti koje su vezane, kako za izvršeno krivično delo, tako i za njegovog učinioca[29]. To ukazuje da se ovde radi o objektivno-subjektivnoj kategoriji[30], jer su za ocenu ovog institute relevatne, kako okolnosti koje su vezane za učinjeno krivično delo, tako i okolnosti koje su vezane za ličnost njegovog učinioca. Tako "delo malog značaja" mora biti "bagatelno", kako u objektivnom, tako i u subjektivnom smislu[31].

Kao formalni uslov za postojanje instituta "delo malog značaja" u pravu Srbije, smatra se zakonom propisana vrsta, odnosno mera kazne kao krivične sankcije koja je predviđena za konkretno učinjeno krivično delo. Iako se radi o opštem osnovu koji isključuje protivpravnost učinjenog krivičnog dela, Krivični zakonik je suzio njegovu primenu formalnim kriterijumom prema kome se mora raditi o krivičnom delu za koje je u zakonu propisana kazna zatvora u trajanju do tri godine ili novčana kazna, bez obzira da li se gonjenje preduzima po privatnoj tužbi, po predlogu oštećenog ili po službenoj dužno-

[27] Z. Stojanović, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002, str. 27-28.
[28] D. Jovašević, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002, str.30-32.
[29] G. Marjanovik, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, Skopje, 1998, str. 127–130.
[30] D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2018, str.78-79.
[31] Z. Stojanović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2022, str.140-142.

sti. Time je apstraktno podcrtana granica "nevrednosti" ispod koje uopšte ne dolazi u obzir primena instituta "delo malog značaja" u konkretnom slučaju[32].

Ovakvo zakonsko rešenje ukazuje da je primena ovog instituta vezana za lakša krivična dela sa blažom zaprećenom kaznom[33]. Radi se, zapravo, o situacijama u kojima u konkretnom slučaju izostaje zamišljeni kvantum društvene opasnosti zbog čega se smatra da je u konkretnom slučaju isključena protivpravnost u materijalnom smislu, te da postoji nizak stepen "krivičnog neprava"[34].

Drugi uslov koji ukazuje na postojanje instituta "delo malog značaja" u krivičnom pravu Srbije predstavlja materijalni, supstancijalni uslov. Ovaj uslov čine tri njegova konstitutivna elementa koji moraju biti kumulativno ispunjeni u svakom konkretnom slučaju.

Prvi materijalni elemenat "dela malog značaja" je subjektivnog karaktera. On se ogleda u zahtevu da stepen krivice učinioca nije visok. To znači da učinilac pri preduzimanju delatnosti činjenja ili nečinjenja u okviru zakonom propisane radnje izvršenja dela nije ispoljio svest i volju u visokom, većem stepenu, obimu ili intenzitetu. Stepen krivice učinioca se ocenjuje prema stepenu njegove uračunljivosti i stepena njegove vinosti – umišljaja i nehata koje je pokazao u vreme izvršenja konkretnog krivičnog dela, ali vrednujući pri tome sve subjektivne sadržaje koji se uobičajeno razmatraju na planu krivice (niža normativna komponenta krivice, manja jačina prekora nego u uporedivo prosečnom slučaju ostvarenog neprava)[35]. Dakle, u ovom slučaju stepen krivice učinioca mora da bude ispod stepena krivice koji kao tipičan ima u vidu zakon kod ovog dela[36]. Na taj način se ovaj uslov posredno dotiče objektivne okolnosti ostvarenog neprava koje umanjuje "nevrednost ponašanja"[37].

Drugi materijalni elemenat "dela malog značaja" zahteva da su štetne posledice učinjenog krivičnog dela odsutne ili neznatne[38]. To ukazuje da je

[32] I. Vuković, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2021, str.167-170.
[33] M. Radovanović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 1972, str.91-92.
[34] I. Vuković, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2021, str.167-170.
[35] Z. Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2020, str.113-114.
[36] B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007, str.111-115.
[37] I.Vuković, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2021, str.167-170.
[38] U pravnoj teoriji se mogu naći shvatanja koja kod ovog uslova zahtevaju da se radi o posledici koja nije elemenat bića krivičnog dela i koja ne nastupa na objektu radnje, već o posledici koja je objekat krivičnopravne zaštite koja je zakonodavni motiv inkriminacije (M. Radovanović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 1972, str.94.).

primena ovog instituta vezana za krivična dela kod kojih se posledica preduzete radnje izvršenja ispoljava, manifestuje u prouzrokovanju štetne posledice - u nastupanju imovinske štete, štete za imovinu drugog fizičkog ili pravnog lica, bilo u vidu gubitka postojeće ili u vidu sprečavanja uvećanja buduće imovine. Štetna posledica se, dakle, ispoljava u prouzrokovanoj šteti po prava ili interese bilo kog pasivnog subjekta.

Takva štetna posledica dela treba da se javi u dva alternativno propisana pojavna vida ispoljavanja. Naime, štetna posledica treba da je odsutna, dakle, da i pored preduzete delatnosti koja je zakonu propisana kao radnja izvršenja krivičnog dela u konkretnom slučaju šteta uopšte nije nastupila, nije prouzrokovana po dobra drugog fizičkog ili pravnog lica. Ova se vrsta posledice javlja kod krivičnih dela ugrožavanja – izazivanja opšte (apstraktne) ili bliske, neposredne (konkretne) opasnosti po zaštićeno dobro[39]. Drugi vid ispoljavanja štetne posledice se javlja u slučaju kada je šteta (imovinska, ekonomska, materijalna) usled preduzete radnje izvršenja zaista nastupila, ali je ona "neznatna" (minimalna, neprimetna, minorna, jedva vidljiva). Neznatna štetna posledica postoji kod krivičnih dela povrede i to u slučaju kada je oštećenje napadnutog objekta takvog obima, intenziteta, prirode, značaja ili karaktera da ne umanjuje primetno vrednost zaštićenog dobra[40]. Ovde se radi o umanjenoj "nevrednosti" posledice" kojoj korespondira niži stepen krivice učinioca[41].

Konačno, za postojanje "dela malog značaja", u okviru materijalnog uslova, potrebno je da sud na osnovu svih utvrđenih objektivnih, odnosno subjektivnih činjenica posle izvedenih dokaza dođe do uverenja (zaključka, ocene) da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije. Krivični zakonik je (član 4, stav 3.) propisao da kao opštu svrhu krivičnih sankcija "suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom". Upravo sud na bazi utvrđenih objektivnih i subjektivnih okolnosti učinjenog dela i ličnosti njegovog učinioca procenjuje u svakom konkretnom slučaju da li se bez izricanja krivične sankcije može postići ovako određena svrha krivičnih sankcija – zaštita društvenih dobara, vrednosti ili interesa od svih oblika ili vidova ispoljavanja kriminaliteta. Svoju ocenu, sud mora da bazira na izvedenim dokazima, te da je obrazloži u donetoj odluci.

[39] D. Jovašević, Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije, Beograd, 2002, str. 30-32.
[40] B. Čejović, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2002, str. 165-169.
[41] I. Vuković, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2021, str.167-170.

4.Pojam i karakteristike "dela malog značaja" u pravu država regiona

I države u regionu jugoistočne Evrope koje su nastale raspadom SFR Jugoslavije, sledeći pravnu tradiciju jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva od 1929.godine do 1991.godine, u opštem delu materijalnog krivičnog prava, među osnovima koji isključuju postojanje krivičnog dela predviđaju na više-manje identičan način institut "delo malog značaja" pod ovim ili drugim sličnim nazivom.

Pod istim nazivom: "delo od malog značaja" (bagatelno delo) – "*Дело од мало значење*" ovaj osnov isključenja protivpravnosti krivičnog dela predviđa Krivični zakonik Severne Makedonije (član 8.). Prema ovom zakonskom rešenju nije krivično delo ono delo koje je, iako sadrži zakonom propisana obeležja krivičnog dela, manjeg značaja zbog odsustva ili beznačajnosti štetnih posledica i niskog stepena krivične odgovornosti učinioca, pod uslovom da se radi o krivičnom delu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine[42]. Praktično ova se zakonska definicija u potpunosti podudara sa formalnim i materijalnim uslovima za postojanje instituta "dela malog značaja" u pravu Srbije, osim što se ne zahteva ocena, uverenje suda da se u konkretnom slučaju i na ovaj način (dakle, bez primene propisane kazne) može ostvariti svrha krivičnih sankcija.

Kazneni zakon Hrvatske (član 33.) pod nazivom: "Beznačajno delo" predviđa osnov pri čijem postojanju "nema krivičnog dela", iako su ostvarena njegova obeležja, ako su ispunjeni samo materijalni uslovi (koji su u potpunosti identični uslovima u zakonodavstvu Srbije). To su[43]: a) da je stepen učiniočeve krivice nizak, b) da učinjeno delo nije imalo posledice ili da su posledice neznatne i c) da ne postoji potreba da učinilac dela bude kažnjen. Iz navedenog zakonskog opisa proizilazi da se ovaj institut može primeniti kod svakog krivičnog dela, čak i onog dela koje nije "beznačajno", za koje je, dakle, propisana strožija kazna, ali ipak dela koje je u konkretnom obliku ispoljavanja dobilo poseban, "osobito, naročito lak" oblik ispoljavanja, težine, odnosno nizak stepen društvene opasnosti. Takva beznačajnost dela isključuje kažnjivost što znači da u procesnom smislu delo za koje je lice optuženo "po zakonu nije krivično delo", pa se donosi oslobađajuća presuda[44].

---

[42] V. Kambovski, Kazneno pravo, Opšt del, Skopje, 2006, str. 367-373.
[43] A. Kurtović, G. Tomašević, Osnove kaznenog prava i postupka, Split, 2002, str. 232-233.
[44] K. Turković et al., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013, str. 52.

Kazenski/Krivični zakonik Slovenije takođe poznaje institut "delo malog značaja" – *"Dejanje majhnega pomena"* (član 14.)[45]. Naime, učinjeno delo nije krivično delo koje ima obeležja krivičnog dela koja su definisana zakonom, ako se radi o "delu manjeg značaja". "Delo je manjeg značaja" ako su ispunjeni sledeći kumulativno postavljeni materijalni uslovi. To su: a) da je opasnost dela "neznatna" (minorna, bagatelna, sitna, gotovo zanemarujuća) zbog prirode ili težine dela, b) da su štetne posledice dela neznatne ili da izostaju i c) da na mali značaj dela ukazuju okolnosti u kojima je ono izvršeno (objektivne okolnosti) i nizak stepen krivične odgovornosti izvršioca, odnosno njegove lične prilike (subjektivne okolnosti).

Takođe je, Krivični zakonik Crne Gore (2003.) predviđao institut "delo malog značaja" (član 9.) u vreme donošenja, koji je potonjim novelama brisan. U vreme egzistencije ovog zakonskog rešenja za postojanje "dela malog značaja" bilo je potrebno ispunjenje sledećih uslova kao što su[46]: a) formalni uslov – da se radi o krivičnom delu za koje je propisana kazna zatvora do tri godine i b) materijalni uslov – prema kome priroda i težina dela, okolnosti pod kojima je delo učinjeno, pobude učinioca iz kojih je delo učinjeno, stepen krivice učinioca, odsutnost ili neznatnost štetnih posledica i druge okolnosti ukazuju na "mali" značaj učinjenog dela.

Konačno, "beznačajno delo" (KZ BIH, KZ Federacije BIH i KZ Brčko distrikta BIH) ili "zanemarljivo opasno delo" (Republika Srpska) poznaje krivično zakonodavstvo (sastavljeno od četiri zakonska teksta) sa primenom u Bosni i Hercegovini.

Za primenu instituta "beznačajno delo" tri zakonska teksta u Bosni i Hercegovini ne zahtevaju ispunjenje formalnog kriterijuma – dakle, njegovu vezanost za vrstu, odnosno visinu propisane kazne za učinjeno krivično delo što bi u sudskoj praksi moglo da dovede do arbitrernosti, pa i zloupotreba čime bi se ugrozili principi zakonitosti i pravednosti. To upućuje na zaključak da je primena ovog osnova isključenja krivičnog dela (ili kako zakoni kažu: "nije krivično delo ono delo koje sadrži obeležja krivičnog dela određena zakonom") moguća kod svih krivičnih dela, što ipak nije bila intencija zakonodavca.

Na "beznačajnost učinjenog krivičnog dela" ukazuje postojanje sledećih okolnosti (član 23a. KZ Bosne i Hercegovine, član 25. KZ Federacije

[45] Lj. Selinšek, Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, Ljubljana, 2007, str. 131-134.

[46] Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004, str. 42-43.

BIH i član 25. KZ Brčko distrikta BIH) kao što su[47]: a) priroda i težina dela, b) način izvršenja dela, c) neznatnost ili nepostojanje (izostanak) štetnih posledica dela, odnosno pribavljene imovinske koristi i d) nizak stepen krivice izvršioca.

Na kraju, ovaj institut kao osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela kao javnopravnog delikta, pod nazivom: "zanemarljivo opasno delo" (član 25.) predviđa Krivični zakonik Republike Srpske, na nešto drugačiji način, ali sa istim pravnim dejstvom (pravnim posledicama) nego ostali zakoni sa primenom na području Bosne i Hercegovine[48]. Tako "zanemarljivo opasno delo" postoji ako su ispunjeni kumulativni, zakonom propisani uslovi, kao što su[49]: a) formalni uslov – da se radi o krivičnom delu za koje je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora u trajanju do tri godine i b) materijalni uslov koji obuhvata sledeće elemente[50]: 1) neznatnost ili odsutnost štetnih posledica dela, 2) nizak stepen krivične odgovornosti učinioca i 3) odsustvo potrebe za kažnjavanjem učinioca što predstavlja faktičko pitanje koje sud procenjuje u svakom konkretnom slučaju imajući u vidu sve objektivne okolnosti učinjenog krivičnog dela, odnosno subjektivne okolnosti ličnosti učinioca takvog dela[51].

5.Pojam i karakteristike "neznatne društvene štetnosti" u pravu Srbije

Pored krivičnog prava, u oblast kaznenog prava, ulaze još dve grane javnog deliktnog prava: a) prekršajno (ili administrativno kazneno) pravo[52] i b) privrednoprestupno (ili privredno kazneno) pravo. Za razliku od prekršajnog prava koje ne predviđa institut "delo malog značaja" kao objektivni osnov isključenja prekršaja kao najblaže vrste kaznenog dela, druga grana prava – privrednoprestupno pravo poznaje institut "neznatne društvene štetnosti" kao opšti, objektivni osnov, pored krajnje nužde, koji isključuje, negira

[47] B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, Krivično pravo 2, Sarajevo, 2015, str. 141-143.

[48] M.Babić, I. Marković, Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka, 2008, str.191-194.

[49] D.Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Banja Luka, 2021, str. 63-65.

[50] M.Babić, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Opšti dio, Banja Luka, 2021, str. 174-178.

[51] D. Jovašević, Lj. Mitrović, V.Ikanović, Krivično pravo Republike Srpske, Opšti deo, Banja Luka, 2017, str. 116-118.

[52] Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 65/2013, 13/2016, 98/2016 i 91/2019.

postojanje privrednog prestupa kao delikta, pa se on može upodobiti po svom pravnom dejstvu institutu "delo malog značaja".

Zakon o privrednim prestupima[53] (član 2.) definiše pojam privrednog prestupa kao društveno štetnu povredu propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju koja je prouzrokovala ili je mogla prouzrokovati teže posledice i koja je propisom nadležnog organa određena kao privredni prestup[54]. Ovo je objektivno-subjektivno, odnosno materijalno-formalno određivanje pojma privrednog prestupa široko prihvaćeno u teoriji kaznenog prava. Iz ove zakonske definicije proizilaze sledeći opšti, osnovni, temeljni, konstitutivni elementi privrednog prestupa koji moraju kumulativno biti ispunjeni u svakom konkretnom slučaju, bez čijeg postojanja se uopšte ne može govoriti o ovoj vrsti privrednih delikata. U slučaju odsustva bilo kog od ovih elemenata koji čine "opšte biće privrednog prestupa" nema ovog kažnjivog dela. To su sledeći opšti elementi[55]: a) delo pravnog lica i njegovog odgovornog lica, b) društveno štetno delo, c) protivpravno delo, d) određenost dela u zakonu ili uredbi donetoj na osnovu zakona i e) krivica ili odgovornost odgovornog lica u pravnom licu.

Privrednoprestupno pravo predviđa tri opšta, zakonska, objektivna osnova koji isključuju postojanje privrednog prestupa kao kažnjivog dela. To su: a) neznatna društvena štetnost, b) krajnja nužda i c) prethodna osuda za krivično delo.

"Neznatna društvena opasnost" predstavlja prvi opšti, zakonski, objektivni osnov koji isključuje postojanje privrednog prestupa (član 2, stav 2. Zakona o privrednim prestupima). Naime, privredni prestup kao povreda propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju koja, iako sadrži obeležja privrednog prestupa koja su određena propisom, predstavlja "neznatnu društvenu štetnost" zbog malog značaja i zbog neznatnosti ili odsutnosti štetnih posledica[56]. U slučaju postojanja okolnosti koje učinjenom kažnjivom delu daju karakter "neznatno društveno štetnog dela", nema uopšte privrednog prestupa kao posebnog kažnjivog ponašanja pravnog lica, odnosno njegovog odgovornog lica.

---

[53] *Službeni list SFRJ* broj 4/1977, 36/1977, 14/1985, 10/1986, 74/1987, 57/1989 i 3/1990, *Službeni list SRJ* broj 27/1992, 16/1993, 31/1993, 41/1993, 50/1993, 24/1994, 28/1996 i 64/2001 i *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 101/2005.

[54] M. Grubač, O. Perić, S. Pihler, Osnovi prava o privrednim prestupima, Novi Sad, 1982, str. 37-39.

[55] M. Cetinić, Pravo privrednih prestupa, Beograd, 2002, str. 44-46.

[56] D. Jovašević, Komentar Zakona o privrednim prestupima sa sudskom praksom, Beograd, 2001, str. 28-30.

Društvena štetnost privrednog prestupa se može stepenovati zavisno od društvenog značaja napadnutog objekta (u vidu pravnog dobra, vrednosti ili interesa) i vrste, odnosno obima prouzrokovane posledice, te drugih okolnosti učinjenog dela, odnosno karakteristika njegovog učinioca. Kada društvena štetnost učinjenog privrednog prestupa bude tako mala, sitna, simbolična, "beznačajna", a samo učinjeno delo, istina, ispunjava sva formalna obeležja nekog privrednog prestupa predviđenog u propisima postavlja se pitanje da li u konkretnom slučaju uopšte postoji privredno kažnjivo delo ili ne. Takve se situacije rešavaju primenom instituta "neznatne društvene štetnosti". Tako privredni prestup kao kažnjiv, javnopravni privredni delikt, ne postoji u konkretnom slučaju, iako ispunjava sva obeležja privrednog prestupa propisanog zakonom ili uredbom vlade, pod uslovom da predstavlja neznatno društveno štetno delo zbog malog značaja i zbog neznatnosti ili odsutnosti štetnih posledica[57].

Za postojanje ovog instituta potrebno je, dakle, kumulativno ispunjenje dva uslova. To su[58]: a) da je učinjeno "delo malog značaja" – da se preduzetom radnjom izvršenja ne napada – povređuje ili ugrožava tuđe pravno dobro koje ima "veću" vrednost ili "veći" značaj za privredni ili finansijski sistem društva-države kao celine i b) da su štetne posledice ili neznatne ili odsutne. Za ispunjenje ovog uslova potrebno je, prvo, da se posledica preduzete radnje izvršenja privrednog prestupa ispoljava u vidu "štetne posledice", a ne bilo kakve posledice. Štetna posledica se, dakle, ispoljava u vidu nastupanja ili mogućnosti nastupanja umanjenja imovine, imovinskih prava ili imovinskih interesa pasivnog subjekta (oštećenog pravnog ili fizičkog lica). Takva se posledica manifestuje na imovini drugog fizičkog ili pravnog lica u vidu "štetne imovinske posledice"[59].

U slučaju da su ispunjena kumulativno navedena dva uslova nema uopšte privrednog prestupa kao kažnjivog dela, pa se pravno lice i njegovo odgovorno lice kome je takav privredni prestup stavljen na teret optužnim aktom javnog tužioca moraju osloboditi od optužbe usled nepostojanja kažnjivog dela.

[57] M. Bošković, Pravo privrednih prestupa i prekršaja, Novi Sad, 2011, str. 74-98.
[58] M. Kokolj, M. Marković, Privrednoprestupno pravo, Novi Sad, 2009, str. 43-46.
[59] D. Jovašević, Privredni prestupi sa sudskoj praksi – Praktikum, Beograd, 2001, str. 11-13.

6. Zaključak

Za primenu zakonom propisane kazne prema učiniocu krivičnog dela potrebno je da budu ispunjeni svi predviđeni uslovi u konkretnoj situaciji, a koji se odnose na obeležja bića (elemente, sadržinu) takvog dela. Ako u konkretnom slučaju nedostaje neki od zakonom propisanih elemenata učinjenog dela, posebno krivica učinioca ili pak protivpravnost njegove radnje, tada uopšte nema krivičnog dela, pa time ni kažnjivosti takvog učinioca. Među okolnostima koje isključuju postojanje krivičnog dela, koje predstavljaju opšte, zakonske, objektivne osnove, te se mogu javiti kod svakog krivičnog dela, odnosno kod svakog njegovog učinioca, pored nužne odbrane, odnosno krajnje nužde, u krivičnom pravu Srbije se javlja "delo malog značaja".

Radi se o osnovu (član 18. KZ Srbije), prema kome nije krivično delo koje, iako sadrži obeležja zakonom propisanog krivičnog dela, predstavlja "delo malog značaja". Delo je "malog značaja" ako su ispunjeni sledeći kumulativno propisani uslovi: 1) formalni uslov – da se radi o krivičnom delu za koje je predviđena kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna (što znači da se radi o lakšem delu, delu manje težine ili nižeg stepena društvene opasnosti) i 2) materijalni uslov: a) da stepen krivice učinioca dela nije visok, b) da su štetne posledice dela neznatne ili odsutne i c) da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva njihovu primenu u konkretnom slučaju na osnovu ocene svih objektivnih okolnosti učinjenog dela, odnosno subjektivnih okolnosti vezanih za ličnost njegovog učinioca.

Na sličan način "delo malog značaja", pod ovim ili drugim nazivom, poznaju druga krivična zakonodavstva država u regionu. Ovaj je institut inače ranije predviđao Krivični zakon SFR Jugoslavije pod nazivom "neznatna društvena opasnost" (član 8, stav 2.). Radi se o osnovu koji isključuje krivično delo, njegovu protivpravnost, pa time i kažnjivost, kada se radi o "selekciji" krivičnog gonjenja. Pored krivičnog prava Srbije, termin: "delo od malog značaja" predviđaju: a) član 8. KZ Severne Makedonije – "*Дело од мало значење*", b) član 14. KZ Slovenije – "*Dejanje majhnega pomena*" (član 14.) i c) član 9. KZ Crne Gore. Ovaj se osnov u uporednom krivičnom pravu još naziva: a) "beznačajno delo" (član 33. KZ Hrvatske, član 23a. KZ Bosne i Hercegovine, član 25. KZ Federacije BIH i član 25. KZ Brčko distrikta BIH) ili b) "zanemarljivo opasno delo" (član 25.KZ Republike Srpske).

U pogledu uslova za primenu ovog osnova, sva analizirana krivična zakonodavstva u region predviđaju više/manje slične uslove, pretpostavke, s tim što formalni uslov (vezanost za krivična dela za koja je propisana kazna

zatvora do tri godine predviđaju pored prava Srbije, još samo i pravo Severne Makedonije, Crne Gore i Republike Srpske (s tim što samou Srbiji se zahteva kao uslov ove vrste propisivanje novčane kazne).

Znatno je veća identičnost uporednopravnih rešenja kojima se propisuju materijalni uslovi potrebni za primenu instituta "dela malog značaja". Tako se kao materijalni uslovi javljaju u pravu: 1) Severne Makedonije: a) odsustvo ili beznačajnost štetnih posledica i b) nizak stepen krivične odgovornosti učinioca, 2) Hrvatske: a) nizak stepen krivice učinioca, b) odsustvo ili neznatnost posledice i c) uverenje da ne postoji potreba da učinilac dela bude kažnjen, 3) Slovenije: a) "neznatna" priroda ili težina dela, b) neznatne ili izostale štetne posledice, c) okolnosti u kojima je delo izvršeno i d) nizak stepen krivične odgovornosti izvršioca, 4) Crne Gore: a) priroda i težina dela, b) okolnosti pod kojima je delo učinjeno, c) pobude učinioca, d) stepen krivice učinioca, e) odsutnost ili neznatnost štetnih posledica i f) druge okolnosti koje ukazuju na "mali" značaj učinjenog dela, 5) Bosne i Hercegovine (uključujući Federaciju BIH i Brčko distrikt BIH): a) priroda i težina dela, b) način izvršenja dela, c) neznatnost ili nepostojanje štetnih posledica, odnosno pribavljene imovinske koristi i d) nizak stepen krivice izvršioca i 6) Republike Srpske (BIH): a) neznatnost ili odsutnosti štetnih posledica, b) nizak stepen krivične odgovornosti učinioca i c) odsustvo potrebe za kažnjavanjem.

Literatura

- Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo, Opšti dio*, Banja Luka, 2008.
- Babić, M., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Opšti dio*, Banja Luka, 2021.
- Bošković, M., *Pravo privrednih prestupa i prekršaja*, Novi Sad, 2011.
- Cetinić, M., *Pravo privrednih prestupa*, Beograd, 2002.
- Čejović, B., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2002.
- Đorđević, M., Đorđević, Đ., *Krivično pravo*, Beograd, 2020.
- Foregger, E., Serini, E., *Strafgesetzbuch*, Wien, 1989.
- Grozdanić, V., ŠKorić, M., *Uvod u kazneno pravo, Opći dio*, Zagreb, 2009.
- Grubač, M., Perić, O., Pihler, S., *Osnovi prava o privrednim prestupima*, Novi Sad, 1982.
- Jovašević, D., *Komentar Zakona o privrednim prestupima sa sudskom praksom,* Beograd, 2001.

- Jovašević, D., *Privredni prestupi sa sudskoj praksi – Praktikum*, Beograd, 2001.
- Jovašević, D., *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Beograd, 2002.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V., *Krivično pravo Republike Srpske, Opšti deo*, Banja Luka, 2017.
- Jovašević, D., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2018.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Banja Luka, 2021.
- Kambovski, V., *Kazneno pravo, Opšt del*, Skopje, 2006.
- Kokolj, M., Marković, M., *Privrednoprestupno pravo*, Novi Sad, 2009.
- Kurtović, A., Tomašević, G., *Osnove kaznenog prava i postupka*, Split, 2002.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V., *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore,* Cetinje, 2004.
- Marjanovik, G., *Makedonsko krivično pravo, Opšt del*, Skopje, 1998.
- Mrvić Petrović, N., *Krivično pravo* Beograd, 2005.
- Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A., *Krivično pravo 2*, Sarajevo, 2015.
- Radovanović, M., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 1972.
- Selinšek, Lj., Kazensko pravo, *Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Beograd, 2002.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2020.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2022.
- Tomić, Z., *Krivično pravo, Krivično djelo*, Sarajevo, 2007.
- Turković, K., et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013.
- Vuković, I., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2021.

Zakonski propisi

- Kazenski zakonik, *Uradni list Republike Slovenije* broj 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 50/2012, 54/2015, 6/2016, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 i 16/2023.
- Kazneni zakon, *Narodne novine Republike Hrvatske* broj 125/2011,

144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022, 114/2023 i 36/2024.
- Krivičen zakonik, *Služben vesnik na Republika Makedonija* broj 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 i 188/2023.
- Krivični zakon, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine* broj 36/2003, 37/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 75/2017 i 31/2023.
- Krivični zakon, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* broj 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 i 47/2023.
- Krivični zakon, *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* broj 19/2020 i 3/2024.
- Krivični zakon, *Službeni list SFRJ* broj 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 i 54/90 i *Službeni list SRJ* broj 35/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93 i 61/2001.
- Krivični zakonik, *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
- Krivični zakonik, *Službeni glasnik Republike Srpske* broj 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021, 73/2023 i 9/2024.
- Krivični zakonik, *Službeni list Crne Gore* broj 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021, 144/2021, 145/2021 i 110/2023.
- Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 65/2013, 13/2016, 98/2016 i 91/2019.
- Zakon o privrednim prestupima, *Službeni list SFRJ* broj 4/1977, 36/1977, 14/1985, 10/1986, 74/1987, 57/1989 i 3/1990, *Službeni list SRJ* broj 27/1992, 16/1993, 31/1993, 41/1993, 50/1993, 24/1994, 28/1996 i 64/2001 i *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 101/2005.

Prof. Dragan Jovašević, Ph.D.[60]

"MINOR OFFENSE" INSTITUTE IN CRIMINAL LAW OF SERBIA

***Summary*:** *As the most serious form of delict under public law, a criminal offense, regardless of the law that determines it, is an illegal, concealed and legally prescribed offense for which criminal sanctions are prescribed. Without the existence of any of the four basic, general elements: the act of man, the illegality of the act, the definiteness of the act in law and the crookedness of the act, there is no such type of tort at all. Positive criminal legislation provides several grounds that exclude the existence of a criminal act, or illegality or the guilt of its perpetrator. Among the grounds that negate illegality, in addition to necessary defense and extreme necessity, the institution of "deed of minor importance" in Serbian law stands out, i.e. the institute of "insignificant deed" in comparative criminal legislation. This means that when the formal and material conditions prescribed by law exist in a specific case, there is no criminal offense, i.e. the perpetrator is punishable, even though all the legally prescribed features of that offense are met. This work is about the institute "deed of minor importance" in Serbian law, that is, in comparative criminal law.*

Key words: *criminal act, illegality, exclusion of the act, minor significance, impunity*

[60] L.L.D. Full Professor, Law faculty, University of Niš

UDK 343.263.2:343.53
doi 10.7251/PR6924797S
Originalni naučni članak

KUĆNI ZATVOR KAO OBLIK VANINSTITUCIONALNE REAKCIJE NA KRIMINALITET

Akademik prof. dr Miodrag N. Simović[1]
Prof. dr Vladimir M. Simović[2]

***Apstrakt**: Na temelju međunarodnih standarda u brojnim evropskim krivičnopravnim sistemima, u sistemu kazni ili u sistemu alternativnih mjera za suzbijanje kriminaliteta predviđene su posebne vrste vaninstitucionalnih, vanzavodskih mjera kao što su: novčana kazna, kućni zatvor, uslovna osuda, uslovni otpust, probacija, preventivno lišenje slobode, oduzimanje određenih prava, rad u javnom interesu (ili društveno-koristan rad) i dr. Među ovim krivičnim sankcijama ili mjerama koje predstavljaju alternativu ili supstitut kazne kratkotrajnog lišenja slobode, bez obzira na njihovu prirodu, sadržinu, karakter i vrstu - posebno mjesto zauzima "kućni zatvor" kao "oblik izvršenja kazne lišenja slobode na slobodi" bez obzira na to kako se ova mjera u konkretnom zakonu naziva. Radi se o alternativama, supstitutima kratkotrajne kazne lišenja slobode, različitim vaninstitucionalnim mjerama postupanja prema osuđenom učiniocu krivičnog djela koje pod različitim nazivima, sa različitom sadržinom, prirodom, karakteristikama, vremenom trajanja i uslovima primjene poznaje ne samo krivično pravo Bosne i Hercegovine, već i druga krivična zakonodavstva država u regionu jugoistočne Evrope. Ovaj rad posmatra problematiku "kućnog zatvora" shodno pozitivnim pravnim propisima, s obzirom na njegov*

[1] Redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću, profesor emeritus, e-mail: msimovic@anubih.ba; *https://orcid.org/0000-0001-5116-680X*.

[2] Tužilac Tužilaštva BiH i redovni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci, e-mail: vlado_s@blic.net; *https://orcid.org/0009-0002-9640-6488*.

pojam, sadržinu, karakteristike, pravnu prirodu, vrijeme trajanja i uslove primjene u Bosni i Hercegovini i drugim državama bivše SFRJ.

Ključne riječi: *krivično djelo, krivična sankcija, vaninstitucionalna mjera, kućni zatvor, odgovornost.*

1. UVOD

U pravnoj teoriji je opšteprihvaćeno shvatanje da je temeljna funkcija krivičnog prava ostvarenje zaštitne (garantivne) funkcije, odnosno obezbjeđenje i zaštita temeljnih i najznačajnijih društvenih i ličnih dobara i vrijednosti od svih vidova povrede ili ugrožavanja pojedinim oblicima ili vidovima ispoljavanja kriminaliteta fizičkih i pravnih lica[3]. Tako određena funkcija ove pozitivne grane kaznenog prava treba da postavi osnove za postojanje samog društva - države, ali i da obezbijedi njegov dalji razvoj, odnosno napredovanje. Praktično, tako određena zaštita se ostvaruje na dva načina[4]: a) propisivanje u zakonu koja se ljudska ponašanja (u smislu činjenja ili nečinjenja, propuštanja) definišu kao krivična djela i b) propisivanje kazni, odnosno drugih vrsta krivičnih sankcija ili mjera društvene reakcije prema licima koja čine ovakva ponašanja (učiniocima krivičnih djela), te osnova, uslova i postupka za njihovo izricanje od strane stvarno i mjesno nadležnog suda.

Na taj način je definisana sama suština krivičnog prava pojedinih država, kako danas, tako i u njihovom dugom istorijskom razvoju. Ali, istovremeno se ovdje nalazi i osnovna razlika između krivičnog prava pojedinih država budući da se ono javlja kao sredstvo, mehanizam za zaštitu određenog društva, odnosno sistema njegovih zaštićenih dobara, vrijednosti ili interesa u određenom vremenskom periodu. Naime, svako krivično pravo, pa tako i pravo Bosne i Hercegovine, danas je specifično, posebno, osobeno, koje posjeduje niz karakteristika po kojima se ono upravo i razlikuje od krivičnog prava drugih savremenih država[5].

Ostvarenju ovako određene zaštitne, garantivne, "utilitarističke" funkcije savremenog krivičnog prava upravo doprinosi sistem kazni (i drugih krivičnih sankcija) institucionalnog, odnosno vaninstitucionalnog karaktera)[6].

---

[3] Vidi D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Dosije, Beograd, 2017, str. 22-24.

[4] Vidi G. Mršić, *Kazneno pravo, Opći dio*, Vizura, Zagreb, 2020, str. 231-233.

[5] Vidi F. Bačić, *Krivično pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Zagreb, 1978, str. 11-13.

[6] Vidi B. Petrović, D. Jovašević, *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio*,

Tako Krivični zakon Bosne i Hercegovine[7] (KZ BiH) u glavi sedmoj "Kazne" kao svrhu kažnjavanja - svrhu primjene kazni, kao najznačajnije vrste mjera društvene reakcije na kriminalitet (član 39.) određuje na sljedeći način: a) da se izrazi društvena osuda učinjenog krivičnog djela, b) da se utiče na učinioca da ubuduće ne čini krivična djela i podstakne njegovo prevaspitavanje, c) da se utiče na ostale građane da ne čine krivična djela i d) da se utiče na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja njihovih učinilaca.

Na isti način svrhu kažnjavanja predviđaju i drugi krivični zakoni sa primjenom u Bosni i Hercegovini - Krivični zakon Federacije BiH[8] (KZ FBiH) u glavi sedmoj "Kazne" (član 42.), odnosno Krivični zakon Brčko distrikta BiH[9] (KZ BD BiH) u članu 42. (glava sedma "Kazne"). Na nešto drugačiji način vrste i svrhu kazni, kao najznačajnije vrste krivičnih sankcija, određuje i Krivični zakonik Republike Srpske[10] (KZ RS). Ovaj zakonik u glavi četvrtoj pod nazivom "Krivične sankcije" (član 41. stav 3.) propisuje opštu svrhu propisivanja i izricanja krivičnih sankcija kao "suzbijanje protivpravnih djela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom". S druge strane, svrha primjene kazni (član 43.) je određena kao: a) sprječavanje učinioca da ubuduće čini krivična djela i njegovo prevaspitanje, te uticaj na druge građane da ne čine krivična djela i b) izražavanje društvene osude za krivično djelo, razvijanje i jačanje odgovornosti i svijesti kod građana o opasnosti i štetnosti krivičnih djela i opravdanosti kažnjavanja, te neophodnosti poštovanja zakona.

2. POJAM I VRSTE KRIVIČNIH SANKCIJA

Izvršenje krivičnog djela (koje je propisano u krivičnom ili sporednom, dopunskom, pomoćnom zakonu) pretpostavlja da se njegovom učiniocu utvrdi krivica (skrivljenost u postupanju). Dakle, tek kada je i ako je neko lice

Pravni fakultet, Sarajevo, 2005, str. 16-19.

[7] *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 i 47/2023.

[8] *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 i 31/2023.

[9] *Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine,* br. 19/2020 i 3/2024.

[10] *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021, 73/2023 i 9/2024.

svojom radnjom činjenja (pozitivnom, aktivnom radnjom – svjesnim i voljnim preduzimanjem tjelesnog pokreta) ili radnjom nečinjenja (negativnom, pasivnom radnjom – svjesnim i voljnim propuštanjem tjelesnog pokreta) prouzrokovalo promjenu ili stanje u spoljnom (fizičkom) svijetu na objektu napada koji pripada nekom fizičkom ili pravnom licu (oštećeni ili žrtva) koja je u zakonu propisana kao krivično djelo - stvaraju se uslovi za primjenu krivične sankcije od strane nadležnog suda u zakonom propisanom postupku prema njegovom učiniocu. Pretpostavka za primjenu krivične sankcije je prethodno utvrđeno postojanje krivice na strani učinioca (osim kada se radi o maloljetnom licu – uzrasta od 14 do 18 godina ili pravnom licu).

Krivična sankcija[11] je, dakle, osnovna zakonom propisana prinudna, represivna mjera za zaštitu društva (društvenih dobara, interesa ili vrijednosti) od kriminaliteta koju izriče nadležni sud učiniocu krivičnog djela u krivičnom postupku, na način i pod uslovima koji su propisani zakonom. Ona se, kao prinudna, represivna mjera, sastoji u oduzimanju ili ograničavanju sloboda i prava ili upozorenju učiniocu krivičnog djela da će mu slobode ili prava biti oduzeti ili ograničeni za određeno vrijeme ako ponovo izvrši krivično djelo. Primjenjuje se prema učiniocu krivičnog djela za koga je u zakonom propisanom postupku na osnovu izvedenih ličnih i materijalnih dokaza utvrđeno da je izvršio krivično djelo koje mu je optužnim aktom ovlašćenog tužioca stavljeno na teret.

U pravnoj teoriji, domaćoj i inostranoj, mogu se naći slična teorijska određenja pojma krivične sankcije. Tako se krivična sankcija definiše kao prinudna mjera koju radi zaštite društva od kriminaliteta učiniocu određenog krivičnog djela izriče sud u zakonito uređenom krivičnom postupku, a koja se sastoji u ograničavanju ili oduzimanju određenih prava učiniocu krivičnog djela[12] ili je to represivna mjera u rukama države koju ona preduzima protiv učinioca krivičnih djela s ciljem ostvarivanja specijalne i generalne prevencije.

Na sličan način se u pravnoj teoriji određuju bitni elementi krivičnopravne sankcije[13], i to na sljedeći način:

a) primjena krivičnih sankcija je vezana za postojanje krivičnog djela. One se mogu primijeniti samo prema licu koje je učinilo krivično djelo i za koje je to dokazano u krivičnom postupku od strane nadležnog suda. To znači

[11] Vidi M. Mrčela, I. Vuletić, *Komentar Kaznenog zakona, Opći dio*, Libertin, Rijeka, 2021, str. 287-291.

[12] M. Babić, I.Marković, Krivično pravo, *Opšti dio*, Pravni fakultet, Banja Luka, 2008, str. 141.

[13] Vidi B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 2*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2016, str.73-76.

da se krivične sankcije ne mogu preventivno primijeniti prema nekom licu prije nego što je učinilo krivično djelo (*ante delictum),* već samo poslije izvršenog ili pokušanog krivičnog djela (*post delictum),*

b) krivične sankcije moraju da budu predviđene u zakonu. To je načelo zakonitosti krivičnih sankcija, što znači da se učiniocu krivičnog djela ne može izreći krivična sankcija koja po vrsti i sadržini nije bila propisana zakonom u vrijeme prije nego što je krivično djelo izvršeno i ako nije određen organ za njeno izricanje, odnosno izvršenje,

c) krivične sankcije izriče sud u zakonom propisanom krivičnom postupku koji omogućava da se one po vrsti i visini (mjeri) prilagode težini i okolnostima izvršenja krivičnog djela, te karakteristikama ličnosti njegovog učinioca,

d) krivične sankcije su prinudne mjere. One imaju karakter prinude prema učiniocu krivičnog djela jer se primjenjuju protiv i mimo njegove volje. One se sastoje u oduzimanju ili ograničavanju njegovih sloboda ili prava, odnosno u predočavanju da će mu slobode i prava biti oduzeti ili ograničeni ako nastavi sa vršenjem krivičnih djela,

e) krivične sankcije se propisuju samo za ona protivpravna djela kojima se prava i slobode čovjeka i druge individualne i opšte vrijednosti društva ustanovljene ustavom i međunarodnim pravom tako povrjeđuju ili ugrožavaju da se njihova zaštita ne može ostvariti bez krivičnopravne prinude,

f) krivične sankcije u primjeni treba da odgovaraju prirodi i težini izvršenog krivičnog djela, stepenu krivične odgovornosti, okolnostima pod kojima je djelo izvršeno i ličnosti učinioca i

g) krivične sankcije se ne mogu izreći licu koje u vrijeme kada je krivično djelo učinjeno nije navršilo četrnaest godina (djetetu), što znači da je to donja granica primjene krivičnih sankcija.

I autori u državama iz okruženja Bosne i Hercegovine na sličan način daju pojam i karakteristike krivične sankcije. Tako, krivične sankcije predstavljaju sredstvo za ostvarenje zaštitne funkcije krivičnog prava koja je osnovni cilj i svrha postojanja krivičnog prava u cjelini. To su, dakle, zakonom predviđene represivne mjere koje se s ciljem suzbijanja kriminaliteta primjenjuju prema učiniocima protivpravnog djela koje je u zakonu predviđeno kao krivično djelo na osnovu odluke suda donijete nakon sprovedenog krivičnog postupka[14]. Na sličan način je shvatanje prema kome se pod krivičnim sankcijama podrazumijevaju krivičnopravne mjere koje se primjenjuju prema

[14] Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2005, str. 255.

učiniocima krivičnih djela kojima se na ovaj način oduzimaju ili ograničavaju određena prava i koje se izvršavaju prinudno[15].

Hrvatska pravna teorija krivičnopravne sankcije određuje kao zakonom propisane sadržaje i načine kaznenopravne prinude koje nakon sprovedenog postupka primjenjuje državna sudska vlast prema učiniocu krivičnog djela radi ostvarenja opšte svrhe svih i posebne svrhe upravo izrečene vrste sankcije[16]. Slično je shvatanje[17] koje pod krivičnim sankcijama smatra državne mjere izrečene u krivičnom postupku učiniocima krivičnih djela koje se sastoje u gubitku ili ograničavanju njihovih prava. S druge strane, nalazi se shvatanje koje pod krivičnim sankcijama smatra mjere kojima se štite društvo i pojedinci od kriminaliteta kojima se zbog prirode i sadržine zadire u osnovna prava lica prema kojima se primjenjuju[18].

U savremenom krivičnom pravu se razlikuje više vrsta krivičnih sankcija[19]. One treba da budu u skladu sa različitim oblicima i vidovima kriminaliteta, njegovom strukturom, obimom ili dinamikom, ali i sa karakteristikama ličnosti njihovih učinilaca. Te sankcije se razlikuju po sadržini, prirodi, uslovima izricanja, načinu izvršenja, vremenu trajanja, stepenu represivnosti, te karakteru dejstva.[20] Pošto sistem krivičnih sankcija[21] proizilazi iz obima, strukture i dinamike kriminaliteta, odnosno društvenih potreba da se on efikasno suzbije, podložan je čestim promjenama, pa se smatra najdinamičnijom oblasti krivičnog prava[22]. Upravo u sistemu krivičnih sankcija i načinu njihove primjene, bilo je toliko izmjena da se može reći da je istorija krivičnog prava zapravo istorija krivičnih sankcija[23]. Tako, savremeno krivično pravo razlikuje sljedeće vrste krivičnih sankcija. To su: a) kazne, b) mjere upozorenja ili alternativne mjere, c) mjere bezbjednosti i d) vaspitne mjere. KZRS u članu 41. predviđa sljedeće vrste krivičnih sankcija: a) kazne, b) alternativne mjere, c) mjere bezbednosti i d) vaspitne mjere.

---

[15] M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo,* Projuris, Beograd, 2021, str. 82.

[16] Ž. Horvatić, Kazneno pravo, *Opći dio*, Pravni fakultet, Zagreb, 2003, str.134.

[17] P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 2004, str. 327.

[18] V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, *Kazneno pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Rijeka, 2013, str. 205.

[19] Vidi B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 2*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2016, str.73-77.

[20] N. Mrvić Petrović, *Krivično pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2005, str.132.

[21] Vidi P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Zagreb, 2004, str.328-330.

[22] Vidi Ž. Horvatić, *Kazneno pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Zagreb, 2003, str.148-152.

[23] Vidi V. Grozdanić, M. Škorić, I. Martinović, *Kazneno pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Rijeka, 2013, str. 205-208.

Bez obzira na činjenicu što su kazne osnovne vrste mjera društvene reakcije na kriminalitet, te da su one propisane za sva krivična djela u posebnom dijelu krivičnih zakona, pored njih, posebnu ulogu, mjesto i značaj u suprotstavljanju različitim oblicima i vidovima kriminaliteta imaju vaninstitucionalne mjere koje služe kao supstitut ili alternativa primjeni kazne zatvora, posebno u kratkom trajanju, u slučajevima izvršenja krivičnih djela "male ili srednje težine". Među vaninstitucionalnim mjerama, bez obzira na to da li ih pojedini savremeni krivični zakoni svrstavaju u "kazne" ili u "alternativne mere" i za naziv kojim se ove mjere označavaju, posebnu ulogu, značaj, prirodu, sadržinu i karakteristike ima "kućni zatvor"[24].

3. MEĐUNARODNI STANDARDI PRIMJENE „KUĆNOG ZATVORA"

U savremenom krivičnom pravu poslednjih decenija prisutna je široka tendencija za primjenom različitih alternativnih, intermedijalnih, nekustodijalnih, neformalnih ili parapenalnih mjera, mjera retributivne (restorativne) pravde, krivičnih sankcija koje su alternativa ili supstituti kazne zatvora uopšte, a posebno kazne zatvora u kratkom trajanju.

Mnoga savremena evropska krivična zakonodavstva predviđaju jednu ili više vaninstitucionalnih, parapenalnih mjera.[25] One su u najvećem broju slučajeva uvedene na temelju inkorporisanih univerzalnih ili regionalnih (evropskih) međunarodnih standarda u nacionalna zakonodavstva sa ciljem da se ublaže, umanje ili minimalizuju retributivni, represivni, odmazdeni karakteri kazni. Među ovim alternativnim mjerama, koje imaju različitu pravnu prirodu, pa se smatraju ili kao "kazna" ili kao "modalitet izvršenja kazne" ili kao "alternativna mjera" - izdvaja se "kućni zatvor" (bez obzira na to da li konkretan zakonski tekst koristi ovaj termin)[26]. U pravnoj teoriji se ističe da se ova mjera nalazi između kazne zatvora i uslovne osude[27].

---

[24] A. Garačić, *Kazneni zakon u sudskoj praksi, Opći dio*, Libertin, Rijeka, 2023, str. 187 i 188.

[25] U teoriji se primjena alternativnih mjera svrstava u „sekundarni mehanizam" društvene reakcije prema učiniocima krivičnih djela koji zamjenjuje primjenu „primarnih mjera" - krivičnih sankcija, drugim vrstama mjera.

[26] V. Grozdanić, M.Škorić, I.Martinović, *Kazneno pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Rijeka, 2013, str. 211 i 212.

[27] B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2007, str. 220.

Sudije su izrekli kaznu kućnog pritvora, kao alternativu zatvoru, još u 17. vijeku. Galileo Galilei je bio zatvoren u svom domu nakon zloglasnog suđenja 1633. godine[28]. Vlasti su često koristile kućni pritvor kako bi ograničile političke vođe koji su svrgnuti državnim udarom, ali ova metoda nije bila široko korištena za ograničavanje brojnih običnih kriminalaca.

Ova metoda nije postala široko rasprostranjena alternativa zatvaranju u Sjedinjenim Državama i drugim zapadnim zemljama sve do kraja 20. vijeka, kada su se novodizajnirani elektronski uređaji za praćenje učinili jeftinim i jednostavnim za upravljanje od strane organa za korekcije. Primjera radi, iako je Boston koristio kućni pritvor za razne aranžmane, prva sudska presuda o kućnom pritvoru s elektronskom narukvicom (electronic bracelet[29]) donijeta je 1983. godine.

Kućni zatvor predstavlja značajno lišenje slobode. Iako može biti manje oštar od stvarne kazne izdržane u zatvoru, on ipak djeluje restriktivno. Kada ga sudovi koriste kao kaznu (za razliku od uslova u „kućnom pritvoru"), smatra se da je to period koji se služi u zajednici – poznat kao nalog za uslovnu kaznu (Conditional Sentence Order - CSO). Jednostavno rečeno, CSO je kazna koju je odredio sudija kojom se osuđenom nalaže da kaznu služi na određenoj adresi (obično u njihovoj kući). Ponekad će se od osuđenog lica tražiti da nosi narukvicu na skočnom zglobu (ankle bracelet[30]) ili drugi oblik elektronskog praćenja kako bi se osiguralo da poštuje uslove.[31]

---

[28] U progonstvu, lišen slobode i odvojen od svijeta, pod stalnim nadzorom inkvizicije, dovršio je svoje najveće djelo o mehanici - započeto još u padovanskom razdoblju.

[29] Vidi R.S. Gable, „The ankle bracelet is history: An informal review of the birth and death of a monitoring technology", *The Journal of Offender Monitoring*, 2015, vol. 27, pp. 4-8.

[30] Naziva se i anklet ili ankle chain, odnosno ankle string. To je ukras koji se nosi oko skočnog zgloba. Bosonoga narukvica i prstenje nožnih prstiju istorijski su nosile djevojke i žene prije osam hiljada godina u dolini Inda, kao i u južnoj Aziji, gdje su poznati kao pattilu, payal, golusu i ponekad kao nupur. Nosile su ih i Egipćanke još od preddinastijskih vremena. U SAD-u su formalnije narukvice postale moderne od tridesetih do kasnih godina 20. vijeka.

[31] Vidi Chamiel, E., Walsh, D.S., "House Arrest" or "Developmental Arrest"? A Study of Youth Under House Arrest", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Volume 62, Issue 14, 2018. *https://doi.org/10.1177/0306624X1877918*; King D., Gibbs A., "Is home detention in New Zealand disadvantaging women and children?", *Probation Journal*, 2003, 50, pp. 115-126; Irwin J., Owen B., Harm and the contemporary prison. In Leibling, A., Maruna, S. (Eds.), *Cambridge Criminal Justice Series. The effects of imprisonment,* Devon, UK, Willan Publishing,2005, pp. 94-117; La Vigne, N. G., Naser, L., Brooks, L. E., Castro, J. L., "Examining the effect of incarceration and in-prison family contact on prisoners' family relationships", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2005, 21, pp. 314-335; Martin, J. S., Hanrahan, K.,

Kućni zatvor je alternativa zatvoru. Njegovi ciljevi su i smanjenje recidivizma i broja zatvorenika, čime se štedi novac za državu i druge jurisdikcije. To je korektiv zakona o obaveznim kaznama. Omogućuje prihvatljivim prekršiteljima da zadrže ili potraže posao, održavaju porodične odnose i odgovornost, te da pohađaju rehabilitacijske programe koji doprinose rješavanju uzroka njihovog delinkventog ponašanja.

Iako se kućni zatvor može primijeniti na krivične predmete kada se zatvor ne čini prikladnom mjerom, izraz se često primjenjuje na korištenje kućnog pritvora kao mjere represije autoritarnih vlada protiv političkih disidenata. U tim slučajevima osoba u kućnom zatvoru često nema pristup nikakvim sredstvima komunikacije s licima izvan kuće. Ako je dopuštena elektronska komunikacija, razgovori se mogu nadzirati.

Tako, na primjer, u određenim situacijama, kalifornijski zakon dopušta sudiji da osudi optuženog da bude zatvoren u mjestu prebivališta - kao alternativnu izdržavanja kazne u okružnom ili državnom zatvoru. Ova je odredba poznata kao "kućni zatvor" (zvana i "kućno zadržavanje" ili "kućna izolacija"), a kodifikovana je u kalifornijskom Krivičnom zakonu (House arrest in California - Penal code 1203.016 PC[32]). Iako je kućni zatvor opcija i za prekršajna i za krivična djela, obično je rezervisan za nenasilne počinioce koji izdržavaju kaznu za lakša krivična djela. Ako sudija dopusti da se izdrži dio ili cijela kazna putem kućnog zatvora, vrijeme provedeno kod kuće računa se kao zatvorska kazna prema California Code, Penal Code, 2900.5(f) PC.

Krivični sudovi u Kaliforniji obično će tražiti metode za ublažavanje preopterećenosti zatvora dok kontrolišu ilegalne aktivnosti. Postoje različite alternativne mogućnosti izricanja kazne za neke optužene umjesto zatvaranja, kao što je široko elektronsko praćenje (electronic monitoring[33]) kućnog zatvora.

Bowers, J. H., "Offenders' perceptions of house arrest and electronic monitoring", *Journal of Offender Rehabilitation*, 2009, 48, pp. 547-570; Nellis, M., „Surveillance and confinement: Explaining and understanding the experience of electronically monitored curfews", *European Journal of Probation*, 2009, 1, pp. 41-65; Nellis, M., Beyens, K., Kaminski, D., "Introduction, making sense of electronic monitoring", in Nellis M., Beyens K., Kaminski D. (Eds.), *Electronically monitored punishment*, 2013, Abingdon, UK, Routledge, pp. 1-18; Payne, B. K., Gainey, R. R., „A qualitative assessment of the pains experienced on electronic monitoring", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 1998, 42, pp. 149-163; Payne, B. K., Gainey, R. R., „The electronic monitoring of offenders released from jail or prison: Safety, control, and comparisons to the incarceration experience", *The Prison Journal*, 2004, 84, pp. 413-435.

[32] *www.egattorneys.com/house-arrest-penal-code-1203-016.*

[33] Elektronskki nadzor ili elektronsko zatvaranje - electronic incarceration (e-carceration) je

Pravni osnov propisivanja "kućnog zatvora" u nacionalnim evropskim zakonodavstvima čine brojni, u prvom redu, evropski standardi. Njih čine: a) Evropska konvencija o nadzoru nad uslovno osuđenim ili iz zatvora uslovno puštenim osuđenicima (1964.), b) Rezolucija Savjeta Evrope broj 1. o uslovnoj osudi, probaciji i drugim alternativama zatvora (1965.), c) Rezolucija Savjeta Evrope broj 10. o nekim penalnim mjerama alternativnim zatvoru (1976.) i d) Preporuka Savjeta Evrope broj 16. o društvenim sankcijama i mjerama (1992.)[34]. Slična je situacija u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine poslije radikalne reforme iz 2003. godine kada je donijeto novo krivično zakonodavstvo, koje je u primjeni i danas sa nizom novela, u čijoj se osnovi nalazi Preporuka R (99)16. Savjeta Evrope o evropskim pravilima o sankcijama i mjerama u zajednici.

Kućni pritvor uključuje niz ograničenja koja se moraju poštovati. Sljedeća pravila kućnog pritvora u većini su slučajeva prilično standardna:

- uhapšenom se dodjeljuje probacijski službenik (probation officer) koji će pratiti poštovanje propisa i povremeno se sastajati s uhapšenim kako bi bio siguran da ispunjava sve uslove kazne. Probacijski službenik može provesti i "iznenađenje" ili nasumične susrete s uhapšenim;
- od uhapšenog se može zahtijevati da se suzdrži od upotrebe droge i alkohola. Probacijski službenik može provjeriti i uvjeriti se da zabranjene materije nisu u domu uhapšenog;
- uhapšeni se mora pridržavati večernjeg policijskog sata;
- uhapšeni se mora podvrgnuti nasumičnom testiranju na droge;
- u mnogim slučajevima uhapšeni takođe mora sudjelovati i u društveno korisnom radu kao dijelu kazne.[35]

---

državna upotreba digitalne tehnologije za praćenje i ograničavanje kretanja pojedinca izvan zatvora, lišenja slobode ili pritvora. Uobičajeni primjeri elektronskog praćenja osoba u istražnom ili imigrantskom pritvoru, kućnom pritvoru, uslovnoj osudi ili uslovnom otpustu uključuju: GPS monitore za zglob i skočni zglob, mobitele s biometrijskim sigurnosnim sistemima, uređaje za blokiranje paljenja i automatske centre za probnu prijavu. Vidi Jenny, W., Don, W., „Can Electronic Monitoring Reduce Reoffending?", *The Review of Economics and Statistics*, 2020, 104 (2), 232–245.

[34] Ova preporuka u pravilu broj 3. izričito određuje da će se alternativne mjere primjenjivati samo u slučaju kada sud stekne uvjerenje da kod učinioca krivičnog djela postoji spremnost na: a) saradnju i b) ispunjavanje obaveza koje iz takve „alternativne" mjere proizilaze.

[35] Vidi Gainey R. R., Payne B. K., "Understanding the experience of house arrest with electronic monitoring: An analysis of quantitative and qualitative data", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2000, 44, 84-96.

Kršenje pravila kućnog pritvora može rezultirati time da uhapšeni izdrži ostatak kazne u zatvoru.

4. „KUĆNI ZATVOR" U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

U Bosni i Hercegovini dva krivična zakona ne predviđaju mjeru "kućnog zatvora". To su: a) KZBiH i b) KZBDBiH.

4.1. Uslovi za primjenu "kućnog zatvora"

KZFBiH (član 42.) predviđa svrhu kažnjavanja na način da se: a) izrazi društvena osuda učinjenog krivičnog djela, b) utiče na učinioca da ubuduće ne učini krivična djela i podstakne njegovo prevaspitanje, c) utiče na ostale da ne učine krivična djela i d) utiče na svijest građana o pogibeljnosti krivičnih djela i o pravednosti kažnjavanja učinioca. Za ostvarenje navedene svrhe treba da posluži najznačajnija vrsta kazne (član 43.) - kazna zatvora u trajanju od trideset dana do dvadeset godina. U slučaju da nadležni sud poslije izvedenih dokaza na glavnom pretresu, te utvrđivanja krivice učinioca krivičnog dela, izrekne kaznu zatvora u trajanju do jedne godine, tada donosi odluku: a) da izrečenu kaznu zatvora zamijeni novčanom kaznom (član 43a.) na zahtjev osuđenog lica koja se plaća u jednokratnom iznosu u roku do 30 dana ili b) da izrečenu kaznu zatvora izvršava (član 43c.) uz pristanak osuđenog lica, kao "kućni zatvor sa elektronskim nadzorom" što podrazumijeva da osuđeni ne smije da napušta prostorije u kojima stanuje, osim u zakonom propisanim slučajevima.

Dakle, za primjenu "kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom", kao forme izdržavanja izrečene kratkotrajne kazne zatvora, potrebno je ispunjenje više kumulativno određenih uslova. To su[36]: a) formalni uslov – da je izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine, b) subjektivni uslov – da osuđeni prethodno da svoj "pristanak" (saglasnost) i c) materijalni uslov – ocjena, uvjerenje suda da se i na ovakav način može postići svrha kažnjavanja i svrha izvršenja kazne zatvora, uzimajući u obzir sve okolnosti koje određuju vrstu i mjeru kazne, te ličnost učinioca krivičnog djela usljed čega nije neophodno upućivanje osuđenog u ustanovu na izdržavanje kazne zatvora.

[36] Vidi B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo 2*, Pravni fakultet, Sarajevo, 2016, str. 94-96.

Međutim, i kada su ispunjeni navedeni uslovi, KZFBiH zabranuje izricanje "kućnog nadzora sa elektronskim nadzorom" prema licu koje je osuđeno za krivična djela protiv braka, porodice i omladine pod uslovom da živi sa oštećenim u istom domaćinstvu. Osuđenoм licu koje izdržava "kućni zatvor sa elektronskim nadzorom", a koje neopravdano napusti prostorije u kojima stanuje - sud obavezno određuje izdržavanje ostatka kazne zatvora u zavodskoj ustanovi za izdržavanje kazne.

Još jedan zakonski propis u oblasti materijalnog krivičnog prava sa primjenom u Bosni i Hercegovini predviđa "kućni zatvor". To je KZRS.

Sistem kazni propisanih u KZRS (član 42.) čine: a) 1) kazna doživotnog zatvora, b) kazna zatvora u trajanju od tri mjeseca do trideset godina, c) novčana kazna i d) kazna oduzimanja vozačke dozvole. Sve ove sankcije treba da ostvare svrhu kažnjavanja (član 43.): a) sprječavanje učinioca da ubuduće čini krivična djela i njegovo prevaspitanje, te uticaj na druge da ne čine krivična djela i b) izražavanje društvene osude za krivično djelo, razvijanje i jačanje odgovornosti i svijesti kod građana o opasnosti i štetnosti krivičnih djela i opravdanosti kažnjavanja, te neophodnosti poštovanja zakona. Iako ne spada ni u glavne, ni u sporedne kazne, na mjestu gdje KZRS govori o kaznama - spominje "kućni zatvor" koji predstavlja formu "izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje" (član 46. stav 3.).

KZRS propisuje da se izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine može izuzetno izvršiti u prostorijama u kojima osuđeni stanuje ("kućni zatvor")[37]. Ovakav način izvršenja kazne zatvora sud može odrediti određenom licu kao učiniocu krivičnog djela koji je: a) star ili iznemogao, b) teško bolestan, c) invalidno lice, d) trudna žena ili e) samohrani roditelj maloljetne djece, ako se može očekivati da će se tako postići svrha kažnjavanja. Pretpostavka za ovakvu odluku suda jeste postojanje saglasnosti optuženog lica na "izdržavanje kazne zatvora u prostorijama u kojima stanuje". U tom slučaju osuđeni ne smije napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u zakonom propisanim slučajevima.

Pored pozitivnih uslova za primjenu "kućnog zatvora" kao što su[38]: a) visina izrečene kazne zatvora u trajanju do jedne godine, b) saglasnost osuđenog lica i c) posebno lično svojstvo osuđenog lica, ipak se ova mjera ne može

[37] Vidi D. Jovašević, Lj. Mitrović, V. Ikanović, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Službeni glasnik, Banja Luka, 2021, str. 162-164.

[38] Vidi M. Babić, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, *Opšti dio*, Grafomark, Banja Luka, 2021 str. 334-336.

izreći u slučaju ako se radi o licu koje je osuđeno za krivično djelo protiv braka i porodice, ako on živi sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu. Izvršenje "kućnog zatvora" (član 46. stav 5.) se vrši na dva načina: a) putem kontrole osuđenog lica elektronskim ili telekomunikacionim sredstvima kontrole ili b) ako za to nema uslova, dakle, supsidijarno, putem kontrole izvršavanja "kućnog zatvora" preduzimanjem mjera kontrole i nadzora od strane policije u mjestu u kojem stanuje osuđeni. U slučaju da osuđeni prekrši zabranu napuštanja prostora stanovanja, sud može (ali ne mora, kao i u KZFBiH) odrediti da ostatak kazne zatvora izdrži u penitensijarnoj ustanovi za izvršenje kazne zatvora.

4.2. Izvršenje "kućnog zatvora"

Zavisno od vrste krivičnog materijalnog zakona koji predviđa pojam, pravnu prirodu i uslove za primjenu "kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom", u Bosni i Hercegovini postoje i dva zakonska propisa koji uređuju način, uslove, organe i postupak izvršenja ove alternativne mjere – supstituta kratke kazne zatvora.

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija u Federaciji BiH[39] (član 10.) izričito propisuje kao svrhu izvršenja "kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom" (glava druga, član 10.) da osuđena lica tokom njegovog izdržavanja, kroz sistem savremenih vaspitnih mjera, usvoje društveno prihvatljive vrijednosti u cilju lakšeg uključivanja u uslove života na slobodi, da se ponašaju u skladu sa zakonom, kao i ispunjavaju dužnosti građanina. Lice kome je izrečen "kućni zatvor sa elektronskim nadzorom" (član 21.), kao zamjenu (supstitut) za prethodno odmjerenu kaznu zatvora u trajanju do jedne godine - ovu mjeru izdržava u prostorijama u kojima stanuje u mjestu prebivališta, odnosno boravišta.

Sud koji je nadležan za izvršenje kazne zatvora – sud na čijem području osuđeni ima prebivalište, odnosno boravište ili Sud Bosne i Hercegovine kada je taj sud izrekao kaznu (član 23.), može u slučajevima osude na kaznu zatvora do jedne godine zatražiti od centra za socijalni rad nadležnog po mjestu prebivališta, odnosno boravišta osuđenog lica izvještaj o njegovim ličnim, porodičnim i socijalnim prilikama radi procjene da li se radi o licu koje je pogodno da bude upućeno na izdržavanje "kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom". Takođe je nadležni sud dužan da prije donošenja odluke o određivanju izvršenja "kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom" ispita tehničke

[39] *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 44/1998, 42/1999, 12/2009 i 42/2011.

mogućnosti za takvo izvršenje u prostorijama u kojima osuđeno lice stanuje, kao i druge okolnosti koje su od značaja za njegovo izvršenje.

Kada sud ocijeni da su ispunjeni svi propisani uslovi za upućivanje osuđenog lica na izdržavanje "kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom", upoznaje to lice sa načinom i uslovima izvršenja, poslije čega se on izjašnjava da li pristaje na takav način izvršenja kazne zatvora. Poslije toga, sud donosi odluku o upućivanju osuđenog lica na izdržavanje "kućnog zatvora sa elektronskim nadzorom" kojom se određuje dan i mjesto početka njegovog izdržavanja. Tom odlukom se osuđenom licu određuje pravo da u određene dane i sate može napustiti prostorije u kojima stanuje radi: 1) obavljanja redovnih radnih dužnosti, 2) dobijanja neophodne zdravstvene zaštite za sebe i lica o kojima je prema zakonu dužan da se stara, 3) pohađanja redovne nastave ili polaganja ispita i 4) posjećivanja određenih savjetovališta.

Izuzetno, na zahtjev osuđenog lica, posebnom odlukom direktora ustanove (u trajanju do 24 sata) na čijoj se teritoriji ova mjera izvršava, može mu se odobriti odsustvovanje iz prostorija u kojima stanuje za određeni vremenski period, i to u opravdanim slučajevima. O odsustvovanju u trajanju dužem od 24 sata odlučuje nadležni sud, takođe na zahtjev osuđenog lica.

Konačno, Zakon o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija Republike Srpske[40] propisuje postupak izvršenja, između ostalih sankcija, i "kućnog zatvora" (glava petnaesta – čl. 229 i 230). Osuđeni kojem je određeno "izvršenje kazne zatvora u prostorima u kojima stanuje" - ne smije napuštati prostore u kojima stanuje. U slučaju da on ipak prekrši zabranu napuštanja prostora stanovanja, sud može odrediti da ostatak kazne zatvora izdrži u ustanovi za izvršenje kazne zatvora.

5. "KUĆNI ZATVOR" U KRIVIČNOM PRAVU DRŽAVA BIVŠE SFRJ

U nastavku rada ćemo analizirati primjenu "kućnog zatvora" u krivičnom zakonodavstvu država bivše SFRJ. Pri tome, treba istaći, da Kazenski zakonik Republike Slovenije[41] u sistemu krivičnih sankcija ne predviđa mjeru ili kaznu "kućnog zatvora".

[40] *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 63/2018 i 55/2023.

[41] „Uradni list Republike Slovenije", br. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 55/2014, 6/2016, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 i 16/2023.

5.1. Srbija

Kao modalitet (način, forma) izvršenja izrečene kazne zatvora[42] - „kućni zatvor“ (iako sam zakonski tekst ne spominje ovaj naziv) poznaje Krivični zakonik Republike Srbije[43]. Budući da se ne radi o kazni kao samostalnoj, posebnoj vrsti krivične sankcije, i ova mjera je vezana za kaznu – za izrečenu kaznu lišenja slobode u trajanju do jedne godine. Naime, “kućni zatvor“ nije zasebna vrsta kazne lišenja slobode, već se u okviru kazne zatvora javlja kao modalitet njenog izvršenja. Ipak, takav način izvršenja kazne zatvora suštinski, iako ne formalno, znači posebnu kaznu lišenja slobode. Ona se po težini znatno razlikuje od kazne zatvora koja se izvršava u za to namijenjenoj posebnoj zavodskoj ustanovi.[44]

Ova se mjera izvršava tako što se osuđeno lice obavezuje da neće napuštati prostorije u kojima stanuje. „Kućni zatvor“ se razlikuje od “kućnog pritvora“ kao procesne mjere zabrane napuštanja stana (čl. 208. i 209. Zakonika o krivičnom postupku[45]) za vrijeme trajanja krivičnog postupka, eventualno i do upućivanja osuđenog na izdržavanje zavodske krivične sankcije.

I „kućni zatvor“ ili kako ga Krivični zakonik naziva – “izvršenje kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje“ treba da ostvari zakonom propisanu svrhu kažnjavanja (član 42.). U okviru opšte svrhe krivičnih sankcija (član 4. stav 2), svrha kažnjavanja je određena kao: a) sprječavanje učinioca da čini krivična djela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična djela, b) uticanje na druge da ne čine krivična djela, c) izražavanje društvene osude za krivično djelo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona i d) ostvarivanje pravednosti i srazmjernosti između učinjenog djela i težine krivične sankcije.

Krivično pravo Republike Srbije poznaje sljedeće vrste kazni (član 43.): a) doživotni zatvor, b) kazna zatvora, c) novčana kazna, d) rad u javnom interesu i e) oduzimanje vozačke dozvole, dok Zakon o maloljetnim učiniocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloljetnih lica[46] predviđa poseb-

---

[42] Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Dosije, Beograd, 2022, str. 308.

[43] *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

[44] Z. Stojanović, Krivični zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik, Beograd, 2013, str. 11 i 12.

[45] *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 i 62/2021.

[46] *Službeni glasnik Republike Srbije* broj 85/2005.

nu vrstu kazne – kaznu maloljetničkog zatvora za starije maloljetne učinioce teških krivičnih djela.

U okviru kazne zatvora (član 45.) koja može da traje od trideset dana do dvadeset godina, Krivični zakonik (stav 3.) predviđa izuzetnu zakonsku mogućnost u slučaju izricanja kazne u trajanju do jedne godine učiniocu krivičnog djela. U tom slučaju sud u presudi, poslije izreke o krivici osuđenog lica i odmjeravanja kazne zatvora u trajanju do jedne godine, može istovremeno da odredi (fakultativno po svom slobodnom uvjerenju) da se ova kazna izvršava tako što će je osuđeni izdržavati u prostorijama u kojima stanuje[47]. Ovakvu odluku sud donosi ukoliko dođe do uvjerenja, ocjene da se, s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo držanje poslije učinjenog djela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je djelo učinio, može očekivati da će se i na taj način ostvariti navedena svrha kažnjavanja (određena članom 42.).

Ova se kazna može izreći kako domaćem državljaninu, tako i strancu, pod uslovom da na teritoriji Republike Srbije ima prijavljeno prebivalište.[48]

Dakle, za primjenu "kućnog zatvora" ili za izvršenje kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje - potrebno je kumulativno ispunjenje tri uslova, od kojih su prva dva pozitivno određena, dok je treći uslov određen na negativan način. Dva su pozitivna uslova za primjenu kućnog zatvora. To su:

a) formalni uslov – da je učinilac krivičnog dela osuđen za izvršeno ili pokušano krivično djelo na kaznu zatvora u trajanju do jedne godine i

b) materijalni uslov – uvjerenje suda, ocjena da se, bez institucionalnog, zavodskog izvršenja kazne zatvora, ipak na slobodi može ostvariti svrha kažnjavanja – specijalna, odnosno generalna prevencija. Do ovog uvjerenja sud dolazi analizom sljedećih okolnosti: ličnost učinioca, raniji život učinioca, držanje učinioca poslije učinjenog djela, stepen krivice učinioca i druge okolnosti pod kojima je učinilac izvršio krivično djelo.

Kao negativan uslov za primjenu "kućnog zatvora" Krivični zakonik određuje da se kazna zatvora ne može izvršavati u prostorijama u kojima osuđeni stanjuje kod sljedećih krivičnih djela: a) licu koje je osuđeno za krivično djelo protiv braka i porodice, a koje živi sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu (član 45. stav 4.) i b) licu koje je osuđeno za krivično djelo "Neovlašćeno držanje opojnih droga" (član 246a. stav 3.) ako je neovlašćeno držalo u "velikoj količini" supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge.

---

[47] Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2013, str. 302-303.

[48] I. Vuković, *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2021, str. 448.

Način, uslove i postupak za izvršenje "kućnog zatvora" u Republici Srbiji propisuje Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mjera[49] (glava četvrta pod nazivom "Izvršenje vanzavodskih sankcija i mjera koje je odredio sud") koji za ovaj institut koristi naziv "kućni zatvor" (član 17. – nadzor nad izvršenjem mjere "kućnog zatvora"). Pravnosnažnu i izvršnu odluku o "kućnom zatvoru" sud dostavlja Povjereničkoj službi Uprave za izvršenje krivičnih sankcija (član 21.), da bi povjerenik utvrdio konkretan program postupanja za osuđeno lice i pratio postupanje osuđenog lica tokom izvršenja kazne.[50]

Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mjera uređuje postupak izvršenja kućnog zatvora" (čl.20-22.). To je prvi zakonski tekst u Republici Srbiji koji uopšte pominje naziv „kućni zatvor", pa navodi termin kazna „kućnog zatvora", odnosno „mjera kućnog zatvora", pledirajući na taj način da se ovdje radi o posebnoj vrsti vaninstitucionalne kazne (ipak, nedosljedno jer na pojedinim mjestima koristi termin „mjera kućnog zatvora"), iako je za propisivanje vrsta kazni ovlašćen samo Krivični zakonik.

Sud prije donošenja odluke o izvršenju "kazne kućnog zatvora" sa primjenom elektronskog nadzora utvrđuje da li postoje tehničke i druge mogućnosti za njeno izvršenje (član 20.). U tom cilju, ako nije u mogućnosti da utvrdi sve potrebne uslove, sud traži od Povjereničke službe izvještaj o postojanju tehničkih i drugih mogućnosti od značaja za izvršenje ove kazne. Poslije prijema ovog izveštaja, sud u svojoj odluci, bez odlaganja, određuje da li se "kazna kućnog zatvora" izvršava sa ili bez primjene elektronskog nadzora.

Kada odluči da izrečenu kaznu kratkotrajnog zatvora zamijeni "kaznom kućnog zatvora" (član 17.), sud istovremeno naznačuje da li se ova mjera izvršava sa ili bez primjuene elektronskog nadzora. U slučaju da se mjera "kućnog zatvora" izvršava uz primjenu elektronskog nadzora, tada se oprema za elektronski nadzor aktivira odmah poslije dostavljanja sudske odluke Povjereničkoj službi. Izvršenje "kazne kućnog zatvora" (član 22.) se sprovodi primjenom mjere elektronskog nadzora tako što se postavlja na tijelo osuđenog lica uređaj za lociranje osuđenog (odašiljač sa pratećom opremom), koju sprovodi Povjerenička služba, u saradnji sa policijom. Uređaj za lociranje osuđenog (odašiljač sa pratećom opremom), koji je neškodljiv po zdravlje, postavlja stručno lice, koje mu, pri tome, daje potrebno uputstvo o načinu rada uređaja. Povjerenička služba upravlja i uređajem kojim se daljinski prati

[49] *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 55/2014 i 87/2018.

[50] M. Đorđević, Đ. Đorđević, *Krivično pravo*, Projuris, Beograd, 2021, str. 83.

kretanje osuđenog i njegov položaj u prostoru. Međutim, u svakom slučaju prilikom kontrole sprovođenja ovako određene mjere - povjerenik sarađuje sa policijom ili drugim nadležnim državnim organom.[51]

Osuđeni kojem je određeno izvršenje kazne zatvora na ovaj način, obavezuje se da ne smije napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima koji su izričito propisani Zakonom o izvršenju vanzavodskih sankcija i mjera. Osuđeni (član 23.) može napustiti prostorije u kojima stanuje na poziv suda ili drugog državnog organa. Povjerenik poziv dostavlja Povjereničkoj službi, a vrijeme koje je osuđeni proveo van prostorija u kojima stanuje - evidentira se u listi praćenja i u dosijeu koji se vodi u Povjereničkoj službi u elektronskoj formi.

Pored toga, Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mjera (član 24.) predviđa da osuđeni može da napusti prostorije u kojima stanuje na osnovu odluke direktora Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, po njegovoj molbi, u sljedećim slučajevima: 1) zbog pružanja nužne medicinske pomoći osuđenom ili članu njegovog porodičnog domaćinstva, ako je za pružanje medicinske pomoći neophodno napuštanje prostorija, 2) radi odlaska na posao, ako krivično djelo za koje je osuđen nije u vezi sa radom, 3) radi pohađanja nastave tokom redovnog školovanja, 4) zbog odlaska na polaganje ispita, 5) zbog teške, akutne ili hronične bolesti, radi odlaska na redovne zdravstvene preglede ili stacionarnog liječenja, 6) zbog svog vjenčanja ili vjenčanja krvnog srodnika do drugog stepena srodstva, 7) zbog smrti bliskog srodnika, 8) zbog obaveze staranja prema članovima uže porodice predviđene zakonom, u slučaju da tu obavezu ne može da obavlja drugo lice, 9) zbog sezonskih poljoprivrednih radova, ako se osuđeni bavi poljoprivredom kao stalnom djelatnošću i 10) zbog drugih naročito opravdanih razloga za koje osuđeni može podnijeti obrazloženu molbu.

U postupku izvršenja "kazne kućnog zatvora", kao i izvršenja "programa za postupanje"[52], povjerenik može bez prethodne najave da provjerava da li se osuđeni nalazi u prostorijama u kojima stanuje ili na drugom mjestu koje je predviđeno programom postupanja (član 30.). Ove se provjere obavljaju ličnom, neposrednom posjetom osuđenom u prostorijama u kojima stanuje, odnosno mjestu gdje radi i razgovorima sa članovima njegovog porodičnog domaćinstva i poslodavcem. Međutim, moguća je takođe provjera i putem telefonskog razgovora. Ona se obavlja na taj način što povjerenik poziva fiksni telefonski broj vlasnika prostorija u kojima osuđeni stanuje i razgovara sa osuđenim, kao i sa članovima njegovog porodičnog domaćinstva.

---

[51] I. Vuković, *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2021, str. 447.

[52] *Ibid.,* str. 449.

Ovaj "poseban izvršni krivični zakon" pod nazivom "Pravo na boravak van prostorija" (član 17a.) navodi da osuđeno lice koje izvršava "mjeru kućnog zatvora" ima pravo na boravak van prostorija u kojima se primjenjuje mjera u trajanju od najviše jedan čas dnevno u periodu od sedam do 17 časova. U slučaju zloupotrebe ovog prava, sud, na obrazloženi prijedlog povjerenika, donosi odluku o njegovom oduzimanju. O kršenju ograničenja koje je sud osuđenom odredio, kao i o drugim okolnostima koje su od značaja za primjenu elektronskog nadzora, povjerenik bez odlaganja obavještava sud, policiju i Povjereničku službu.

U slučaju da osuđeni jednom u trajanju preko šest časova ili dva puta u trajanju do šest časova samovoljno (dakle, bez opravdanog razloga) napusti prostorije u kojima stanuje, sud obavezno određuje da ostatak kazne zatvora izdrži u zavodu za izvršenje kazne zatvora (dakle, u okviru penitensijarnih ustanova u sastavu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija). O samovoljnom napuštanju prostorija osuđenog lica Povjerenička služba, bez odlaganja, obavještava sud koji je donio prvostepenu presudu (član 29.). Poslije prijema takvog obavještenja sudija pojedinac suda koji je doneo prvostepenu presudu bez odlaganja, a najkasnije u roku od 24 časa, donosi rješenje da osuđeni ostatak kazne zatvora izdrži u zavodu za izvršenje kazne zatvora i naređuje izdavanje potjernice koja se dostavlja se organima policije radi izvršenja.

5.2. Sjeverna Makedonija

Krivični zakonik[53] Sjeverne Makedonije u sistemu krivičnih sankcija, kao mjera društvene reakcije na kriminalitet, pored kazni, posebnu pažnju poklanja brojnim sankcijama koje nose naziv „alternativne mjere". Ove se mjere (član 48.) primjenjuju sa ciljem da se prema krivično odgovornom učiniocu krivičnog djela ne primjenjuje zakonom propisana kazna za lakša krivična djela „kada to nije neophodno radi krivičnopravne zaštite i može se očekivati da se svrha kažnjavanja (specijalna i generalna prevencija) može ostvariti opomenom, uz prijetnju kazne (uslovna osuda), samo opomenom (sudska opomena)

[53] *Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 8272013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014 i 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 i 188/2023.

ili primjenom mjera pomoći i nadzora nad ponašanjem osuđenog učinioca na slobodi". Kako bi se ostvario navedeni cilj, Krivični zakonik predviđa više alternativnih mjera[54] (član 48a.). To su: a) uslovna osuda, b) uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom, c) uslovno odlaganje krivičnog postupka, d) društveno - koristan rad, e) sudska opomena i f) „kućni zatvor" (Kuќen zatvor). Dakle, u pravu Sjeverne Makedonije „kućni zatvor" predstavlja samostalnu vrstu krivične sankcije – preciznije vrstu alternativne mjere.

Za primjenu alternativne mjere „kućni zatvor" (član 59a.) potrebno je kumulativno ispunjenje sljedećih uslova[55]: 1) formalni uslov koji se javlja u dva oblika: a) da se radi o krivičnom djelu za koje je u zakonu propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina i b) da je učiniocu za izvršeno/pokušano krivično djelo izrečena kazna zatvora u trajanju do tri godine, 2) subjektivni uslov – da se radi o učiniocu krivičnog djela koji posjeduje određeno lično svojstvo ili okolnost, pa je potrebno da se radi o: a) starom i nemoćnom licu, b) teško bolesnom licu ili c) trudnoj (bremenitoj ženi) ženi i 3) materijalni uslov - da je osuđeno lice prethodno dalo svoj pristanak (usmenu ili pisanu saglasnost) na primjenu ove mjere.

U tom slučaju sud je ovlašćen da prilikom izricanja osuđenom licu kazne zatvora do tri godine odluči da li će se kazna izvršiti u penitensijarnim ustanovama ili na slobodi – „kućnom zatvoru".[56] Sud može izrečenu kaznu zatvora zamijeniti „kućnim zatvorom" ako utvrdi da postoje uslovi za kontrolu izvršenja „kućnog zatvora" putem savremenih elektronskih ili telekomunikacionih sredstava, sa ciljem da se kontroliše zabrana izlaska osuđenog iz stana (doma). Nadzor nad izvršenjem „kućnog zatvora" vrši sud koji je ovu alternativnu mjeru izrekao, a može odrediti preduzimanje određenih mjera nadzora od strane policije u mjestu gde se nalazi stan (dom) osuđenog lica, uz obavezu redovnog obavještavanja o njihovom izvršenju. U slučaju da osuđeno lice prekrši zabranu napuštanja doma, na prijedlog nadležnog organa u skladu sa zakonom, sud može odrediti da se mjera „kućnog zatvora" u cjelini izvrši u ustanovi za izvršenje kazne zatvora.

[54] G. Marjanović, M. Kanečev, M. Labovik, *Makedonsko krivično pravo, Opšt del*, Fondacija G. Marjanovik, Skopje, 2021, str. 371 i 372.

[55] M. Gaberov, *Praktikum za kazneno pravo, Opšt del*, Gaberov, Veles, 2022, str. 164.

[56] T. Kralev, *Krivično pravo, Opšt del*, Ekspertiza, Skopje, 2018, str.161 i 162.

5.3. Crna Gora

Krivični zakonik Crne Gore[57], u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija (član 4. stav 2.), svrhu kažnjavanja određuje na sljedeći način (član 32.): a) sprječavanje učinioca da čini krivična djela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična djela, b) uticanje na druge da ne čine krivična djela, c) izražavanje društvene osude za krivično djelo i obaveze poštovanja zakona i d) jačanje morala i uticaj na razvijanje društvene odgovornosti. Ovako definisanu svrhu kažnjavanja u funkciji suzbijanja kriminaliteta svih vrsta, oblika ili vidova ispoljavanja - treba da ostvari sistem kazni, kao najznačajnijih vrsta krivičnih sankcija. U Crnoj Gori se učiniocu krivičnog djela mogu izreći sljedeće kazne (član 33.): a) kazna dugotrajnog zatvora, b) kazna zatvora (član 36., u trajanju od trideset dana do dvadeset godina), c) novčana kazna i d) rad u javnom interesu.

Iako u kaznenom sistemu zakonodavac u Crnoj Gori ne nabraja "kućni zatvor" kao vrstu kazne, ipak na mjestu gde su u Krivičnom zakoniku nabrojane kazne, u posebnoj zakonskoj odredbi (članu 36a.) propisuje "Kaznu zatvora koja se izvršava u prostorijama za stanovanje", ukazujući na taj način da se ovdje ne radi o samostalnoj krivičnoj sankciji, niti posebnoj vrsti kazne, već samo o formi, modalitetu, načinu izvršenja izrečene kazne zatvora. U odnosu na druga rješenja prisutna u krivičnom pravu država bivše SFRJ, u Crnoj Gori je ovaj modalitet kazne prilično restriktivno definisan, pa se on odnosi samo na izrečene kazne zatvora u trajanju do šest mjeseci (za razliku od rješenja u Sjevernoj Makedoniji gde se ova alternativna mjera može primijeniti i u slučaju izrečene kazne zatvora do tri godine).

Naime, "kazna zatvora koja se izvršava u prostorijama za stanovanje" (član 36a.) se može primijeniti u slučaju ako sud učiniocu krivičnog djela izrekne kaznu zatvora u trajanju do šest mjeseci (formalni uslov). Umjesto ovako odmjerene kratke kazne zatvora učiniocu krivičnog djela, sud može fakultativno (po svom slobodnom uvjerenju) istovremeno da odredi da se ova kazna izvrši tako što će je osuđeni izdržavati u prostorijama u kojima stanuje, pod uslovom da sud dođe do uvjerenja (s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo držanje poslije učinjenog djela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je djelo učinio) da može očekivati da će se i na taj način

[57] *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021, 144/2021, 145/2021 i 110/2023.

ostvariti svrha kažnjavanja – materijalni uslov (iz člana 32.). Međutim, čak i kada su ispunjeni navedeni formalni, odnosno materijalni uslovi, isključeno je određivanje "kućnog zatvora" licu koje je osuđeno za krivično djelo protiv braka i porodice koje živi sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu ili porodičnoj zajednici.

Osuđeni kome je određeno izvršenje kazne zatvora u prostorijama za stanovanje - ne smije da napušta prostorije u kojima stanuje, osim u zakonom propisanim slučajevima. Osuđeni koji izvršava ovu kaznu (član 129.) ima pravo da boravi jedan čas dnevno van prostorija u kojima stanuje, na način koji je utvrđen programom postupanja.

Prostorije u kojima stanuje, osuđeni može napustiti samo u slučaju ispunjenja zakonom propisanih razloga, a po odobrenju Ministarstva pravde (član 130.) zbog: 1) pružanja medicinske pomoći osuđenom ili članu njegovog domaćinstva, ako je za pružanje medicinske pomoći neophodno napuštanje prostorija, 2) redovnog odlaska na posao, ukoliko krivično djelo za koje je osuđen nije u vezi sa radom, 3) pohađanja nastave tokom redovnog školovanja, 4) odlaska na polaganje ispita, 5) teške, akutne ili hronične bolesti, radi odlaska na redovne zdravstvene preglede, 6) svog vjenčanja ili smrti bliskog lica, 7) obaveze staranja prema članu porodice, u skladu sa zakonom, u slučaju da tu obavezu ne može da obavlja drugo lice, 8) odlaska u sud ili drugi organ radi ostvarivanja svojih prava i 9) izlaska radi obavljanja neodložnog posla u vezi sa sopstvenim izdržavanjem.

Ukoliko pak osuđeni jednom u trajanju preko šest časova ili dva puta u trajanju do šest časova samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje ili ako ometa, oštećuje ili uklanja uređaj za praćenje ili na drugi način onemogući ili odbija izvršenje kazne zatvora na ovaj način ili ako pak postane nedostupan nadležnim državnim organima, tada sud obavezno određuje da ostatak kazne zatvora izdrži u Zavodu za izvršenje krivičnih sankcija.

Izvršenje "kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje" u Republici Crnoj Gori uređuje Zakon o izvršenju kazni zatvora, novčane kazne i mjera bezbjednosti.[58] Pravnosnažnu sudsku odluku kojom se određuje da se "kazna zatvora izvršava u prostorijama u kojima osuđeni stanuje" (član 128.), sud dostavlja Ministarstvu pravde, u roku od osam dana od dana pravnosnažnosti te odluke, poslije čega Ministarstvo poziva osuđenog radi: 1) obavljanja razgovora i sačinjavanja programa izvršenja kazne, 2) informisanja o pravima i obavezama, uz upozorenje o posljedicama nepoštovanja obaveza, 3) instalira-

[58] *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 36/2015 i 18/2019.

nja uređaja za praćenje osuđenog, uz davanje detaljnih uputstava o radu uređaja, 4) vršenja kontrole izvršenja kazne i rukovanja uređajem kojim se prati kretanje osuđenog i njegov položaj u prostoru, 5) vršenja uvida u dokumentaciju o osuđenom (sudska odluka, nalazi i mišljenja doktora medicine i drugih stručnih lica, izvještaji centara za socijalni rad i dr.) i prikupljanja drugih potrebnih podataka o osuđenom od drugih organa, institucija i organizacija, 6) sačinjavanja izvještaja o izvršenju kazne i njihovog dostavljanja sudu, 7) vođenja evidencije o izvršenju kazne i 8) vršenja drugih poslova.

5.4. Hrvatska

Kazneni zakon Republike Hrvatske[59] (član 41.) naglašava da je svrha kažnjavanja: a) izraziti društvenu osudu zbog učinjenog krivičnog dela, b) jačati povjerenje građana u pravni poredak koji je utemeljen na vladavini prava, c) uticati na učinioca djela, ali i sve druge da ne čine krivična dejla kroz jačanje svijesti o pogibeljnosti vršenja krivičnih dela i o pravednosti kažnjavanja i d) omogućiti učiniocu ponovno uključivanje u društvo.[60]

Osnovna je vrsta kazne kojom se teži ostvarenju navedene svrhe – kazna zatvora (član 44.) koja se može izreći u trajanju od tri mjeseca do dvadeset godina.[61] U slučaju izricanja kratkotrajne kazne zatvora u trajanju do jedne godine, sudu stoje na raspolaganju dvije mogućnosti[62]: a) da osuđeno lice uputi na bezuslovno izdržavanje kazne u zavodsku ustanovu (u skladu sa Zakonom o izdržavanju kazne zatvora) i b) da osuđenom licu odredi "izvršavanje kazne zatvora u domu".

Sem ove zakonske odredbe Kaznenog zakona (član 44. stav 4.) o formalnom uslovu za primjenu - izvršavanje "kazne zatvora u trajanju do jedne godine u domu osuđenog", hrvatsko materijalno kazneno pravo ne propisuju druga rješenja. Takođe, ni Zakon o izdražavanju kazne zatvora[63], ni Zakon o probaciji[64] kao temeljni, krovni zakoni penitensijarnog (izvršnog krivičnog)

---

[59] *Narodne novine Republike Hrvatske* br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019 i 84/2021.

[60] Vidi G. Mršić, *Kazneno pravo, Opći dio*, Vizura, Zagreb, 2020, str. 231-233.

[61] Vidi M. Mrčela, I. Vuletić, *Komentar Kaznenog zakona, Opći dio*, Libertin, Rijeka, 2021, str. 287-291.

[62] A. Garačić, *Kazneni zakon u sudskoj praksi, Opći dio*, Libertin, Rijeka, 2023, str. 187 i 188.

[63] *Narodne novine Republike Hrvatske*, broj 14/2021.

[64] *Narodne novine Republike Hrvatske*, broj 99/2018.

prava - ne uređuju oblast izvršenja (način, postupak, uslove, organe) ove specifične forme izdržavanja izrečene kazne zatvora u trajanju do jedne godine "u kućnim uslovima".

6. ZAKLJUČAK

Pod uticajem niza međunarodnih standarda, veliki broj pozitivnih krivičnih zakonodavstava (uključujući i pravo Bosne i Hercegovine) u sistemu vaninstitucionalnih krivičnih sankcija, bilo kao kaznu, bilo kao alternativnu mjeru (supstitut kazne), predviđa "kućni zatvor" pod različitim nazivima sa ciljem da se umanji, ublaži retributivni, represivni karakter krivičnog prava, pri čemu se radi o mjeri sa različitom prirodom, karakteristikama, elementima, uslovima ili načinu primjene. Bez obzira na to da li se radi o posebnoj vrsti kazne zatvora ili o modalitetu njenog izvršenja ili o alternativnoj mjeri, učiniocu lakšeg krivičnog djela za koje je propisana ili izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine - sud može (ali ne mora) da izrekne "kućni zatvor" kao oblik lišenja slobode osuđenog lica koji je izvršava na slobodi, sa određenim ograničenjima slobode kretanja, odnosno određenim nametnutim obavezama u ponašanju. Na taj način se utiče na buduće ponašanje osuđenog lica kako bi on na svojevrstan način svojim aktivnim, pozitivnim odnosom, radom, školovanjem, predanošću pokazao da se iskupio pred društvom zbog učinjenog krivičnog djela, pri čemu su negativne, štetne, difamne posljedice njegovog "kažnjavanja" u ovom slučaju svedene na minimum.

Analizirajuća zakonska rješenja o "kućnom zatvoru" u pozitivnom pravu država koje su nastale raspadom SFRJ - dolazi se do sljedećih zaključaka:

a) "kućni zatvor" uopšte ne "poznaju" KZBiH, KZBDBiH i Kazenski zakonik Slovenije,

b) u pogledu pravne prirode, "kućni zatvor" predstavlja formu, oblik ili modalitet izvršenja izrečene kazne zatvora, a ne samostalnu, zasebnu krivičnu sankciju, osim u Krivičnom zakoniku Sjeverne Makedonije koji izričito određuje da je ovaj zatvor vrsta alternativne mjere (uz uslovnu osudu i druge sankcije),

c) za primjenu "kućnog zatvora" potrebno je ispunjenje formalnog uslova u pogledu vrste i mjere (dužine) izrečene kazne zatvora kojoj se javlja kao supstitut. Najčešće se radi o zamjeni izrečene, odmjerene kazne zatvora u trajanju do jedne godine. Međutim, od ovog pravila ima nekoliko izuzetaka, pa se "u prostorijama u kojima osuđeni stanuje" može izvršavati kazna zatvora do tri godine (Sjeverna Makedonija), odnosno kazna zatvora do šest

mjeseci (Crna Gora),

d) za primenu "kućnog zatvora" pojedina zakonodavstva zahtijevaju pristanak ili saglasnost osuđenog lica. To su zakonodavstva: Federacije BiH, Republike Srpske i Crne Gore,

e) "kućni zatvor" se, po pravilu, može odrediti svakom osuđenom licu, ako je ispunjen formalni uslov u pogledu vrste i mjere odmjerene kazne. Od ovog pravila pojedina krivična zakonodavstva prave izuzetak, pa se tako ovaj zatvor može odrediti samo određenom osuđenom licu – licu sa posebnim ličnim svojstvom kao što su: 1) staro i nemoćno lice, teško bolesno lice ili trudna, bremenita žena (Sjeverna Makedonija) i 2) lice koje je staro ili iznemoglo, teško bolesno ili invalidno lice, trudna žena ili samohrani roditelj maloljetne djece (Republika Srpska),

f) po pravilu, "kućni zatvor" se može odrediti učiniocu svakog, bilo kog krivičnog djela. Međutim, i ovdje postoje izuzeci, kada se ovaj zatvor ne može primijeniti u slučajevima: 1) za lice koje je osuđeno za krivična djela protiv braka i porodice ako živi sa oštećenim u zajedničkom domaćinstvu, odnosno za lice koje je osuđeno za krivično djelo "Neovlašćeno držanje opojnih droga" (Srbija) i 2) za lice koje je osuđeno za krivična djela protiv braka i porodice (odnosno omladine) ako živi sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu (Federacija BiH, Republika Srpska i Crna Gora).

LITERATURA

- Babić, M., Marković, I. (2008). *Krivično pravo, Opšti dio*, Pravni fakultet, Banja Luka.
- Babić, M. (2021). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske, Opšti dio*, Grafomark, Banja Luka.
- Bačić, F. (1978). *Krivično pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Zagreb.
- Chamiel, E., Walsh, D.S. (2018). "*House Arrest* or "Developmental Arrest"? A Study of Youth Under House Arrest, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Volume 62, Issue 14, *https://doi.org/10.1177/0306624X1877918*.
- Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2021). *Krivično pravo*, Projuris, Beograd.
- Gaberov, M. (2022). *Praktikum za kazneno pravo, Opšt del*, Gaberov, Veles.
- Gable, S. R. (2015). „The ankle bracelet is history: An informal review of the birth and death of a monitoring technology", *The Journal of Offender Monitoring*, vol. 27, pp. 4-8.

- Gainey R. R., Payne B. K. (2000). „Understanding the experience of house arrest with electronic monitoring: An analysis of quantitative and qualitative data“, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 44, pp. 84-96, .
- Garačić, A. (2023). *Kazneni zakon u sudskoj praksi, Opći dio*, Libertin, Rijeka.
- Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Rijeka.
- Horvatić, Ž. (2003). Kazneno *pravo, Opći dio*, Pravni fakultet, Zagreb.
- Irwin J., Owen B. (2005). „Harm and the contemporary prison“, In Leibling A., Maruna S. (Eds.), Cambridge Criminal Justice Series. The effects of imprisonment (pp. 94-117). Devon, UK, Willan Publishing, https://doi.org/10.1111/j.1468-2311.2007.00467.x.
- Jenny, W., Don, W., „Can Electronic Monitoring Reduce Reoffending?“, *The Review of Economics and Statistics*, 2020, 104 (2), pp. 232–245.
- Jovašević, D. (2017). *Krivično pravo, Opšti deo*, Dosije, Beograd.
- Jovašević, D., Mitrović, Lj., Ikanović, V. (2021). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, Službeni glasnik, Banja Luka.
- King D., Gibbs A. (2003). „Is home detention in New Zealand disadvantaging women and children?“, *Probation Journal*, 50, pp. 115-126, *https://doi.org/10.1177/0264550503502003.*
- Kralev, T. (2018). *Krivično pravo, Opšt del*, Ekspertiza, Skopje.
- La Vigne, N. G., Naser, L., Brooks, L. E., Castro, J. L. (2005). “Examining the effect of incarceration and in-prison family contact on prisoners’ family relationships”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 21, pp. 314-335, *https://doi.org/10.1177/1043986205281727.*
- Marjanovik, G., Kanečev, M., Labovik, M. (2021). *Makedonsko krivično pravo, Opšt del*, Fondacija G. Marjanovik, Skopje.
- Martin J. S., Hanrahan K., Bowers J. H. (2009). Offenders’ perceptions of house arrest and electronic monitoring. *Journal of Offender Rehabilitation*, 48, pp. 547-570, *https://doi.org/ 10.10 80/10509670903081359.*
- Mrčela, M., Vuletić, I. (2021). *Komentar Kaznenog zakona, Opći dio*, Libertin, Rijeka.
- Mršić, G. (2020). *Kazneno pravo, Opći dio*, Vizura, Zagreb.
- Mrvić Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*, Službeni glasnik, Beograd.
- Nellis, M. (2009). „Surveillance and confinement: Explaining and understanding the experience of electronically monitored curfews“, *European Journal of Probation*, 1, pp. 41-65, *https://doi.org/10.1177/206622030900100104.*

- Nellis M., Beyens K., Kaminski D. (2013). „Introduction, making sense of electronic monitoring“, In Nellis M., Beyens K., Kaminski D. (Eds.), *Electronically monitored punishment*, Abingdon, UK, Routledge, pp. 1-18, *https://doi.org/10.1093/bjc/azv016.*
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*, Pravni fakultet, Zagreb.
- Payne, B. K., Gainey, R. R. (1998). „A qualitative assessment of the pains experienced on electronic monitoring“, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 42, pp. 149-163, *https://doi.org/10.1177/0306624X9804200207.*
- Payne, B. K., Gainey, R. R. (2004). „The electronic monitoring of offenders released from jail or prison: Safety, control, and comparisons to the incarceration experience“, *The Prison Journal*, 84, pp. 413-435, *https://doi.org/10.1177/00328855042693.*
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb.
- Petrović, B., D. Jovašević (2005). *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio*, Pravni fakultet, Sarajevo.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*, Pravni fakultet, Sarajevo.
- Simović, M. (1994) *Krivični zakon Republike Srpske – posebni dio, sa objašnjenjima*, NIO Službeni glasnik Republike Srpske, Pale.
- Simović, M., Simović, M., Todorović, Lj. (2015). *Krivični zakon Bosne i Hercegovine. Prečišćeni tekst sa uvodnim napomenama, registar pojmova*, Fineks, Sarajevo.
- Simović, M., Todorović, Lj. (2016). *Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, uvodna objašnjenja za posljednju novelu Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, te redakcijski prečišćeni tekst ovog zakona, registar pojmova i sudska praksa*, Fineks, Sarajevo.
- Simović, M., Babić, M., Simović, V. (2019). *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije (knjiga treća).* Privredna štampa, Sarajevo.
- Simović, M., Simović, V. (2021). *Krivično pravo Brčko distrikta BiH*, *Posebni dio*, Grafomark, Laktaši.
- Stojanović, Z. (2005). *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd.
- Stojanović, Z. (2013). *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd.
- Stojanović, Z. (2013). *Krivični zakonik Republike Srbije*, Službeni glasnik, Beograd.
- Stojanović, Z. (2022). *Krivično pravo, Opšti deo*, Dosije, Beograd, 2022.
- Vuković, I. (2021). *Krivično pravo, Opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd.

Academician prof. Miodrag N. Simović, Ph.D.[65]
Prof. Vladimir M. Simović, Ph.D.[66]

HOUSE ARREST AS A FORM OF EXTRA-INSTITUTIONAL REACTION TO CRIMINALITY

***Abstract**: On the basis of international standards, in numerous European criminal justice systems, in the system of punishments or in the system of alternative measures to combat crime, special types of extra-institutional measures are foreseen, such as: fine, house arrest, conditional sentence, conditional release, probation, preventive deprivation of liberty, deprivation of certain rights, work in the public interest (or socially useful work), etc. "House arrest" as a "form of execution of the sentence of deprivation of liberty at liberty" has a special place among these criminal sanctions or measures that represent an alternative or substitute for the punishment of short-term deprivation of liberty, regardless of their nature, content, character and type, notwithstanding of what this measure is called in the specific law. These are alternatives, substitutes for a short-term sentence of deprivation of liberty, different extra-institutional measures of treatment of a convicted perpetrator of a criminal offense known under different names, with different content, nature, characteristics, duration and conditions of application, not only in the criminal law of Bosnia and Herzegovina, but also in other criminal legislations of countries in the region of South-East Europe.*

This paper examines the issue of "house arrest" in accordance with positive legal regulations, considering its concept, content, characteristics, legal nature, duration and conditions of application in Bosnia and Herzegovina and other countries of the former SFRY.

***Key words**: criminal offense, criminal sanction, extra-institutional measure, house arrest, responsibility.*

[65] Full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina full professor at the Faculty of Law, University of Bihać, professor emeritus, e-mail: *msimovic@anubih.ba; https://orcid.org/0000-0001-5116-680X.*

[66] Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka, e-mail: v*lado_s@blic.net; https://orcid.org/0009-0002-9640-6488*.

UDK 343.54/.55:343.54/6-055.2(497.6PC)
doi 10.7251/PR6924825M
Originalni naučni članak

PROCJENA RIZIKA U SLUČAJEVIMA NASILJA U PORODICI U REPUBLICI SRPSKOJ

Prof. dr Ljubinko Mitrović[1]
Doc. dr Nikolina Grbić-Pavlović[2]

Apstrakt: *Mnoge policije u svijetu koriste liste procjena rizika u svrhu donošenja što adekvatnije procjene budućeg ponašanja učinioca nasilja u porodici. Ove procjene značajno koriste postupajućim policijskim službenicima kako bi znali koje korake dalje trebaju preduzimati. Uobičajeno je da se prilikom izrade procjena rizika uspostavljaju standardizovani upitnici. Prilikom popunjavanja ovih upitnika treba biti izuzetno oprezan, jer ponekad dati odgovori u upitniku ne osiguravaju sigurnu procjenu rizika. Procjena rizika nije samo popuniti standardizovani upitnik, to je proces koji je potrebno pratiti, a procijenjenim rizikom u narednom periodu upravljati. Sama lista pitanja koji se nalaze u upitniku je alat koji pomaže da policijski službenik donese što racionalniju odluku o mjerama koje je potrebno preduzeti. Upravo iz tog razloga od velike je važnosti lična profesionalnost policijskog službenika koji uz prikupljene podatke ima i uvid u trenutno stanje na terenu. Nakon procjene rizika slijedi ono što je najvažnije u borbi protiv nasilja u porodici, a to je upravljanje tim rizikom, odnosno zaštita žrtve. Postupak i način sprovođenja procjene rizika u svakom slučaju nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici u Republici Srpskoj regulisani su Pravilnikom o postupku i načinu sprovođenja*

[1] Redovni profesor na Fakultetu pravnih nauka, Panevropski univerzitet APEIRON u Banjoj Luci, ljubinko58@gmail.com
[2] Inspektor-koordinator za specijalističku obuku, docent, Uprava za policijsko obrazovanje, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, grbicpavlovic.nikolina@mup.vladars.rs

procjene rizika Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske. Upravo o procjeni rizika i postupku procjenjivanja u slučajevima nasilja u porodici u Republici Srpskoj biće više riječi u ovom referatu.

Ključne riječi: *nasilje u porodici, procjena rizika.*

UVODNE NAPOMENE – O NASILJU U PORODICI

Rodno zasnovano nasilje danas predstavlja globalni fenomen koji najčešće pogađa žene i djevojčice širom planete, u svim državama i kulturama, bez obzira na društveno uređenje, religiju, dostignute vrijednosti i stavove.[3] S obzirom na to, da je nasilje u porodici višedimenzionalni društveni problem koji se definiše preko svojih pojedinih manifestacija i njihove etiologije, danas u svijetu ne postoji univerzalna definicija nasilja u porodici koja bi izražavala svu kompleksnost ovog problema. Zbog toga se za ovaj fenomen vezuju različite definicije i objašnjenja, prema afinitetima onih koji se bave ovim problemom.[4]

Nasilje u porodici jeste nasilje, ali ono nije isto kao i svako drugo nasilje, posebno kao ono koje se dešava između lica među kojima ne postoji porodična relacija. Ono je znatno opasnije, a posljedice po društvo su višestruke, često nemjerljive. Kao takvo, ono zahtijeva i specifičan, multidisciplinaran pristup i višedimenzionalnu društvenu reakciju.[5]

Kada govorimo o etiologiji nasilja u porodici teško je sa sigurnošću tvrditi koji je faktor konkretno uzročnik nastanka nasilja u porodici. Nasilje u porodici je složena pojava, koja je prouzrokovana nizom faktora koji su međusobno povezani.[6] U etiologiji nasilja dominantnu ulogu imaju ličnost pojedinca i interakcija pojedinca sa socijalnom okolinom koja je rezultat brojnim povoljnim i nepovoljnim životnim situacijama.[7]

Feminističkim objašnjenjima, uvodeći moć i kontrolu kao suštinske odlike odnosa u porodici, preformulisana je teorija konflikta u teoriju prinud-

---

[3] Vidi šire: Mitrović, Lj., Grbić Pavlović, N. (2011), „Zaštitne mjere iz Zakona o zaštiti od nasilja u porodici"; *Pravna riječ broj 29*; str. 369-384.

[4] Jovanović, S. (2010), *Pravna zaštita od nasilja u porodici*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 276.

[5] *Ibidem*, str. 22.

[6] Vidi šire: Jakšić, Ž., Kovačić L. (2000), *Socijalna medicina,* Medicinska naklada, Zagreb.

[7] Čudina, M., Obradović, J. (2006), *Psihologija braka i obitelji,* Golden marketing – tehnička knjiga, Zagreb, str. 163.

ne kontrole koja ide za tim da unaprijedi ili očuva moć supruga. Pitanje moći i kontrole integrisano je u poznatom "DULUTH projektu" koji je prikazao čuveni "točak moći i kontrole" u čijem centru se nalazi moć i kontrola, a oko njega se nalaze tehnike koje se koriste radi očuvanja te moći i kontrole: prinuda, zastrašivanje, emocionalno zlostavljanje, izolacija, ponižavanje i okrivljivanje, zloupotreba djecom, ekonomsko nasilje, muške privilegije.[8] Kada se govori uopšteno o nasilju u porodici, treba napomenuti da je njegova osnovna odlika moć koju nasilnik zloupotrebljava u odnosu na druge članove porodice kako bi sebi obezbijedio dominantnu poziciju u porodici, a kod ostalih članova porodice izazvao osjećaj straha i potčinjenosti.[9]

Slika 1. Točak moći i kontrole[10]

Feministički pristup je prikazao i "ciklus nasilja", koji se prema *Leonore Walker* odvija u tri faze koje se smjenjuju, a koje "zbunjuju" žrtvu i sprečavaju je da napusti situaciju u kojoj trpi nasilje.[11]

---

[8] "Power and Control Wheel", http://www.duluth-model.org/documents/PhyVio.pdf

[9] Bošković, D. (2009), *Nasilje u porodici,* Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminalistička istraživanja, Banja Luka, str. 38.

[10] Preuzeto iz: Grbić Pavlović N. i drugi (2022), Priručnik za specijalističku obuku za rad na predmetima nasilja u porodici, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, Banja Luka, str. 8.

[11] Walker L. (1979), *The Battered Woman*, Harper and Row, New York.

Slika 2. Ciklus nasilja[12]

- ***Faza medenog mjeseca*** (pažnja, ljubav, izvinjenje, izlivi kajanja i tuge zbog učinjenog nasilja).
- ***Faza podizanja tenzija*** (slaba komunikacija, tenzija, strah od izazivanja izliva nasilja, žrtve u ovoj fazi nastoje da smire nasilnika, da izbjegnu konfrontaciju).
- ***Faza izliva nasilja*** (koju odlikuje erupcija nasilja).

Objašnjenja data za ciklus nasilja od izuzetnog su značaja za procjenu rizika budućeg vršenja nasilja u porodici. Važno je kroz ciklus nasilja pratiti vremenske periode između svih oblika nasilja koja su žrtve preživjele, kao i vremenske razmake između svih faza ciklusa nasilja kod pojedinačnih događaja. Naime, što su periodi kraći, ugroženost žrtve je veća, te će i procjena rizika od budućeg vršenja nasilja u porodici biti viša.

Kada je u pitanju krivičnopravna regulisanost nasilja u porodici u Republici Srpskoj[13], pod nazivom krivično djelo Nasilje u porodici i porodičnoj zajednici propisano je odredbama člana 190 Krivičnog zakonika Republike Srpske (u daljem tekstu: KZ RS)[14]. U odredbi stava 1 člana 190 propisano da će se, ko primjenom nasilja, prijetnjom da će napasti na život ili tijelo, ili ko drskim ili bezobzirnim ponašanjem ugrožava spokojstvo, tjelesni integritet ili duševno zdravlje člana svoje porodice ili porodične zajednice i time dovede do povrede njegovog fizičkog ili psihičkog integriteta, kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine[15]. Nadalje, fizičko nasilje kod ovog krivičnog djela je inkriminisano u nekoliko težih oblika zavisno od sredstava izvršenja, težine posljedice i uzrasta pasivnog subjekta.

[12] Preuzeto iz: Grbić Pavlović N. i drugi, *op. cit.*, str. 9.

[13] Krivični zakonik Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 64/2017; 104/2018 - odluka Ustavnog suda Republike Srpske; 15/2021; 89/2021; 73/2023 i *Službeni glasnik BiH,* broj 9/2024 – odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

[14] Vidi šire: Grbić Pavlović, N. (2020), Nasilje u porodici u doba pandemije, Fridrich Ebert Stiftung, Sarajevo.

[15] Jovašević, D. & Mitrović, Lj. & Ikanović, V. (2021), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka, str. 425-428.

Prvi teži oblik propisan je u odredbi člana 190 stav 2 KZ RS i on postoji u slučaju kada je prilikom izvršenja osnovnog oblika djela izvršilac djela (nasilnik) koristio oružje, opasno oruđe ili drugo sredstvo podobno da tijelo teško povrijedi ili naruši zdravlje i za njega je predviđena kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Drugi teži oblik djela, prema KZ RS, postoji u slučaju kada je usljed navedenih djela (iz st. 1 i 2) nastupila teška tjelesna povreda ili teško narušenje zdravlja ili su ona učinjena prema licu mlađem od 18 godina ili u prisustvu lica mlađeg od 18 godina[16]. Za ovaj oblik djela zakonodavac je predvidio kaznu zatvora od dvije do deset godina. Treći najteži oblik ovog krivičnog djela predviđa da će se učinilac djela iz st. 1 i 2 člana 190 KZ RS kazniti kaznom zatvora od tri do 15 godina ukoliko je nastupila smrt pasivnog subjekta, odnosno člana porodice ili porodične zajednice (stav 4).

Prema odredbi stava 5 člana 190 KZ RS, učinilac krivičnog djela koji prekrši mjere zaštite koje mu je sud odredio na osnovu zakona (u oblasti nasilja u porodici) kazniće se novčanom kaznom i zatvorom od tri mjeseca do tri godine.

PROCJENA RIZIKA U SLUČAJEVIMA NASILJA U PORODICI

Liste procjena rizika u svrhu donošenja što bolje procjene budućeg ponašanja učinioca nasilja u porodici koriste mnoge policije u svijetu. S druge strane, nesporno je da su policijske agencije i policijski službenici u njima najčešće prve službene osobe koje intervenišu u slučajevima nasilja u porodici. Stoga je i uloga policijskih agencija posebno izražena u pogledu zaštite žrtava. Naime, policija je dio formalnog sistema koji je odgovoran za istragu i krivično gonjenje slučajeva nasilja u porodici, koji su prijavljeni relevantnim institucijama i koji predstavljaju krivična djela prema domaćem pravu. Pored toga, policija je jedan od najznačajnijih inicijalnih kontakata za žrtve, a često i prvo mjesto gdje žrtve zatraže pravnu pomoć. U okviru svojih nadležnosti policija treba da osigura: zaprimanje prijava nasilja u porodici, sačinjavanje zapisnika o uviđaju na licu mjesta; po prijavi, podnošenje zahtjeva za izricanje zaštitnih mjera; lišavanje slobode i zadržavanje lica (nasilnika); vođenje evidencije o prijavljenim slučajevima nasilja; obavještavanje centra za socijalni rad, naročito ukoliko su nasilju izložena i djeca; obavještavanje suda u slučaju nepostupanja po izrečenoj zaštitnoj mjeri od lica kojem je izrečena

[16] Ibidem, str. 425-428.

zaštitna mjera, podnošenje prijave zbog kršenja zaštitnih mjera, te podnošenje izvještaja zbog izvršenja krivičnog djela nasilja u porodici.[17]

Procjena rizika može značajno da koristi postupajućim policijskim službenicima, ali i drugim subjektima zaštite, kako bi znali koje korake dalje trebaju preduzeti. Procjena rizika jedan je od pristupa koji policija (zajedno sa drugim subjektima zaštite) može da provodi kod prve intervencije kako bi se smanjio rizik od: ponavljanja nasilja, eskalacije nasilja i ubistva partnera.

Uobičajeno je da se kod procjena rizika uspostavljaju standardizovani upitnici. Za provođenje procjene rizika postoji nekoliko provjerenih metoda. Neke od najčešće korištenih, kao što su Ontario, Danger Assessment i DASH, daju ocjenu o nivou rizika od ubistva. Druge, kao što je SARA i njena pojednostavljena verzija B-SAFER, predstavljaju smjernice.[18]

Prilikom popunjavanja ovih upitnika treba biti izuzetno oprezan, jer ponekad dati odgovori u upitniku ne obezbjeđuju sigurnu procjenu rizika. Procjena rizika nije samo popuniti standardizovani upitnik, to je proces koji je potrebno pratiti, a procijenjenim rizikom u narednom periodu upravljati. Sama lista pitanja koja se nalaze u upitniku jeste alat koji pomaže da policijski službenik donese što racionalniju odluku o mjerama koje je potrebno preduzeti. Upravo iz tog razloga, od velike je važnosti lična profesionalnost policijskog službenika koji uz prikupljene podatke ima i uvid u trenutno stanje na terenu. Nakon procjene rizika slijedi ono što je najvažnije u borbi protiv nasilja u porodici, *a to je upravljanje procijenjenim rizikom*, odnosno zaštita žrtve nasilja.

Događaji u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini o kojima je u posljednje vrijeme i medijski izvještavano, a u kojima su žene ubijane od strane svojih partnera su veoma zabrinjavajući. Globalno posmatrano, 30% žena doživljava fizičko ili seksualno nasilje od strane intimnog partnera tokom svog života.

Najvažniji međunarodni dokument koji se direktno odnosi na problematiku nasilja u porodici, a koji je Bosna i Hercegovina u novembru 2013. godine ratifikovala, jeste *Konvencija o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici,* odnosno tzv. *Istambulska konvencija*[19]. Parla-

[17] Pružanje policijskih usluga, dio multisektoralnog odgovora na RZN, Standardne operativne procedure, Regionalni ured UNFPA za Istočnu Evropu i Centralnu Aziju (UNFPA EECARO), 2015, str. 5 i 6.

[18] Vidi šire: Matijević, A. (2011), *Komparativni prikaz procjena rizika kod počinitelja nasilja u obitelji*, Policija i sigurnost, godina 20, broj 2, Zagreb str. 223-229.

[19] Konvencija o sprečavanju i suzbijanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici, odnosno tzv. Istambulska konvencija (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj 19/2013).

mentarna skupština Savjeta Evrope proglasila je Istambulsku konvenciju "standardom koji mijenja temelje" *(groundbreaking law)* upravo zato što državama potpisnicama pruža novi i detaljan međunarodnopravni okvir onoga što treba učiniti kako bi se spriječilo nasilje u porodici i posebno nasilje nad ženama. Prema Istambulskoj konvenciji, nasilje u porodici ili porodičnoj zajednici predstavljaju sva djela fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja koja se događaju u porodici ili domaćinstvu ili između bivših ili sadašnjih bračnih drugova ili partnera, nezavisno od toga da li počinilac nasilja dijeli ili je dijelio isto prebivalište sa žrtvom.[20] Ova definicija proširuje nasilje u porodici na sve događaje u porodici ili domaćinstvu bez obzira na odnos nasilnika i žrtve.

U odnosu na preporuke ovog međunarodnog dokumenta Republika Srpska je uložila značajne napore kada je u pitanju oblast nasilja u porodici. Tako je *Izmjenama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici u Republici Srpskoj* koje su donesene 2019. godine i sa čijom primjenom se počelo od maja 2020. godine, prestala mogućnost prekršajnog gonjenja učinilaca nasilja u porodici, odnosno od tada, a u skladu sa zahtjevima Instambulske konvencije, svako nasilje u porodici se smatra isključivo krivičnim djelom.[21]

Pored toga, uvedeno je nekoliko značajnih novina, od kojih je možda i najvažnija sprovođenje procjene rizika kod učinioca nasilja u porodici od strane policijskih službenika. Naime, Istambulska konvencija je prepoznala da bi jedan od osnovnih pristupa u slučajevima nasilja u porodici trebala biti procjena rizika. Tako je, *procjena rizika obaveza utvrđena članom 51 Istambulske konvencije.* U članu 51 Istambulske konvencije naglašeno je da je potrebno preduzeti mjere da nadležni organi obavljaju procjenu rizika od

Konvencija je usvojena 11. maja 2011. godine kao prvi pravno obavezujući dokument u pogledu sprečavanja i suzbijanja nasilja nad ženama i nasilja u porodici na nivou Savjeta Evrope, a Bosna i Hercegovina je 7. novembra 2013. godine postala šesta članica Savjeta Evrope koja ju je ratifikovala. Konvencija se sastoji od preambule i dvanaest poglavlja, i to: Ciljevi, definicije, princip jednakosti i nediskriminacije, opšte obaveze; Integrisanje politika i prikupljanje podataka; Prevencija; Zaštita i podrška; Materijalno i krivično pravo; Istraga, sudski postupak, proceduralno pravo i zaštitne mjere; Migracije i azil; Međunarodna saradnja; Mehanizam za praćenje; Odnos prema drugim međunarodnim instrumentima; Izmjene i dopune Konvencije i na kraju, Završne odredbe.

[20] OEBS BiH (2009), *Nasilje u porodici – odgovor nadležnih institucija i zaštita žrtava u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Zapažanja o primjeni Zakona o zaštiti od nasilja u porodici u praksi nadležnih institucija, Sarajevo: OSCE BiH.

[21] Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 102/2012; 108/2013; 82/2015 i 84/2019.

ubistva, ozbiljnosti situacije i rizika od ponavljanja nasilja s ciljem upravljanja rizikom. Briga za bezbjednost žrtve nasilja mora biti u središtu svake intervencije u slučajevima svih oblika nasilja koje pokriva Istambulska konvencija. Svrha ove odredbe jeste obezbjeđenje uslova za stvaranje efikasne međuresorne mreže stručnjaka koja bi imala za zadatak zaštitu visokorizičnih žrtava nasilja. Procjena rizika se stoga mora sprovesti u pogledu upravljanja utvrđenim rizicima, izradom bezbjednosnog plana za dotičnu žrtvu kako bi se obezbijedila koordinirana zaštita i pružila podrška ukoliko je to potrebno. Međutim, važno je osigurati da sve mjere koje se preduzimaju pri procjenjivanju i upravljanju rizikom od daljnjeg nasilja uvijek omogućuju poštovanje prava učinioca, odnosno nasilnika. Istovremeno, izuzetno je važno da takve mjere ne pojačavaju štetu koju su žrtve već preživjele, te da istraga i sudski postupci ne dovode do sekundarne viktimizacije. U stavu 2 ovog člana Istambulske konvencije, a prilikom procjene rizika, proširuje se obaveza kojoj se nalaže prikupljanje pouzdanih informacija o posjedovanju vatrenog oružja učinilaca nasilja u porodici. Posjedovanje vatrenog oružja učinioca ne samo da predstavlja snažno sredstvo kontrole nad žrtvama, već povećava i rizik od ubistva žrtve. Ovo je posebno slučaj u postkonfliktnim situacijama ili u zemljama s tradicijom posjedovanja vatrenog oružja, što može omogućiti učiniocima lakši pristup tom oružju.[22]

PROCJENA RIZIKA U REPUBLICI SRPSKOJ

Postupak i način sprovođenja procjene rizika u slučaju prijave nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici u Republici Srpskoj regulisan je Pravilnikom o postupku i načinu sprovođenja procjene rizika (u daljem tekstu: Pravilnik)[23].

Prema ovom dokumentu, procjena rizika se vrši po svakoj prijavi nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici. U Republici Srpskoj, procjena rizika predstavlja ocjenu stepena rizika od ponovnog nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici u zavisnosti od:

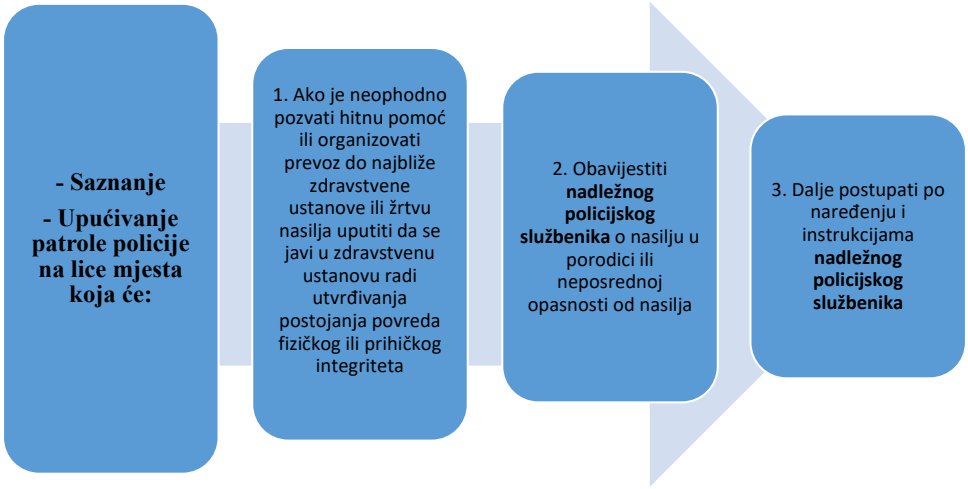
1. okolnosti konkretnog slučaja nasilja,
2. prikupljenih obavještenja,

[22] Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, Ured za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2014, 68. Publikacija Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.pdf (gov.hr)

[23] Pravilnik o postupku i načinu sprovođenja procjene rizika, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 126/2020.

3. podataka iz evidencija Ministarstva unutrašnjih poslova,
4. mišljenja centra za socijalni rad i
5. drugih činjenica i okolnosti od značaja za procjenu rizika.

Cilj procjene rizika jeste kontrola utvrđenih rizika i preduzimanje mjera za zaštitu žrtve od momenta prijave nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici dok traje potreba za zaštitom žrtve.



Slika 3. Postupanje policijskih službenika[24]

Procjena rizika se zasniva na dostupnim saznanjima i obavještenjima i sačinjava se u što kraćem vremenskom roku. U Republici Srpskoj, procjena rizika sačinjava se na propisanom obrascu za procjenu rizika, koji je sastavni dio Pravilnika, a koji obuhvata prikupljena obavještenja o sljedećim pitanjima, i to:

1. Da li je učinilac nasilja ranije ili neposredno prije izrade procjene rizika učinio nasilje u porodici ili neki drugi vid nasilja i da li je spreman da ga ponovi;
2. Da li prijeti ubistvom ili samoubistvom;
3. Da li posjeduje oružje;
4. Da li je mentalno bolestan ili zloupotrebljava psihoaktivne supstance;
5. Da li postoji sukob oko starateljatsva nad djecom ili oko načina održavanja ličnog kontakta djeteta i roditelja koji je počinio nasilje;

[24] Preuzeto iz: Grbić Pavlović N. i drugi, *op.cit.*, str. 10.

6. Da li je učiniocu nasilja izrečena hitna mjera ili mjera zaštite od nasilja u porodici;
7. Da li žrtva doživljava strah i kako ona procjenjuje rizik od ponavljanja nasilja;
8. I na osnovu drugih činjenica i okolnosti od značaja za procjenu rizika.

U vezi sa prethodno navedenim, za izradu i tokom izrade procjene rizika nadležni policijski službenik zatražiće mišljenje centra za socijalni rad, zatim će izvršiti provjere kroz službene evidencije da li učinilac nasilja u porodici posjeduje legalno oružje, te dostaviti prijedlog za izdavanje naredbe za vršenje pretresa postupajućem tužiocu s ciljem pronalaska nelegalnog naoružanja u slučaju kada su identifikovani pokazatelji rizika koji za posljedicu mogu imati fizičko ili seksualno nasilje, ozbiljnu štetu ili povredu. U ovom dijelu važno je napomenuti da je od posebno velikog značaja saradnja svih subjekata zaštite sa policijskim službenikom koji vrši procjenu rizika. Ovo podrazumijeva brzu razmjenu informacija i podataka koje posjeduju drugi subjekti zaštite sa policijskom službenikom koji će koristeći navedene informacije sačiniti što tačniju procjenu rizika.

Prilikom sačinjavanja procjene rizika nadležni policijski službenik na kraju daje ocjenu rizika od nastanka novog nasilja.

Prema Pravilniku, rizik od nastanka novog nasilja se razvrstava u tri kategorije, i to:

1. **Nizak rizik** – trenutne okolnosti ne ukazuju na mogućnost nastanka novog nasilja, ozbiljne štete ili povrede;

2. **Umjeren rizik** – trenutne okolnosti ukazuju na mogućnost nastanka novog nasilja, ozbiljne štete ili povrede, odnosno učinilac nasilja može potencijalno nanijeti ozbiljnu štetu, ali malo je vjerovatno da će to učiniti, osim ako se promijene okolnosti u smislu da ne uzima lijekove, zloupotrijebi drogu, alkohol i slično i

3. **Visok rizik** – trenutne okolnosti ukazuju na neposrednu opasnost od nasilja, identifikovani su pokazatelji koji za posljedicu mogu imati fizičko ili seksualno nasilje, ozbiljnu štetu ili povredu, nasilje se može ponoviti i posljedice mogu biti ozbiljnije. Učinilac nije spreman na saradnju, postoji otvorena netrpeljivost prema žrtvi i članovima porodice, odnosno ozbiljna prijetnja.

Ukoliko procjena rizika ukazuje na neposrednu opasnost od nasilja, odnosno ukoliko postoji visok rizik od nastanka novog nasilja, a nadležni sud ne odredi pritvor osumnjičenom, nadležni policijski službenik podnosi nadlež-

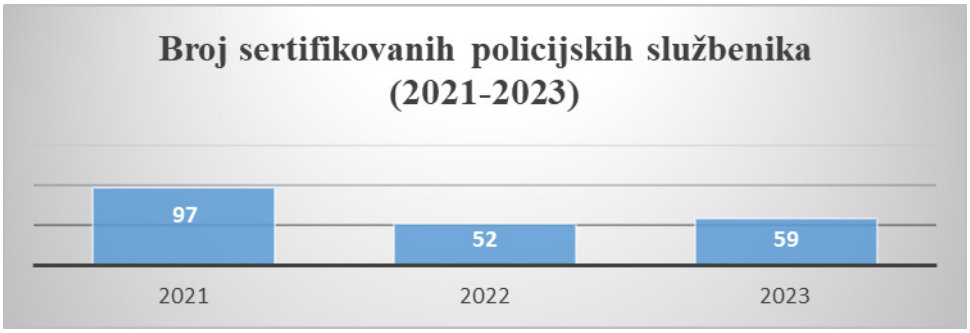
nom sudu u prekršajnom postupku prijedlog za izricanje hitne mjere zaštite, koja se izriče u roku od 24 časa od prijema prijedloga, odnosno izvođenja učinioca nasilja u porodici pred sud.

Procjenu rizika vrše pripadnici policije, odnosno policijski službenici Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske. Prema Pravilniku, policijski službenik koji obavlja procjenu rizika je isključivo onaj policijski službenik koji je završio specijalističku obuku za rad na predmetima nasilja u porodici i pružanja zaštite žrtvama nasilja u porodici, a koji posjeduje sertifikat o završenoj specijalističkoj obuci iz ove oblasti. Kada su u pitanju profesionalne i lične karakteristike sertifikovanog policijskog službenika zahtijeva se da posjeduje iskustvo u operativnom radu, kao i razvijene socijalne vještine i sklonosti u analizi i procjeni karakteristika ličnosti.

Takođe, navedenim Pravilnikom je predviđeno da je Uprava za policijsko obrazovanje Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske nadležna za organizovanje i sprovođenje specijalističke obuke za policijske službenike. Tako je Uprava za policijsko obrazovanje pripremila nastavni plan i program pod nazivom: *"Specijalistička obuka za rad na predmetima nasilja u porodici",* a koji je donio ministar unutrašnjih poslova. Specijalistička obuka za rad na predmetima nasilja u porodici, a prema usvojenom nastavnom planu i programu, koji je izrađen u skladu sa Evropskim kvalifikacijskim okvirom[25], realizuje se u okviru 60 nastavnih časova, od čega su 30 časova teorijski i praktični rad sa nastavnikom, dok je 30 nastavnih časova predviđeno za samostalni rad polaznika na konkretnom primjeru. Procjena usvojenog znanja i vještina polaznika vrši se na osnovu svakodnevnog praćenja rada polaznika i stepena usvojenosti novih znanja i vještina, kao i na osnovu završnog ispita. Završni ispit se sastoji iz polaganja testa i prezentacije samostalnog rada po-

[25] Brze izmjene tehnologija i razvoj evropskog tržišta su pred obrazovne sisteme svake članice Evropske unije, kao i sisteme u državama koje se žele pridružiti evropskoj porodici, pa tako i u Bosni i Hercegovini, postavile brojne zahtjeve, a među prvima nužnost sistemskog vrednovanja obrazovanja i obuke u svakoj državi i njegovo upoređivanje sa obrazovnim sistemima u drugim državama, a na osnovi zajedničkog utvrđenog referentnog evropskog okvira. Evropski kvalifikacijski okvir za cjeloživotno učenje ima za cilj olakšano upoređivanje transparentnih kvalifikacija i kvalifikacijskih nivoa, što omogućava bržu mobilnost tržišta rada, uspostavljanje koncepta cjeloživotnog učenja i osiguranja kvaliteta obrazovanja. Strateški cilj Evropskog kvalifikacijskog okvira je da obezbijedi da kvalifikacije zadovoljavaju društvene i ekonomske potrebe svake zemlje ponaosob i Evropske unije u cjelini, da iza svake kvalifikacije stoji osiguran kvalitet i da se na fleksibilan način omogući svakom pojednicu i horizontalni i vertikalni napredak kroz kvalifikacijsku ljestvicu.

laznika na konkretnom primjeru. Konačna ocjena polaznika na kraju obuke je "zadovoljava" ili "ne zadovoljava". Polaznik koji sa uspjehom završi obuku i bude ocijenjen konačnom ocjenom "zadovoljava" dobija sertifikat o završenoj "Specijalističkoj obuci za rad na predmetima nasilja u porodici".[26]



Slika 4. Broj sertfikovanih policijskih službenika (2021-2023)

Značajan broj policijskih službenika Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske (njih ukupno 208) do sada je završilo pomenutu obuku i sertifikovani su za rad na predmetima nasilja u porodici. S obzirom na to da je obuka obaveza isključivo Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske ona će se i dalje realizovati u skladu sa potrebama iskazanim po policijskim upravama širom Republike Srpske.[27]

[26] Da je napravljen dobar nastavni plan i program potvrđeno je kroz aktivnosti koje su realizovane u okviru OSCE projekta (Kancelarije iz Beča) pod nazivom "*Jačanje kapaciteta krivičnog pravosuđa u borbi protiv rodno zasnovanog nasilja u Jugoistočnoj Evropi (2021-2024)* " koji ima za cilj jačanje kapaciteta sistema krivičnog pravosuđa u borbi protiv rodno zasnovanog nasilja u Albaniji, Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori, Sjevernoj Makedoniji i Srbiji. Tako je na nacionalnoj radionici održanoj u Banjoj Luci prezentovana analiza postojećeg nastavnog plana i programa za policijske službenike u oblasti nasilja u porodici od strane nezavisnog eksperta iz ove oblasti. Nastavni plani program pod nazivom "*Specijalistička obuka za rad na predmetima nasilja u porodici*" Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske ocijenjen je kao jedan od najboljih u Jugoistočnoj Evropi.

[27] Takođe, važno je napomenuti i da je jedan od glavnih zaključaka i preporuka, identifikovan kroz različite aktivnosti Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske i Uprave za policijsko obrazovanje iz prethodnog perioda, organizovanje zajedničkih, multisektorskih obuka, za sve subjekte zaštite u oblasti nasilja u porodici. U saradnji sa Centrom za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske, a uz podršku Atlantske inicijative, u prethodnom periodu održano je i pet multisektorskih obuka u oblasti nasilja u porodici kojoj su prisustvovali sertifikovani policijski službenici, sudije i tužioci koji postupaju u predmetima nasilja u porodici. Predavači na obuci su bili predstavnici Uprave za policijsko

UMJESTO ZAKLJUČKA

Uvažavajući činjenicu da su mnogobrojna naučna istraživanja ukazala na mogućnost "predviđanja" ubistva žene kao posljedica krivičnog djela Nasilje u porodici, Istambulska konvencija kao najvažniji međunarodni dokument u oblasti zaštite žena od nasilja, zahtijeva od zemalja koje su je ratifikovale da u svoje zakonodavstvo uvedu obaveznu procjenu rizika od budućeg nasilja. Procjena stepena rizika od budućeg nasilja nad žrtvom, uključujući i rizik od ubistva, u mnogim zemljama postalo je obavezni dio procedure koja se vrši pri svakoj prijavi nasilja u porodici.

Usklađujući svoje zakonodavstvo sa Istambulskom konvencijom, Republika Srpska je u posljednjim izmjenama Zakona o zaštiti od nasilja u porodici uvela obaveznu procjenu rizika koja se vrši po svakoj prijavi nasilja u porodici, u odnosu na svakog počinioca, a od strane sertifkovanih policijskih službenika Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske.

Slijedeći primjere savremnih zemalja u kojima je procjena rizika odavno sastavni dio svake procedure kada je u pitanju nasilje nad ženama i nasilje u porodici, te činjenicu da su policijski službenici najčešće prve službene osobe koja intervenišu u slučajevima nasilja u porodici, procjena rizika je u Republici Srpskoj upravo obaveza koju vrše posebno obučeni policijski službenici. Oslanjajući se na vlastite kapacitete pripremljena je obuka po čijem završetku policijski službenici dobijaju sertifikat za rad na predmetima nasilja u porodici i procjenu rizika. Kroz zajedničke obuke i postupanja sa tužiocima i sudijama mnogi slučajevi su dobili adekvatne epiloge i žrtvama je pružena adekvatna zaštita.

Uvijek je izazov adekvatno izvršiti procjenu rizika od budućeg vršenja nasilja u porodici i ubistva žene kao posljedice nasilja u porodici. Prepoznavanje ključnih faktora koji pokreću nasilnika da zlostavlja i/ili ubije ženu poput bijesa zbog osjećaja povrijeđenosti, izdanosti, poniženosti jer ga je ostavila, zatim u slučajevima kada nasilnik nasiljem želi zadržati ženu u podređenom položaju i tako zadržati "muške privilegije", žudnja za uzbuđenjem kad povređuje ženu, kada se nasilje tokom vremena pojačalo u intenzitetu i učestalosti, prijetnje da će ubiti, davljenje, intenzivno uhođenje i

obrazovanje (dva predavača), jedan sudija i jedan tužilac. Cilj ovih obuka bio je jačanje međusobne saradnje između subjekata zaštite, u prvom redu, policije i pravosuđa, te postizanje jedinstvenih postupanja u oblasti nasilja u porodici. Obuku su pohađala ukupno 74 sertifikovana policijska službenika.

slično[28] – profesionalcima pomaže da razumiju zašto će nasilnik nastaviti sa zlostavljanjem žrtve, ili će pokušati da ubije ženu. Testovi za procjenu rizika od opasnosti da žena bude povrijeđena ili ubijena su veoma vrijedni. Ali kad se planiraju policijske i druge mjere zaštite žrtve jako je važno konsultovati žrtvu nasilja. Treba vrlo ozbiljno uzeti u razmatranje njenu intuiciju, slutnje i procjenu opasnosti u kojoj se nalazi, a naročito njene prijedloge ili ideje šta bi bilo najbolje uraditi kako bi joj se pružila adekvatna zaštita.

Nema sumnje da je svako krivično djelo nazvano Nasilje u porodici "priča za sebe", te da je potrebno naročito se posvetiti svakom slučaju i svaki ponovljeni put. Ovo svakako zahtijeva posebno obučene policijske službenike, ali i posebnu obučenost i drugih subjekata zaštite koji postupaju u ovim slučajevima (sudije, tužioce, pripadnike centara za socijalni rad, ljekare). Svakako je važno naglasiti i potrebu da se u budućem periodu nastoji usavršiti sam instrument za procjenu rizika u Republici Srpskoj prateći standarde i procedure, kao i standardizovane upitnike za procjenu rizika drugih zemalja koje su ovaj proces usavršile.

LITERATURA

- Bošković, D. (2009), *Nasilje u porodici,* Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminalistička istraživanja, Banja Luka.
- Čudina, M. & Obradović, J. (2006), *Psihologija braka i obitelji,* Golden marketing – tehnička knjiga, Zagreb.
- Grbić Pavlović, N. (2020), Nasilje u porodici u doba pandemije, Fridrich Ebert Stiftung, Sarajevo.
- Grbić Pavlović N. i drugi (2022), Priručnik za specijalističku obuku za rad na predmetima nasilja u porodici, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske, Banja Luka.
- Jakšić, Ž. & Kovačić L. (2000), *Socijalna medicina,* Medicinska naklada, Zagreb.
- Jovanović, S. (2010), *Pravna zaštita od nasilja u porodici*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Jovašević, D. & Mitrović, Lj. & Ikanović, V. (2021), *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srpske*, JU Službeni glasnik Republike Srpske, Banja Luka.

[28] Campbell, Jacquelyn C., Danger Assessment, https://www.dangerassessment.org/DA.aspx;

- Matijević, A. (2011), *Komparativni prikaz procjena rizika kod počinitelja nasilja u obitelji*, Policija i sigurnost, godina 20. (2011), broj 2, Zagreb.
- Mitrović, Lj. & Grbić Pavlović, N. (2011), *Zaštitne mjere iz Zakona o zaštiti od nasilja u porodici*; Pravna riječ broj 29.
- Walker L. (1979), *The Battered Woman*, Harper and Row, New York.
- Pružanje policijskih usluga, dio multisektoralnog odgovora na RZN, Standardne operativne procedure, Regionalni ured UNFPA za Istočnu Evropu i Centralnu Aziju (UNFPA EECARO), 2015, str. 5. i 6.
- OEBS BiH (2009), *Nasilje u porodici – odgovor nadležnih institucija i zaštita žrtava u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Zapažanja o primjeni Zakona o zaštiti od nasilja u porodici u praksi nadležnih institucija, Sarajevo: OSCE BiH.
- Konvencija Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji, Ured za ravnopravnost spolova Vlade Republike Hrvatske, Zagreb 2014, 68. Publikacija Konvencija Vijeća Europe o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u obitelji.pdf (gov.hr)
- Zakon o zaštiti od nasilja u porodici Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 102/2012; 108/2013; 82/2015 i 84/2019.
- Krivični zakonik Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 64/2017; 104/2018 - odluka Ustavnog suda Republike Srpske; 15/2021; 89/2021; 73/2023 i Službeni glasnik BiH, broj 9/2024 – odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.
- Pravilnik o postupku i načinu sprovođenja procjene rizika, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 126/2020.
- Campbell, Jacquelyn C., Danger Assessment, ;
- http://www.ncdsv.org/images/dangerassessment.pdf
- http://www.duluth-model.org/documents/PhyVio.pdf

Prof. Ljubinko Mitrović, Ph.D.[29]
Assoc. prof. Nikolina Grbić-Pavlović, Ph.D.[30]

RISK ASSESSMENT IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE IN THE REPUBLIC OF SRPSKA

Abstract: *Many police forces in the world use risk assessment lists in order to make the best possible assessment of the future behavior of perpetrators of domestic violence. These assessments are of significant benefit to acting police officers in order to know what steps they need to take next. It is customary to establish standardized questionnaires for risk assessments. When filling out these questionnaires, one should be extremely careful because sometimes the answers given in the questionnaire do not provide a reliable risk assessment. Risk assessment is not just filling out a standardized questionnaire, it is a process that needs to be followed, and the estimated risk managed in the coming period. The very list of questions in the questionnaire is a tool that helps the police officer make as rational a decision as possible about the measures to be taken. It is precisely for this reason that the personal professionalism of the police officer is of great importance, as he, along with the collected data, also has an insight into the current situation on the ground. After the risk assessment, what follows is the most important thing in the fight against domestic violence, which is the management of that risk, that is, the protection of the victim. The procedure and manner of conducting a risk assessment in every case of violence in the family or family community in the Republic of Srpska are regulated by the Rulebook on the procedure and manner of conducting a risk assessment. This paper will discuss the risk assessment and assessment procedure in cases of domestic violence in Republika Srpska.*

Keywords*: domestic violence, risk assessment.*

[29] Full professor at the Faculty of Legal Sciences, APEIRON Pan-European University in Banja Luka, ljubinko58@gmail.com

[30] Inspector-coordinator for specialist training, docent, Directorate for Police Education, Ministry of Internal Affairs of the Republic of Srpska, grbicpavlovic.nikolina@mup.vladars.rs

UDK 343.915-053.6:376.58
doi 10.7251/PR6924841S
Originalni naučni članak

MEĐUNARODNI STANDARDI U OBLASTI MALOLjETNIČKOG PRESTUPNIŠTVA – OBNAVLjANjE PROŠLOSTI

Prof. dr Marina M. Simović[1]
Prof. dr Miomira Kostić[2]

Apstrakt: *Autorke u radu naglašavaju značaj kontinuiranog kriminološkog, viktimološkog i penološkog posmatranja maloljetničke delinkvencije kao posebnog tipa kriminaliteta, različitog po bio-psiho-socijalnim osobinama od kriminaliteta punoljetnih lica. Osvrću se na kontekst retrospekcije međunarodnih standarda u oblasti maloljetničkog prestupništva. Ističu implementaciju tih standarda u krivično zakonodavstvo koje se odnosi na maloljetne učinioce krivičnih djela u Srbiji i zakonska rješenja iz 2005. godine. Podsjećaju i ukazuju na neophodnost izmjena nekih zakonskih rešenja koje su predlagane još 2014. godine, skoro devet godina prije tragičnih događaja u školi Ribnikar. Naglašavaju ponovno isticanje značaja i uloge porodice u razvoju odnosa odraslih i djece.*

Ključne riječi: *maloljetnička delinkvencija; međunarodni standardi; porodica; zakon.*

[1] Sekretar Ombudsmena za djecu Republike Srpske, redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Univerziteta „Apeiron" Banja Luka, e-mail: *marina.simovic@gmail.com; https://orcid.org/0009-0008-3330-4023*.

[2] Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: *kosticm@prafak.ni.ac.rs; ORCID 0000-0002-1802-7733*

1. UVODNA RAZMATRANJA[3]

U sociološko-kriminološkom smislu, maloljetnička delinkvencija se izdvaja kao poseban tip kriminaliteta, u odnosu na kriminalitet punoljetnih lica, zato što učinioce odlikuju drugačija bio-psiho-socijalna svojstva u odnosu na odrasle.[4] U kriminološkoj literaturi današnjice neophodno je pozivati se na osnovne elemente pozitivizma, ali i istorijskopravnih saznanja u posmatranju regulative krivičnopravnog položaja djece i maloljetnika kao učinilaca nedozvoljenih ponašanja. Poslednjih decenija 20. vijeka u krivičnom pravu i penologiji maloljetni delinkventi su se sagledavali kao osobe koje su svojim ponašanjem učinile štetu zajednici, a ne kao osobe koje su izvršile krivično djelo. Otuda dva modela utkana, dominantno ili eklektički, u regulsianje njihovog krivičnopravnog i krivičnoprocesnog položaja. Jedan je „zaštitnički model", koji je bio kritikovan zbog arbitrarnosti i nepostojanja pravne sigurnosti i pravičnosti, a koncept socijalne zaštite zbog neograničene moći države u određivanju interesa maloljetnih prestupnika. Kritičari „zaštitničkog modela" istakli su potrebu ustanovljavanja novog modela u sistemu krivičnopravne odgovornosti maloljetnika. Taj alternativni, drugi model dobio je naziv „model pravičnosti" (justice model). Primjena ovog modela omogućava humanizaciju krivičnopravnog tretmana prema maloljetnim delinkventima, zadovoljenje standarda u zaštiti prava maloljetnih delinkvenata kao osnovnih ljudskih prava i ostvarenje najvećeg stepena socijalnog staranja i zaštite ličnosti maloljetnika.

U međunarodnim dokumentima postavljeni su najveći standardi koje međunarodna zajednica zahtijeva od nacionalnih zakonodavstava u pogledu organizacije krivičnog pravosuđa za maloljetnike, specijalizacije maloljetničkog sudstva, prednosti primjene diverzionih postupaka, vaninstitucionalnog tretmana i mjera socijalne zaštite nad krivičnopravnim mjerama.[5]

Pitanje formulisano dilemom o tome „kako zaštiti i zajednicu i najmlađe kada maloljetnici počine najteža krivična djela u Srbiji",[6] u stvari vraća po-

---

[3] Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija, prema Ugovoru evidencioni broj 451-03-65/2024-03/200120 od 5. februara 2024. godine.

[4] Vidi Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2012). *Kriminologija*, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, str. 219-228.

[5] Vidi Konstantinović Vilić, S., Kostić, M. (2011). *Penologija*, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, str. 275-293.

[6] Milica Radenković Jeremić, Deca i krivična odgovornost: Kako zaštiti i zajednicu i najmlađe kada maloletnici počine najteža krivična dela u Srbiji, BBC NEWS na srpskom,

zornost na uzročno-posljedični odnos djece i njihove krivične odgovornosti, da li je ustanovljavati na način koji će neposredno, zakonski, sniziti funkcionalnu granicu krivične odgovornosti, ustanovljenu objektivnim uzrasnim mjerilom: od četrnaest na dvanaest godina ili - još niže. Ovaj rad stoga ima za cilj da ukaže na rješenja koja postoje u međunarodnom pravu i čije su norme implementirane u srpsko krivično zakonodavstvo, kao i u zakonodavstvo socijalne zaštite. Osnovni metodi su istorijskopravni i normativni.

2. KONTEKST RETROSPEKCIJE MEĐUNARODNIH STANDARDA U OBLASTI MALOLJETNIČKOG PRESTUPNIŠTVA

Međunarodni dokumenenti sadrže relevantne norme koje predstavljaju polaznu osnovu za definisanje pravosudnog sistema za maloljetnike i standarde u oblasti maloljetničkog prestupništva. Na taj način se određuje politički minimum koje nacionalna zakonodavstva treba da ispune u pogledu uslova pod kojima se maloljetni prestupnici lišavaju slobode, zabrane smrtne kazne i doživotnog zatvora za maloljetnike, poštovanja osnovnih ljudskih prava prilikom izvršenja izrečene kazne ili primjene vaspitnih mjera radi „reintegracije" mladih u sukobu sa zakonom u društvenu zajednicu.

Najznačajniji međunarodni dokumenti (konvencije, sporazumi), obavezujući za zemlje koje su ih ratifikovale i zvanično objavile i neobavezujući (deklaracije, smjernice, pravila), koji su objavljeni na međunarodnom forumu, ali nisu formalno obavezni u pogledu primene, su[7]: Standardna minimalna pravila o postupanju sa zatvorenicima, donijeta na Prvom kongresu UN o prevenciji kriminaliteta i postupanju sa delinkventima u Ženevi (1955)[8]; Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR[9], 1966)[10]; Kon-

21 septembar 2023, *https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-66547269*, pristup: 5.3.2024.

[7] Vidi takođe: Stevanović, I. Prava deteta i reforma maloletničkog krivičnog pravosuđa u Republici Srbiji, IKSI, 317-332. *http://institutecsr.iksi.ac.rs/278/1/ivana%20stevanovic%20%282%29.pdf,* pristup: 5.3.2024.

[8] *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977, *http:// www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoners.htm.*

[9] *International Covenant on Civil and Political Rights*.

[10] Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ*, broj 7/71

vencija UN o pravima djeteta (CRC[11], 1989)[12]; Standardna minimalna pravila UN za maloljetničko pravosuđe - Pekinška pravila (1985)[13]; Smjernice UN za prevenciju maloljetničke delinkvencije - Rijadske smernice (1990)[14]; Pravila UN za zaštitu maloljetnika lišenih slobode - JDL pravila (1990)[15] i Standardna minimalna pravila UN za alternativne kaznene mjere – Tokijska pravila (1990).[16]

Standardna minimalna pravila o postupanju sa zatvorenicima postavila su princip razdvajanja „mladih zatvorenika" od odraslih u zatvorskim uslovima i razdvajanja maloljetnih i punoljetnih pritvorenih i osuđenih zatvorenika. *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravimam* zabranjuje izricanje smrtne kazne osobama proglašenim krivim za zločin izvršen kada su bili mlađi od 18 godina i sadrži odredbu (član 14.4.) da će sudski postupak prema maloljetnoj osobi biti takav „da će se uzeti u obzir njen uzrast i želja za unapređivanjem njene rehabilitacije".

2.1. Konvencija UN o pravima djeteta

Konvencija UN o pravima djeteta je objedinila Pekinška pravila i Rijadske smjernice. Ona je obavezujući dokument za zemlje potpisnice za razliku od smjernica i preporuka koje to nisu. Najznačajniji članovi Konvencije koji se odnose na djecu i maloljetnike, u okviru krivičnog pravosuđa, su čl. 37., 39. i 40.

Član 37. Konvencija sadrži odredbe kojima se dijete štiti od mučenja, drugog okrutnog ili ponižavajućeg postupka ili kazne, primjene smrtne kazne

[11] *Convention on the Rights of the Child*.

[12] Zakon o ratifikaciji Konvencije UN-a o pravima djeteta*, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 11/81

[13] Usvojena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 40/33 od 29. novembra 1985. godine (A/Rezol/40/33).

[14] Usvojene rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 45/112 od 14. decembra 1990. godine(A/Rezol/45/112).

[15] Pravila o zaštiti maloljetnika lišenih slobode, usvojena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 45/113 od 14. decembra 1990. godine (A/Rezol/45/113, 14. decembar 1990).

[16] Usvojena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 45/100 od 14. decembra 1990. godine (A/Rezol/45/110). Ova pravila promovišu alternativne sankcije umjesto institucionalnih mjera za maloljetnike u sukobu sa zakonom. Njihov cilj je veća uključenost lokalne zajednice u primjeni krivičnog zakonodavstva, posebno u postupanju prema počiniocima i unapređenju njihove odgovornosti prema društvu.

i kazne doživotnog zatvora, bez mogućnosti pomilovanja i nezakonitog ili svojevoljnog lišenja slobode. Pored toga, predviđeni su uslovi hapšenja, zadržavanja u pritvoru ili zatvaranja; naglašeno je da se ove mjere mogu primjenjivati samo u skladu sa zakonom, kao poslednja moguća mjera i za najkraći vremenski period. Ovim članom se djetetu lišenom slobode garantuje: humano postupanje uvažavanje njegovih potreba u skladu sa uzrastom, odvajanje od odraslih lica, održavanje kontakta sa porodicom i pristup pravnoj i drugoj odgovarajućoj pomoći.

Odredbe člana 39. Konvencije o pravima djeteta odnose se na djecu koja su bile žrtve različitih oblika uznemiravanja, iskorišćavanja, zlostavljanja, mučenja ili bilo kog drugog oblika okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja ili oružanog sukoba. Prema Konvenciji, države ugovornice su obavezne da preduzmu sve mere kojima bi se podsticao fizički i psihički oporavak i društvena reintegracija djece žrtava navedenih postupaka u uslovima koji podstiču zdravlje, samopoštovanje i dostojanstvo djeteta. Primjena ovih odredaba doprinijela bi boljoj zaštiti djece – žrtava, na primjer, okrutnog i neprofesionalnog ponašanja policijskih službenika, osoblja ustanova za izvršenje kazne ili vaspitne mjere, neadekvatnog postupanja u krivičnom postupku i sl.

Konvencija o pravima djeteta (član 40.) propisuje minimalne standarde za postupanje sa djecom koja dođu u kontakt sa sistemom krivičnog pravosuđa. To su slučajevi kada dijete bude osumnjičeno, optuženo ili proglašeno krivim za one radnje koje su u krivičnom zakonu propisane kao krivično djelo. Opšta odredba polazi od toga da pri tretmanu djeteta u sukobu sa zakonom treba poći od toga da je „poželjno unapređivanje djeteta i njegovo preuzimanje konstruktivne uloge u društvu" (član 40. stav 1. Konvencije). Minimalni uslovi, koje u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu države ugovornice moraju predvidjeti su: a) nijedno dijete neće biti osumnjičeno, optuženo, odnosno proglašeno krivim za krivično djelo koje u trenutku izvršenja nije bilo predviđeno krivičnim zakonom kao takvo, b) svako dijete osumnjičeno ili optuženo za izvršeno krivično djelo ima najmanje sljedeće garancije:

- da se smatra nevinim dok se ne dokaže suprotno u skladu sa zakonom;
- da bude odmah i jasno upoznato o tome za šta se tereti, ukoliko je to prikladno, preko roditelja ili zakonskih staratelja i da mu bude obezbijeđena potrebna pravna i druga pomoć u pripremi i prezentaciji svoje odbrane;
- da se bez odlaganja slučaj maloljetnika uzme u razmatranje od strane odgovarajućeg, nadležnog i samostalnog organa ili sudskog organa u poštenom postupku u skladu sa zakonskim propisima, uz obezbjeđivanje pravne

ili druge odgovarajuće pomoći i, ukoliko to ne bi bilo protiv interesa djeteta, uzimajući u obzir njegov uzrast ili situaciju, prisustvo roditelja ili zakonskog staratelja;

- da ne bude prisiljeno da svjedoči ili da prizna krivicu, da ono ispita ili da budu ispitani svjedoci druge strane i da se obezbijedi učešće i saslušanje njegovih svjedoka pod jednakim uslovima;
- da, ukoliko se smatra da je prekršilo krivični zakon, takvu odluku i svaku dosuđenu mjeru koja iz tog proizilazi, ponovo razmatra viši, nadležan, nezavisan i nepristrasan organ ili sudsko tijelo u skladu sa zakonom;
- da ima besplatnu pomoć prevodioca ukoliko dijete ne može da razumije ili ne govori jezik koji se koristi;
- da se poštuje njegova privatnost u svim fazama postupka.

Konvencija o pravima djeteta propisuje (član 40. stav 3.) da strane ugovornice imaju obavezu da podstiču stvaranje zakona, postupaka, organa i ustanova koji se izričito odnose na djecu i bave djecom koja su osumnjičena, optužena ili za koju je utvrđeno da su prekršila zakon. Konvencijom je takođe predviđeno da je u krivičnom zakonodavstvu neophodno utvrditi najnižu starosnu granicu ispod koje djeca ne bi mogla biti smatrana sposobnom za kršenje krivičnog zakona. U skladu sa Konvencijom, Zakon o maloljetnim učiniocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloljetnih lica Republike Srbije predviđa da se licu koje nije navršilo četrnaest godina ne mogu izreći krivične sankcije niti primijeniti druge mjere koje zakon predviđa, da je maloljetnik lice koje je u vrijeme izvršenja krivičnog djela navršilo četrnaest, a nije navršilo osamnaest godina i da se maloljetnicima za učinjena krivična dela mogu izreći vaspitne mjere, kazna maloletničkog zatvora i mjere bezbjednosti (čl. 2., 3. i 9. ovog zakona).

Prilikom odlučivanja o merama koje će biti primijenjene, Konvencija o pravima djeteta daje prioritet postupanju izvan sudskog postupka, s tim da u potpunosti budu poštovana ljudska prava i zakonska zaštita (član 40. stav 3.). Osim toga, navodi se veliki broj mjera, kao što su: briga, usmjeravanje, nadzor, pravna pomoć, uslovno kažnjavanje, prihvat, obrazovanje, program stručne obuke i druge alternative institucionalnoj brizi, koje mogu biti primijenjene kako bi se obezbijedilo da se sa djecom postupa na način koji odgovara njihovoj dobrobiti i koji je srazmjeran kako okolnostima, tako i učinjenom djelu (član 40. stav 4. Konvencije).

2.2. Standardna minimalna pravila UN za maloljetničko pravosuđe tzv. Pekinška pravila[17]

Ova pravila su usvojena od strane Ujedinjenih nacija 1985. godine (koja je bila proglašena za Međunarodnu godinu mladih) i djeluju unutar okvira dva skupa pravila koja upravljaju pravosudnim sistemom za maloljetne prestupnike: Smjernica za prevenciju maloljetničke delinkvencije UN ili smjernica iz Rijada i Pravila UN za zaštitu maloljetnika lišenih slobode ili JDL pravila. Pravila su preporučljiva i nisu obavezujuća, ali, neki od principa izraženih u Pravilima, obuhvaćeni su Konvencijom o pravima djeteta i time su dobila obavezujuću snagu.[18] Značaj Pekinških pravila je u tome što ona daju smjernice potrebne za uspostavljanje i razvoj zasebnih i specijalizovanih pravosudnih sistema za maloljetnike. Pravila su podijeljena na šest dijelova: opšti principi; istraga i tužba; izricanje presude i odluka; neinstitucionalni tretman; institucionalni tretman; istraživanje, planiranje, formulisanje politike i procjena.[19]

2.3. Smjernice Ujedinjenih nacija za prevenciju maloljetničke delinkvencije (Rijadske smjernice)

Generalna skupština UN je na plenarnom zasjedanju održanom 14. decembra 1990. godine donijela Smjernice za prevenciju maloljetničke delinkvencije, tzv. Rijadske smjernice. Pored osnovnih principa, Smjernice sadrže sljedeće dijelove: domašaj Smjernica, opšta prevencija, procesi socijalizacije (porodica, obrazovanje, zajednica, mediji), socijalna politika, zakonodavstvo i maloljetničko pravosuđe, istraživanja, razvojna politika i saradnja.

U Smjernicama se ističe da je sprječavanje maloljetničke delinkvencije ključni dio za sprječavanje kriminaliteta u društvu. U tom smislu, treba da bude priznata potreba i važnost napredne preventivne politike za sprječavanje delinkvencije, kao i sistematsko proučavanje i detaljno razrađivanje mjera na tom planu. Dijete ne treba da bude kriminalizovano i kažnjavano zbog pona-

[17] *Odabrani međunarodni instrumenti u oblasti prava djeteta,* Jugoslovenski centar za prava djeteta, Beograd, 1999., str. 55. i *Međunarodni instrumenti u oblasti rada sa djecom u sukobu sa zakonom,* materijal sa Simpozijuma o maloljetničkom prestupništvu u BiH, Jahorina 29. i 30. oktobra 2003. godine.

[18] Član 40 Konvencije o pravima djeteta predstavlja sažetu verziju Pekinških pravila, jer sadrži skoro sve osnovne principe navedene u Pekinškim pravilima.

[19] Vidjeti detaljno: Konstantinović Vilić, S., Kostić, M., op. cit., str. 284-287.

šanja koje ne izaziva ozbiljnije štete po razvoj djeteta ili negativne posljedice po druge. U žiži svakog preventivnog programa treba da bude dobrobit mladih - počev od njihovog ranog djetinjstva pa nadalje.

Prema jednom od bitnih stavova postavljenih u Smjernicama, koji se odnosi na preddelinkventno ponašanje maloljetnika, „mladalačko ponašanje ili postupci koji nisu u skladu sa sveukupnim društvenim normama i vrijednostima, često su dio sazrevanja i procesa odrastanja, što se spontano gubi kod većine pojedinaca kada pređu u doba zrelosti". Veliki broj maloljetnika ponaša se bar jednom devijantno prije izvršenja krivičnog djela, ali se takvo ponašanje ne prijavljuje i ne otkriva. Međutim, kada se otkrije, u interesu je i zajednice i izvršioca, da društvo na takvo ponašanje reaguje i da pokuša da mladu osobu odvrati od kriminaliteta. Reagovanje na maloljetničku delinkvenciju ima nekoliko ciljeva: da podstiče proces promjene ponašanja pomažući maloljetniku da se osjeti odgovornim za svoja djela i shvati njihov uticaj na druge; da njeguje integrisanje, a ne otuđivanje; da izbjegava uključivanje formalnog sudskog sistema i kažnjavanje lišavanjem slobode.

Preventivna politika i mjere koje se primjenjuju, prema tekstu Smjernica, treba da obuhvate:

- stvaranje mogućnosti za obrazovanje, koje odgovaraju potrebama mladih i služe kao mehanizam podrške obezbjeđivanju razvoja njihove ličnosti, posebno onih maloljetnika kojima je potrebna specijalna društvena briga i zaštita
- specijalizovanu filozofiju i pristup sprječavanju delinkvencije, koji su zasnovani na zakonima, procesima, institucijama, sredstvima i mreži za pružanje usluga, usmjerenim na smanjivanje motivacije, potreba i mogućnosti za izvršavanje prestupa,
- zvanično reagovanje koje je u opštem interesu mlade osobe i koje se rukovodi pravičnošću i pravednošću,
- obezbeđivanje dobrobiti, razvoja, prava i interesa svih mladih,
- uvažavanje činjenice da je mladalačko ponašanje ili djelovanje, koje nije u skladu sa opštim društvenim normama i vrijednostima, često dio procesa sazrevanja i odrastanja i ima tendenciju da spontano nestane kod najvećeg broja pojedinaca, njihovom evolucijom u odrasle osobe,
- svijest da prema preovlađujućem mišljenju stručnjaka obilježavanje mlade osobe kao „devijantne", „delinkventne" ili „preddelinkventne" često doprinosi stvaranju utvrđenog obrasca nepoželjnog ponašanja mladih.

U dijelu Smjernica „Socijalna politika" naglašava se, pored ostalog, da smještaj mladih u institucije treba da bude poslednja mjera i da se primjenju-

je u minimalnom neophodnom trajanju i u interesu mladih. Kriterijumi koji opravdavaju formalnu intervenciju tog tipa treba da budu striktno definisani i ograničeni na sljedeće situacije:

- kada su roditelji ili staratelji naškodili djetetu ili mladoj osobi;
- kada su roditelji ili staratelji seksualno, fizički ili emotivno zlostavljali dijete ili mladu osobu;
- kada su roditelji ili staratelji zapostavili, napustili ili eksploatisali dijete ili mladu osobu;
- kada zbog ponašanja roditelja ili staratelja djetetu ili mladoj osobi prijeti fizička ili moralna opasnost;
- kada se ozbiljna fizička ili psihološka opasnost za dijete ili mladu osobu ispoljila u njegovom ili njenom ponašanju, a ni roditelji, ni staratelji, ni sama maloljetna osoba, niti društvene službe vanboravišnog karaktera ne mogu da otklone tu opasnost sredstvima drugačijim od smještanja u instituciju.

Dio Smjernica, koji se odnosi na zakonodavstvo i maloljetničko pravosuđe (čl. 52-59.), utvrđuje neophodnost donošenja i sprovođenja zakona kojima se sprječava viktimizacija, zlostavljanje, eksploatacija i korišćenje djece i mladih za kriminalne aktivnosti. I ovdje se, kao i u Pekinškim pravilima, ističe da nijedno dijete ili mlada osoba ne treba da bude podvrgnuta surovim ili degradirajućim vaspitnim ili kaznenim mjerama kod kuće, u školi ili bilo kojoj drugoj instituciji. Da bi se spriječila stigmatizacija, viktimizacija i kriminalizacija mladih, potrebno je, prema tekstu Smjernica, usvojiti zakone koji bi obezbijedili da se ne smatra prestupom nijedan postupak mlade osobe koji ne bi bio smatran prestupom ili ne bi bio kažnjiv - ako ga izvrši odrasla osoba.

Posebno je važno da Smjernice predviđaju mogućnost stvaranja ombudsmana ili sličnog nezavisnog organa, koji bi obazbijedio da se štite status, prava i interesi mladih, kao i da se ta pitanja prosljeđuju odgovarajućim postojećim službama. Ombudsman ili drugi za to određeni organ nadgledao bi primjenu Rijadskih smjernica i Pekinških pravila, objavljivao bi izvještaj o postignutom napretku i teškoćama u primeni ovog instrumenta. Pored ombudsmana, treba da bude ustanovljena služba za zastupanje djece.

2.4. Pravila Ujedinjenih nacija o zaštiti maloljetnika lišenih slobode

Ova pravila donijeta su rezolucijom UN 45/113 od 14. decembra 1990. godine. Ustanovljena su, prije svega, sa ciljem da utiču na smanjenje štetnih posljedica koje mogu nastati u slučajevima lišavanja slobode maloljetnika

i namijenjena uspostavljanju minimalnih standarda radi suzbijanja štetnih efekata svih tipova lišavanja slobode i njegovanju integracije maloljetnika u društvo. Pravila bi trebalo inkorporisati u nacionalno zakonodavstvo i ona bi trebalo da posluže kao smjernice svim profesionalcima uključenim u pravosudni sistem za maloljetne prestupnike.[20]

2.5. Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za alternativne kaznene mjere ili Tokijska pravila

Ova pravila su usvojena rezolucijom Generalne skupštine 45/110 od 14. decembra 1990. godine. Pravilima se promoviše upotreba nezavodskih ili alternativnih kaznenih mjera, kao minimalne pravne zaštite za osobe kojima se izriču mjere alternativne zatvaranju. Namjena pravila je da se društvena zajednica više uključi u upravljanje krivičnim pravosuđem, a posebno u tretman prestupnika, kao i da se među prestupnicima promoviše osjećaj odgovornosti prema društvu. Primjena Pravila je predviđena za sve osobe koje su predmet gonjenja, suđenja ili izvršenja presude i za koje se koristi termin „prestupnici"

Pravila će se primjenjivati bez ikakve diskriminacije na osnovu rase, boje, pola, dobi, jezika, vjeroispovijesti, političkog i drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porijekla, imovinskog stanja, mjesta rođenja ili drugog statusa.

U pogledu broja alternativnih mjera, Pravila naglašavaju da sistem krivičnog pravosuđa treba da obezbijedi primjenu širokog spektra alternativnih kaznenih mjera, od faze prije suđenja do faze poslije izricanja presude. Primjena alternativnih kaznenih mjera, koje nameću obavezu prestupniku, uslovljena je njegovim pristankom. U toku primjene alternativnih kaznenih mjera u potpunosti će biti ispoštovano pravo prestupnika na privatnost, kao i pravo na privatnost njegove porodice. Osim toga, strogo povjerljiva će biti i lična evidencija o prestupniku, koja se može staviti na uvid samo osobama kojih se direktno tiče odlučivanje o prestupnikovom slučaju ili drugim ovlašćnim osobama.

Dio Pravila koji reguliše „Fazu prije suđenja" predviđa mogućnost da u periodu prije suđenja policija, služba gonjenja ili druge agencije koje se bave krivičnim slučajevima mogu da oslobode prestupnika ukoliko budu smatrale da nije potrebno dalje nastaviti sa slučajem radi zaštite društva, prevencije kriminala ili poštovanja zakona i prava žrtava. Tužilac može u lakšim

[20] Vidjeti detaljno, na primjer, Konstantinović Vilić, S., Kostić, M., op. cit., str. 289-292.

slučajevima izreći odgovarajuće alternativne kaznene mjere. Kao i u drugim dokumentima, i u ovom je predviđeno „izbjegavanje pritvora prije suđenja", odnosno izričito je navedeno da u krivičnim postupcima pritvor prije suđenja može biti primijenjen samo kao poslednja mjera, uz dužnu pažnju prema istrazi navednog prestupa i radi zaštite društva i žrtve. Ukoliko bude određen pritvor prije suđenja, on treba da traje što je moguće kraće, a alternative pritvoru će biti upotrijebljene u što ranijoj fazi.

U dijelu Pravila pod naslovom „Faza suđenja i izricanja presude" navedeno je, pored ostalog, da sud treba da pribavi izvještaj o socijalnom statusu koji sadrži: socijalne podatke o prestupniku; vrstu poslednjeg izvršenog i ranije izvršenih prestupa i informacije i preporuke relevantne za odlučivanje o presudi. Takođe je predviđeno da sudski organ, imajući na raspolaganju nekoliko alternativnih kaznenih mjera, treba u fazi donošenja odluke da uzme u obzir potrebe prestupnika za rehabilitacijom, zaštitu društva i interese žrtve. U ovom dijelu predviđene su alternativne mjere koje organ koji donosi presudu, može odrediti: (a) opomena, ukor, upozorenje (usmene sankcije), (b) uslovno puštanje na slobodu, (c) statusne kazne, (d) ekonomske sankcije i novčane kazne (globe i dnevne globe), (e) zapljenjivanje ili nalog o oduzimanju, (f) odšteta žrtvi ili nalog o kompenzaciji; (g) uslovna ili odložena kazna, (h) uslovna osuda i sudski nadzor, (i) nalog o radu u zajednici, (j) upućivanje u disciplinski dnevni centar, (k) kućni pritvor, (l) bilo koji drugi oblik neinstitucionalnog tretmana, (m) neke kombinacije navedenih mjera.

Pravila predviđaju da odluka poslije izricanja presude može uključivati: odsustvo ili upućivanje u poluotvorene ustanove, otpust zbog rada ili obrazovanja, različite oblike uslovne osude, smanjenje zatvorske kazne i pomilovanje. Nad sprovođenjem alternativnih mjera treba da se vrši nadzor čija je svrha smanjenje mogućnosti da se ponovo izvrši prestup i pomaganje prestupniku pri društvenoj integraciji. U svakom slučaju, prestupnicima treba pružiti psihološku, društvenu i materijalnu pomoć i priliku da ojačaju veze sa zajednicom i njihovu reintegraciju u društvo. Kada je u pitanju trajanje alternativnih kaznenih mjera, Pravila utvrđuju da se neće prekoračiti period koji je ustanovio nadležni organ u skladu sa zakonom i da se može donijeti odluka o ranom okončanju mjere - ukoliko je prestupnik na mjeru povoljno reagovao.

Pravila dalje regulišu: proces tretmana, disciplinu i kršenje uslova, osoblje, učešće javnosti kroz rad volontera i korišćenje drugih resursa u zajednici i istraživanje, planiranje, izradu politike i evaluaciju.

Proces tretmana, kako Pravila predviđaju, odvija se kroz rad na slučaju, grupni tretman, razne programe i specijalizovani tretman različitih kategorija

prestupnika. Kakav će biti tretman, zavisi od mnogih okolnosti, prije svega, od toga kakva je prošlost prestupnika, njegova ličnost, sklonosti, inteligencija, vrijednosti i posebno okolnosti koje su dovele do prestupa. Tretman sprovode stručnjaci sa odgovarajućim obrazovanjem i praktičnim iskustvom, a za svakog prestupnika se otvara dosije koji vodi nadležni organ.

U okviru Pravila postoje odredbe o postupanju nadležnih organa u slučaju nepoštovanja primijenjenih alternativnih mjera. Ukoliko prestupnik prekrši uslove koje treba da poštuje u okviru primijenjene alternativne mjere, može doći do izmjene ili povlačenja alternativne kaznene mjere. U tom slučaju, nadležni organ može ustanoviti neku drugu alternativnu mjeru, što znači da nije neminovna zamjena alternativne mjere kaznom zatvora. Zatvorska kazna se može izreći samo u nedostatku drugih odgovarajućih alternativa. Ukoliko nadležni organ pod zakonom određenim uslovima izmijeni ili povuče alternativnu mjeru, prestupnik ima pravo žalbe sudskom ili drugom nezavisnom nadležnom organu.

Prilikom sprovođenja svih oblika tretmana prema maloljetnim prestupnicima neophodno je da osoblje, koje dolazi u kontakt sa maloljetnikom i primjenjuje tretman, bude obrazovano na odgovarajući način i da ima praktično iskustvo. Zbog toga, Pravila u nekoliko odredbi razrađuju stručnost, kvalifikaciju i obuku osoblja koje primjenjuje alternativne kaznene mjere. Veoma je važno da se stalno unaprjeđuje znanje i razvijaju stručne sposobnosti obukom na radnom mjestu i kursevima obnove znanja.

S obzirom na to da je primjena alternativnih kaznenih mjera povezana sa učešćem odgovarajućih resursa u društvenoj zajednici, u Pravilima se ističe da je učešće javnosti jedan od najvažnijih faktora u poboljšanju veze između prestupnika sa porodicom i zajednicom. Zbog toga je, kako se ističe u Pravilima, neophodno: stalno podsticati vladine agencije, privatni sektor i širu javnost na podržavanje volonterskih organizacija koje promovišu primjenu alternativnih kaznenih mjera; redovno organizovati konferencije, simpozijume i druge aktivnosti da bi se stimulisala svijest o potrebi za učešćem javnosti u primjeni alternativnih kaznenih mjera i korišćenje svih sredstava javnog informisanja u kreiranju konstruktivnog stava prema primjeni alternativnih kaznenih mjera.

Širenje primene alternativnih kaznenih mjera moguće je jedino ukoliko se redovno istražuje problem, analiziraju podaci i uspostavljaju veze između službi odgovornih za alternativne kaznene mjere i drugih grana u sistemu krivičnog pravosuđa. Poslednji dio Pravila upravo se odnosi na istraživanje, izradu politike i razvoj programa, kao i uspostavljanje veza sa relevantnim

agencijama i aktivnostima. Značajno je takođe pomenuti i međunarodnu saradnju koja je, prema tekstu Pravila, neophodna i značajna i sastoji se u promovisanju saradnje na polju istraživanja, obuke, tehničke pomoći i razmjene informacija među zemljama članicama, kroz tijela UN za prevenciju kriminaiteta i tretman prestupnika, uz blisku saradnju Ogranka za prevenciju kriminaliteta i krivično pravosuđe Centra za društveni razvoj i humanitarne poslove Sekreterijata Ujedinjenih nacija.

3. ZAKON O MALOLJETNICIMA REPUBLIKE SRBIJE – PRIMJER DOBRE IMPLEMENTACIJE MEĐUNARODNIH PRAVILA

U krivičnopravnim propisima Republike Srbije, koja je ratifikovala Konvenciju o pravima djeteta, u potpunosti su implementirani navedeni članovi Konvencije. U Republici Srbiji je od 1. januara 2006. godine počeo da se primjenjuje novi, poseban Zakon o maloljetnim učiniocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloljetnih lica (u daljem tekstu: Zakon o maloljetnicima)[21] čije se odredbe odnose na materijalno krivično pravo, organe koji ga primjenjuju, krivični postupak i izvršenje krivičnih sankcija prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela, kao i na zaštitu djece i maloljetnika kao oštećenih u krivičnom postupku.

Iz krivičnopravnih odredbi o maloljetnicima, sadržanih u Zakonu o maloljetnicima (čl. 5 – 9.), proizilazi da se prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela mogu primijeniti: jedan ili više vaspitnih naloga, vaspitne mjere, kazna zatvora i mjere bezbjednosti predviđene čl. 79. Krivičnog zakonika, osim zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti. Ove odredbe zakona pokazuju da je prema maloljetnicima potpuno isključena primjena smrtne kazne ili doživotnog zatvora. Izričito je predviđeno da organ unutrašnjih poslova ne može zadržati maloljetnika radi prikupljanja obavještenja ili saslušavanja, što znači da maloljetnik ne može biti u tzv. policijskom pritvoru. Kada od maloljetnika prikuplja obavještenja, policajac za maloljetnike (lice koje je steklo posebna znanja iz oblasti prava djeteta i prestupništva mladih) mora to učiniti u prisustvu roditelja, usvojioca, odnosno staraoca maloljetnika (čl. 61. i 60.). U pogledu pritvora, kada je pokrenut sudski postupak prema maloljetniku, član 67. izričito predviđa da se pritvor može samo izuzetno odrediti.

[21] *Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 85, od 6. oktobra 2005. godine.

U članu 48. stav 2. Zakona o maloljetnicima predviđeno je da pri preduzimanju radnji kojima prisustvuje maloljetnik, a naročito pri njegovom saslušanju, učesnici u postupku su dužni da obazrivo postupaju, vodeći računa o zrelosti, drugim ličnim svojstvima i zaštiti privatnosti maloljetnika, kako vođenje krivičnog postupka ne bi štetno uticalo na njegov razvoj. Obazrivo i humano postupanje prema maloljetniku predviđeno je i u fazi izvršenja krivičnih sankcija. U članu 89. Zakona o maloljetnicima naglašava se da u toku izvršenja krivičnih sankcija prema maloljetniku treba postupati na način koji odgovara njegovom uzrastu, stepenu zrelosti i drugim svojstvima ličnosti, uz poštovanje dostojanstva ličnosti maloljetnika, podsticanja njegovog cjelovitog razvoja i učešća u sopstvenoj resocijalizaciji, pridržavajući se savremenih pedagoških, psiholoških i penoloških znanja i iskustava.

Pristup pravnoj i drugoj odgovarajućoj pomoći garantovan je maloljetnim izvršiocima krivičnih djela na taj način što je predviđeno da maloljetnik mora imati branioca prilikom prvog saslušanja, kao i tokom čitavog postupka (član 49.) i da protiv presude kojom je maloljetniku izrečena kazna maloljetničkog zatvora, protiv rješenja kojim je maloljetniku izrečena vaspitna mjera i protiv rješenja o obustavi postupka iz člana 78. stav 2., mogu izjaviti žalbu sva lica koja imaju pravo na žalbu protiv presude u smislu člana 364. Zakonika o krivičnom postupku u roku od osam dana od dana prijema presude, odnosno rješenja.

Treba takođe naglasiti da se, u skladu sa međunarodnim propisima, posebno naglašava hitnost postupka koji se vodi prema maloljetnim izvršiocima krivičnih djela. Član 56. propisuje da su organi koji učestvuju u postupku prema maloljetniku, kao i drugi organi i ustanove od kojih se traže obavještenja, izvještaji ili mišljenja, dužni da postupaju najhitnije kako bi se postupak što prije završio.

Istražni sudija može odrediti da se maloljetnik stavi u pritvor ako postoje razlozi iz člana 142. stav 2. Zakonika o krivičnom postupku samo ako se svrha radi čijeg je ostvarenja pritvor određen - ne može postići mjerom privremenog smještaja maloljetnika. Trajanje pritvora je vremenski ograničeno: na osnovu rješenja o pritvoru koje je donio sudija za maloljetnike pritvor može u pripremnom postupku trajati najduže mjesec dana, a vijeće za maloljetnike može, iz opravdanih razloga, produžiti pritvor najduže za još mjesec dana. Poslije završetka pripremnog postupka, pritvor prema starijem maloljetniku može trajati najduže do šest mjeseci, a prema mlađem maloljetniku najduže četiri mjeseca. Od izricanja vaspitne mjere upućivanja u vaspitno-popravni dom i od izricanja kazne maloljetničkog zatvora pritvor prema maloljetniku može trajati najduže šest mjeseci. Osim toga, kada se maloljetnik dovodi u smislu člana 135. Zakonika o krivičnom postupku, ovu mjeru sprovode služ-

bena lica organa unutrašnjih poslova u civilnoj odjeći, vodeći računa da to čine na neupadljiv način.

„Svi odrasli su nekada bili djeca ... ali samo malo njih se toga sjeća“, riječi su Antoine de Saint-Exupéry[22] iz njegovog romana, pod originalnim naslovom *Le Petit Prince*[23] objavljenom davne 1943. godine u Njujorku. Zanimljivo je, spram nomotehničke prakse i principa u odnosu na druge zakonske tekstove iz oblasti krivičnog prava, da Zakon o maloljetnicima nikada, od 2005. godine, nije mijenjan, niti dopunjavan. U stvari, nameće se kao osnovano da je praksa dobrog normiranja pokazatelj primjene ovog zakona sa podzakonskim aktima, a da se do sada jedino postavilo pitanje dosljednosti sprovođenja svih normi zakona (izricanje i izvršenje vaspitnih naloga, na primjer).

Zanimljivo je posmatrati proces predlaganja izmjena i dopuna Zakona o maloljetnicima, čak devet godina unazad, prije tragičnog događaja u Ribnikaru.[24] U *on line* izdanju dnevnog lista Politika, od ponedeljka 23. juna 2014. godine objavljen je napis nakon savjetovanja pravnika na Tari pod nazivom: „Sprema se novi zakon o maloljetnicima“.[25] U napisu se navodi da je Ministarstvo pravde „formiralo radnu grupu koja je napisala radnu verziju novog zakona, a prvo što je promijenjeno jeste njegov naziv: Zakon o maloljetnim učiniocima krivičnih djela i zaštiti maloljetnih lica u krivičnom postupku – umjesto sadašnjeg naziva Zakon o maloljetnim učiniocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloljetnih lica. Novi zakon predviđa da se za lakša krivična djela, zaprijećena kaznom zatvora do pet godina ili novčanom kaznom, ne pokreće krivični postupak, već da i javni tužioci i sudije odmah pokušaju s primjenom vaspitnog naloga. Uz to, navedene su i novine/unaprjeđenje rješenja iz 2005. godine, radi preventivnog djelovanja, u specijalnom i generalnom smislu - smanjenja rastućeg obima maloljetničke delinkvencije

[22] Antoine Marie Jean-Baptiste Roger, Vicomte de Saint-Exupéry (1900 – 1944.), poznat jednostavno kao Antoine de Saint-Exupéry, dobitnik je nekoliko prestižnih književnih nagrada za svoju novelu Mali princ (Le Petit Prince) i za lirske spise, uključujući *Wind, Sand and Stars i Night Flight* (*Vol de nuit*).

[23] Roman prati mladog princa koji posjećuje različite planete, uključujući Zemlju i bavi se temama usamljenosti, prijateljstva, ljubavi i gubitka. Uprkos svom stilu kao knjige za decu, *the Little Prince* daje zapažanja o životu, odraslima i ljudskoj prirodi.

[24] Višestruko ubistvo u Oglednoj osnovnoj školi „Vladislav Ribnikar” u opštini Vračar dogodilo se 3. maja 2023. godine kada je učenik te škole pucao na učenike i zaposlene. Ubio je deset (devet učenika i radnika obezbjeđenja) i ranio šest osoba (pet učenika i nastavnicu).

[25] Petrović, A., Sprema se novi zakon o maloletnicima, Politika, *on line*, ponedeljak, 23. juni 2014. godine, *https://www.politika.rs/sr/clanak/297170/Sprema-se-novi-zakon-o-maloletni cima*, pristup: 7.3.2024.

u Srbiji. Do sada, nova rješenja nisu napisana ni u vidu izmjena i dopuna, niti novog zakona. Brojne su polemike koje se vode posredstvom medija, na temu: „Krivična odgovornost djece: Šta namjerava Srbija, a šta kažu međunarodne konvencije?“[26]

A. Baucel u svom priručniku iz 2012. godine, pišući o odnosu djeteta i odraslih, naglašava: „Pozitivan odnos dijete – odrasli svoju osnovu mora imati u bogato razvijenom emocionalnom odnosu u porodici, prožetu roditeljskom ljubavlju. U stabilnoj porodici dijete *pušta korijen*, nalazi duboku emocionalnu vezanost, stalnu brigu i uticaje koji će biti značajna osnova za interakciju sa svijetom koji ga okružuje. Istraživanja pokazuju da osobe koje su dobijale u ranom detinjstvu dovoljno ljubavi, podrške i razumijevanja, mogu u kasnijem životu lakše da prebrode stresne i teške situacije, jer su razvile osjećaj sigurnosti i podrške“.[27]

LITERATURA

- Alder, C. (1984), „Gender Bias in Juvenile Diversion“, *Crime and Delinquency*, 30
- Bala, N. (2002). *Youth Criminal Justice Law*, Irwin law inc, Toronto.
- Baucel, A. (2012). *Standardi za razvoj i učenje dece ranih uzrasta u Srbiji*. Institut za psihologiju Filozofskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *https://happychildren.life/sr/odnos-dete-i-odrasli/*, pristup: 7.3.2024.
- Beulke, W. (2002). *Strafprozeßrecht*, 6, neubearbeitete Afulage, „C. F. Müller“, Heidelberg.
- Bogdanović, N. (2024). “Krivična odgovornost dece: Šta namerava Srbija, a šta kažu međunarodne konvencije?”, 9. maj/svibanj 2024, *Radio Slobodna Evropa*, , приступ: 7.3.2024.
- Chazal, J. (1970). *L’enfance deliquante*, Paris.
- Chesney, M. L. (2004). *Girls, deliquency and juvenile justice*, Belmont.
- Cohen, A. K. (1961). *Kriminelle Jugend*, Hamburg.
- Freeman, M. D. A. (1983). *The Rights and Wrongs of Children*, London.
- Goldston, B., Muncie J. (2006). *Youth Crime and Justice*, London

[26] Bogdanović, N., Krivična odgovornost dece: Šta namerava Srbija, a šta kažu međunarodne konvencije?, 9. maj/svibanj 2024, Radio Slobodna Evropa, *https://www.slobodnaevropa.org/a/srbija-zakon-krivicna-odgovo rnost/32403485.html*, pristup: 7.3.2024.

[27] Baucel, A. (2012). *Standardi za razvoj i učenje dece ranih uzrasta u Srbiji*, Institut za psihologiju Filozofskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *https://happychildren.life/sr/odnos-dete-i-odrasli/*, pristup: 7.3.2024.

- Hellmer, J. (1978). *Jugendkriminalität,* Newied, Darmstadt.
- Konstantinović Vilić, S., Kostić, M. (2011). *Penologija*, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta.
- Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2012). *Kriminologija*, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.
- Petrović, A. (2014). "Sprema se novi zakon o maloletnicima", *Politika*, on line, ponedeljak, 23. juni. 2014. godine, *https://www.politika.rs/sr/clanak/297170/Sprema-se-novi-zakon-o-maloletnicima*, pristup: 7.3.2024.
- Radenković, Jeremić, M. (2023). "Deca i krivična odgovornost: Kako zaštiti i zajednicu i najmlađe kada maloletnici počine najteža krivična dela u Srbiji", *BBC NEWS na srskom*, 21 septembar 2023, *https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-66547269*, pristup: 5.3.2024.
- Simović M.M. (2012). *Vaspitne mjere kao sredstvo u suzbijanju kriminaliteta maloljetnika*, „Grafomark", Laktaši
- Simović, M. (2015). *Maloljetničko krivično pravo,* Pravni fakultet, Istočno Sarajevo.
- Simović, M. i dr. (2015). "*Praksa Ustavnog suda BiH i Evropskog suda za ljudska prava o maloljetnicima kao učiniocima i žrtvama krivičnih djela",* u: Maloljetnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Simović, M. i dr. (2016). *Politika suzbijanja kriminaliteta,* Centar za vještačenje, „Zenit", Banja Luka.
- Simović, M., Šikman, M. (2017). *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Pravni fakultet, Banja Luka.
- Simović, M. (2018). "Alternativne krivične sankcije i novo zakonodavstvo Bosne i Hercegovine", u: *Alternativne krivične sankcije (Regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja),* Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd.
- Simović, M. i dr. (2018). "*Pravni okvir za krivični postupak prema maloljetnicima u Federaciji*
- *BiH",* u: Pravda po meri deteta, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Simović, M. i dr. (2020). "*Oštećeno lice i krivičnoprocesno zakonodavstvo BiH (Međunarodni pravni standardu, norme, praksa i mjere unapređenja",* U: Žrtva krivičnog dela i krivičnopravni instrumenti zaštite (Međunarodni pravni standardi, regionalna krivična zakonodavstva, primena i mere unapređenja, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd.
- Simović, M.M., Karović, S. (2020). "Restorativni aspekti maloljetničkog krivičnog prava u Bosni i Hercegovini sa osvrtom na alternativne mjere",

Pravna riječ, Banja Luka, broj 63, godina XVII.
- Simović, M., Simović, V. (2021). *Žrtve krivičnih djela i krivičnopravni instrumenti zaštite,* Banja Luka.
- Simović, M., Jovašević, D., Mitrović, Lj., Simović, M.M. (2021). *Maloljetničko krivično pravo, treće izdanje (izmijenjeno i dopunjeno),* Grafomark Laktaši – Banja Luka.
- Simović, M., Simović, M. V., Govedarica, M. (2021). *Krivično procesno pravo – uvod i opšti dio, šesto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno),* Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać.
- Simović, M., Simović, M. V. (2021). *Krivično pravo Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – posebni dio,* Grafomark, Laktaši – Banja Luka.
- Simović, M., Simović, M. V., Govedarica, M. (2021). *Krivično procesno pravo II, peto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno),* Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo.
- Simović, M. i dr., *Kritička viktimologija o žrtvi, mitu i korupciji,* Grafomark, Laktaši – Banja Luka.
- Simović, M. i dr. (2021). *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa maloljetnicima u krivičnom*
- *postupku Republike Srpske, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje,* Službeni glasnik Republike Srpske. 2021.
- Simović, M.M., Adžajlić-Dedović, A. (2021). "Restorativna pravda: pojam, osnovni modeli i pravda za žrtve krivičnog djela", *Srpska pravna misao*, Banja Luka, 27 (54).
- Simović, M., Simović, M.V. (2023). "Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja i maloljetni učinioci krivičnih djela", *Međunarodni naučni skup Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku*, 2. juna 2023. godine u Banjoj Luci, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Zbornik radova, Banja Luka, broj 3, tom II.
- Simović, M., Simović, M.M, Simović, M.V., Simović, M. (2023). *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Istraživački centar, Banja Luka, 2023.
- Stalford, H. (2012). *Children and the European Union – Rights, Welfare and Accountability*, Hart, Oxford and Portland, Oregon.
- Stevanović, I. (2024). *Prava deteta i reforma maloletničkog krivičnog pravosuđa u Republici Srbiji*, IKSI, *http://institutecsr.iksi.ac.rs/278/1/ivana%20 stevanovic%20%28 2%29.pdf*, приступ: 5.3.2024.
- Timone, C. (2004). *Elementi di Diritto Penale, Parte generale e speciale, 13. Edizioni*, Simone, Napoli
- Winterdyk, J. A. (2002). Juvenile Justice Systems, International Perspectives, 2nd Edition, „Canadian Scholars Press", Toronto.

Prof. dr Marina M. Simović[28]
Prof. dr Miomira Kostić[29]

INTERNATIONAL STANDARDS IN THE FIELD OF JUVENILE DELINQUENCY - RECOVERING THE PAST

Summary*: In their work, the authors emphasize the importance of continuous criminological, victimological and penological observation of juvenile delinquency as a special type of criminality, different in bio-psycho-social characteristics from the criminality of adults. They refer to the context of the retrospection of international standards in the field of juvenile delinquency. They highlight the implementation of those standards in the criminal legislation that refers to minor perpetrators of criminal acts in Serbia and the legal solutions from 2005. They remind and indicate the necessity of changing some legal solutions that were proposed back in 2014, almost nine years before the tragic events at the Ribnikar school. They emphasize the re-emphasis of the importance and role of the family in the development of the relationship between adults and children.*

Key words: *juvenile delinquency; international standards; the family.*

[28] Secretary of Ombudsman for Children of the Republika Srpska and Full professor, Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University "Apeiron" in Banja Luka, *marina.simovic@gmail.com;* https://orcid.org/0009-0008-3330-4023.

[29] Full Professor at the Faculty of Law, University of Niš, e-mail: *kosticm@prafak.ni.ac.rs; ORCID 0000-0002-1802-7733*

УДК 343.541:364.622-055.2
doi 10.7251/PR6924861S
Прегледни научни чланак

КРИВИЧНОПРАНА ЗАШТИТА ОД СЕКСУАЛНОГ НАСИЉА – ОД ОЧЕКИВАЊА ДО РЕАЛНОСТИ

Проф. др Миле Шикман[1]

Апстракт: *Сексуално насиље, поред физичког насиља, представља најтеже облике насиља усмјерене против жртве, односно њене полне слободе и части. Овај облик насиља најчешће се испољава према женама и дјевојчицама понашањима које укључују обљубу без пристанка жртве, као и са њом изједначене полне радње. Такође, сексуално насиље обухвата и радње којима се жртва наводи или подводи на секусуалне активности са другим лицима. Посљедице сексуаног насиља су озбиљне и дугорочне, које обухватају повреду физичког и психичког здравља, као и тешке социјлане трауме, укључујући примарну, секундарну и терцијалну виктимизацију. Сексуално насиље као такво је један од најозбиљнијих и најраширенијих облика кршења људских права. Због тога је заштита права на достојанство и сигурност човјека, права на повредивост физичког и психичког интегритета, права на полну слободу, права на живот без насиља, укључујући и сексуално насиље, један од циљева који је постављен међународним правним актима, а државе су преузеле позитивну обавезу увођења у домаће законодавство правних мјера и радњи како би се испунио постављени циљ. Предмет овог рада јесте анализа међународних правних прописа и утврђивање усклађености са домаћим законодавством у сврху спрјечавања сексуалног насиља.*

Кључне ријечи: *сексуално насиље, кривично дјело, међународни правни прописи, домаће законодавство.*

[1] Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, mile.sikman@pf.unibl.org

УВОД

Полазећи од тога да сексуалност човјека представља дио његове природе, то значи да његова интимност није само чин полог општења и задовољавања сексуалне пожуде, већ и његова биолошка и психолошка потреба. Као такво, оно и није предмет кривичноправне заштите, већ дио међуљудских односа условљен одређеним социјалним, културним, моралним и обичајним вредновањима. Дакле, савремена кривично правна концепција полази од става да је човјекова сексуалност дио његове интиме у коју држава не треба да задире нормама кривичног права, па чак и онда када је ријеч о сексуално инверзивном понашању, осим ако их не прати насиље или различити облици злоупотребе[2].

Са посматраног аспекта предмета овог рада, важни су они случајеви када се сексуална понашања предузимају противно вољи другог човјека. Мисли се на оне случајеве када се њима повређује полно достојанство другог човјека[3] односно човјеково право да потпуно слободно одлучује о свом сексуалном животу[4]. На овај начин схваћено достојанство значи да оно не припада апстрактној особи као правном субјекту који је носилац права и дужности као и свака друга особа, већ човјек као конкретан појединац који се самоопредјељује као партнер у односу. Сексуално насиље као такво је пријетња праву сваког појединца на достојанствен живот, што је у супротности са основним принципом да сви људи посједују урођено људско достојанство и да без обзира на пол, расу, језик, национално порријекло, старост, класу, вјеру, политичка увјерења или друге разлике, имају једнако право да уживају у свом људском праву и подједнако одговорни за поштовање људских права других. Наведено је садржано у чл. 1 Опште декларације о људским правима,[5] а

---

[2] Бабић, М. Кривична дјела против достојанства личности и морала, *Правна мисао, бр. 9–10*/86, стр. 69, 70. цитирано у: Марковић, И. (2006). Кривична дјела против полног интегирета у кривичном законодавству Републике Српске. *НБП – Наука, безбедност, полиција*, *7*(1), 75-96, стр. 76.

[3] Бабић, М., Марковић, И. (2008). *Кривично право.* Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, стр. 293.

[4] Марковић, И. (2006). *оп.цит,* стр. 77.

[5] Чл. 1 Опште декларације о људским правима гласи: "Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима. Она су обдарена разумом и савјешћу и једни према другима треба да поступају у духу братства". *Universal Declaration of Human Rights, adopted by* General Assembly Resolution 217A, United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948.

као такво препознато је и гарантовано највишим правним актима свакe земље[6]. Надаље сексуалним насиљем директно се напада човјеково право да потпуно слободно и самостално одлучи о својим сексуалним активностима и понашањима, односно његов полни интегритет[7]. Дакле, заштитини објекат је полни интегритет човјека који подразумијева његово право на сексуално самоопредјељење[8]. Он подразумијева могућност самоконтроле властитих сексуалних осјећаја и импулса у тој мјери да не превладају над разумом као и способност одржавања достојанства, како личног тако и достојанства других људи. У складу са тим, свако ступање у полне односе гдје не постоји вољан и свјестан пристанак другог лица сматраће се повредом и угрожавањем полног интегритета човјека. Поред наведеног, у ширем смислу као заштитни објекат јавља се и живот и тијелесни интегритет човјека који може бити повријеђен или угрожен вршењем кривичних дјела против полног интегритета. Исто тако овим понашањима утиче се на друга права жртве и то права на личну слободу и безбједност, као и право да не буду мучени или изложени другом нехуманом, окрутном или понижавајућем поступању, а што је загарантовано међународним правним документима о људским правима. Због тога је и забрињавајуће да са достигнутим степеном развоја људских права и слобода и даље велики број жена и дјевојчица трпи сексуално насиље, а починиоци не одговарају у границама прописаним законом.

Ради се о разним облицима сексуалног понашања који представљају комплексну и специфичну појаву која с обзиром на начин извршења и степен моралне изопачености превазилазе природност и добровољност сексуалних односа. Због тога сексуално насиље спада у најстарију врсту понашања који је у моралном, па и обичајном, смислу третирано као неприродан и недозвољен чин. Дакле, без обзира на све различитости, постоји издиференциран низ облика задовољавања сексуалне пожуде који се сматрају у моралном и обичајном смислу не-

---

[6] Тако је и чл. 13 Устава Репулике Српске прописано да је: "Људско достојанство, тјелесни и духовни интегритет, човјекова приватност, лични и породични живот су неповредиви". Устав Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05.

[7] Марковић, И. (2006). *оп.цит*., стр. 77.

[8] Полни интегритет значи право сваког човјека да слободно и самостално одлучује о начину ступања и задовољавања својих полних нагона.

прихватљивим, а у правном недозвољеним, односно кажњивим[9]. У том контексту ниво и интензитет угорожавања наведених права човјека је опредјељујући код дефинисања бића појединих кривичних дјела. На овом мјесту важно је напоменути да и међународноправни докуметни праве јасну разлику између секусалног насиља, као тежих кривичих дјела и сексуалног узнемиравања као кривичних дјела за која је прописана блажа кривична санкција.

Нова концепција кривичних дјела против полног интегритета човјека, као и стандарди заштите полног интегритета успостављени на нивоу европске заједнице те пресуде Европског суда за људска права у овој области, утицале су на измјену већ устаљених ставова и мишљења судске праксе о појединим елементима кривичних дјела против полног интегритета[10]. Наиме, савремене тенденције и кретања кривичног права огледају се у проширивању зоне кривичноправне заштите полног интегритета човјека, што се прије свега огледа у јачању казнене политике како код већ постојећих облика кривичнх дјела, тако и прописивањем нових инкриминација. Овакав став је криминалнополитички оправдан јер се ради о кривичним дјелима која поред узнемирења грађана, доводе и до тешких физичких и психички посљедица пасивног субјекта. У БиХ је достигнут различит ниво усаглашености са међународним правним оквиром против сексуалног насиља. На примјер кривично законодавство у Републици Српској је кроз различите периоде усклађивало кривичноправне норме у овој области. Тако је још од 2000. године укинута брачна и полна дискриминација те проширена зона кажњивости и на друге полне радње извршене употребом силе или пријетње да ће се непосредно напасти на живот или тијело пасивног субјекта или њему блиског лица, а 2017. године је поред инкриминације нових кривичних дјела као што је Полна уцјена и Полно узнемиравање (и других кривичних дјела по основу усклађивања са Истанбулском конвенцијом), законодавац извршио интервенције и у систематици кривичних дјела, на начин да је ранију групу кривичних дјела против полног интегритета подијелио у двије групе кривичних дјела која је систематизовао у Глави XIV ''Кривична дјела против

[9] Бошковић, М. (2009). Кримоинолошка обележја кривичних дела против полних слобода*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, број 2/2009., стр. 121-141.

[10] Марковић, И. (2020). Силовање – кривично дјело против полног интегритета (дилеме у судској пракси). *Српска правна мисао*, 26(53), 9-24

полног интегритета'' и Глави XV ''Кривична дјела сексуалног злостављања и искориштавања дјетета.''[11]

РАСПРОСТРАЊЕНОСТ СЕКСУАЛНОГ НАСИЉА

Сексуално насиље представља један од најраширенијих облика насиља, које је оптерећено многобројним предрасудама и митовима, што ову појаву чини мање видљивом, а њене жртве доводи у подређени положај да трпе насиље и живе са тим. Наиме, предрасуде и митови о силовању ("знала је шта је хтјела", "сама је тражила", итд.) доводе до формирања колективне свијести о овом феномену, тзв. "културе силовања". Култура силовања је дефинисана као „скуп вриједности и вјеровања који доводе до окружења погодног за силовање"[12], гдје се „силовање често не признаје као кривично дјело, а његове жртве се обично окривљују за сопствени допринос"[13]. Усљед тога често се користе еуфемизми, прихватају стереотипи, фаворизују починиоци, показују скептицизам према жртвама и врши сензационализација догађаја[14]. На примјер према анализираним пресудама изреченим за кривично дјело силовања у БиХ може се уочити образац судске праксе деперсонализације жртве о којој у тексту пресуде нема никаквих података[15]. "Изостаје процјена посљедица

[11] Види опширније: Марковић, И. (2020). Силовање – кривично дјело против полног интегритета (дилеме у судској пракси). *Српска правна мисао*, 26(53), 9-24; Шикман, М., Бајричић, В. (2019). Измјене у кривичном законодавству Републике Српске као израз потребе адекватног реаговања на криминалитет. У: *Измене у кривичном законодавству и статус носилаца правосудних функција и адекватност државне реакције на криминалитет (међународни-правни стандарди и стање у Србији),* Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, (307-326).

[12] Baron, R., Hoppe, S., Feng Kao, C., Brunsman, B., Linneweh, B., Rogers, D. (1996). Social Corroboration and Opinion Extremity, *Journal of Experimental Social Psychology*, 32(6), 537-560

[13] Vogelman, L. (1990). Violent crime: Rape. In McKendrick, B. and Hoffmann, W. (Eds.). *People and Violence in South Africa*. Cape Town: Oxford University Press

[14] Aroustamian, C. (2020). Time's up: Recognising sexual violence as a public policy issue: A qualitative content analysis of sexual violence cases and the media, *Aggression and Violent Behavior*, *50*, 101341.

[15] У другом дијелу истраживачке студије под називом: "Кривично-правна заштита, правни и социјални положај жртава сексуалног насиља у Босни и Херцеговини, Основна студија" извршена је анализа пресуда за кривична дјела против полног интегритета која су процесуирана пред судовима у Босни и Херцеговини у периоду

насилног чина угрожавања полног интегритета на здравље и личност жртве и утицаја насилног чина на њен живот уопште што је у супротности са односом суда према личности починиоца којем се траже и добре особине и олакшавајуће околности. Овај несразмјер у информацијама о жртви и починиоцу, који је истицан у више приказа појединачних пресуда, ствара субјективан осјећај да се судије и судска вијећа често стављају на страну починиоца, а занемарују заштиту жртве, што је једна од примарних функција судске заштите"[16].

Према подацима Свјетске здравствне организације (2021) 736 милиона жена широм свијета или свака трећа жена је жртва насиља, укључујући и сексуално насиље[17]. Од овог броја свака четврта адолесцентна дјевојка, старости 15 до 19 година (24 процента) доживјела је физичко и/или сексуално насиље од стране партнера. Од наведеног броја 16% дјевојака и жена такав облик насиља доживјело је у протеклих годину дана[18]. Мјере заштите од Covid19 манифестоване у ограничавању кретања, тзв. *lockdoown* довеле су до експоненцијалног пораста насиља над женама. Поједине земље пријавиле су повећане бројеве случајева насиља над женама и дјевојчицама током пандемије од преко 30%: Француска, Кипар, Сингапур, Аргентина (25%), као и Канада, Њемачка, Шпанија, Уједињено Краљевство и Сједињене Америчке државе[19].

Босна и Херцеговина није изван ових глобалних трендова. Тако, према Извјештају OSCE (2019) о проблему насиље над женама у БиХ двије трећине жена (67%) сматра да је насиље над женама уобичајена

од 2015. до 2020. године на одабраном узорку судских одлука. Види опширније: Mujezinović, J., Marković, I., Begić, S. (2021). Krivično-pravna zaštita, pravni i socijalni položaj žrtava seksualnog nasilja u Bosni i Hercegovini : osnovna studija. Bijeljina: Fondacija "Lara", Fondacija lokalne demokratije.

[16] Mujezinović, J., Marković, I., Begić, S. (2021). *op.cit*., str. 149.

[17] World Health Organization. (2021). *Violence against women prevalence estimates, 2018: Global, regional and national prevalence estimates for intimate partner violence against women and global and regional prevalence estimates for non-partner sexual violence against women*. Geneva: World Health Organization. Dostupno putem interneta: https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256, pristupljeno 16.5.2024.

[18] Ibidem.

[19] UnWomen. (2020). *COVID-19 and ending violence against women and girls*. Dostupno putem interneta: https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls, pristupljeno 16.5.2024.

појава, док преко четвртине њих (27%) сматра да је веома уобичајена[20]. Мало мање од половине жена у БиХ (48%) искусило је неки облик насиља, укључујући и насиље од стране интимног партнера, непартнера, ухођење или сексуално узнемиравање, од своје 15 године. Скоро 4 од 10 жена (38%) изјавиле су да су искусиле психичко, физичко или сексуално насиље од петнаесте године од стране партнера или непартнера. Једна од седам жена (14%) каже да је искусила психичко или сексуално насиље од петнаесте године од стране партнера или непартнера[21]. Подаци Агенције за равноправност полова БиХ су још више забрињавајући, јер према њима више од половине жена у БиХ (52,8%) од своје 15 године живота је искусило неки од облика насиља над женама, укључујући сексуално насиље[22]. Према доступним подацима Министарства унутрашњих послова Републике Српске могу се пратити трендови и кретање кривичних дјела против полног интегритета и кривичних дјела сексуланог злостављања и искориштавања дјетета[23]. Тако посматрано у петодишњем пероду (2017-2021) евидентирана су укупно 34 кривична дјела силовања, 90 кривичних дјела обљуба са дјететом млађим од 15 година, 60 кривичних дјела полно узнемиравање итд. Највећи број кривичних дјела из наведених група кривичних дјела евидентиран је 2020. године и био је већи за 20,3% у односу на 2019. годину, док је 2021. године извршено 15,7% мањи у односу на 2020. годину. Уколико би број евидентираних кривичних дјела против полног интегритета посматрали у укупно структури кримналитета онда би могли констатовати да се ради о ниском удјелу у укупом броју пријављених кривичних дјела. Међутим, то је једна од карактеристика ових кривичних дјела, а то је његова тамна бројка, у чијој основи је непријављивање ових кривичних дјела.

[20] OSCE. (2019). Istraživanje OSCE-a o nasilju nad ženama u Bosni i Hercegovini: dobrobit i blagostanje žena. Beč: OSCE. Dostupno putem interenta: https://www.osce.org/files/f/documents/f/7/439724_0.pdf, pristupljeno 16.5.2024.

[21] Ibidem.

[22] Agencija za ravnopravnost polova BiH. (n.d.). *Nasilje nad ženama*. Dostupno putem interneta: https://arsbih.gov.ba/209-2/, pristupljeno 15.5.2024.

[23] Министарство унутрашњих послова Републике Српске. (н.д.). Статистике. Доступно путем интернета: https://mup.vladars.net/index.php?vijest=informisanje_javnosti&vrsta=statistike, pristupljeno 15.5.2024.

МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ ОКВИР ПРОТИВ СЕКСУАЛНОГ НАСИЉА

До сада су усвојена многоброја међународноправна документа којима се третира проблем насиља над женама, укључујући и сексуално насиље, као облик кршења људских права. Ипак у ранијем периоду, доминантно мишљење било је да насиље над женама припада „приватној сфери“ која је у искључивој надлежности држава, а не под јурисдикцијом међународне заједнице. Због тога је увођење ове теме у агенде међународних организација од пресудног значаја јер осим негативне обавезе суздржавања од чињења насиља, државе имају и позитивну обавезу предузимања свих мјера како би спријечиле насиље, истражиле и казниле учиниоце, те жртвама пружиле репарацију. Позитивне обавезе држава класифициране су у три категорије: 1) правне обавезе, које се односе на мјере прописивање ефикасног законодавства (укључујући ратификацију релевантних међународних инструмената) и његове имплементације; 2) заштитне обавезе, које се тичу мјера психолошке помоћи и рехабилитације те заштиту жртве; 3) превентивне обавезе, које се односе на мјере образовања, истраживања, прикупљања статистике и подизања свијести.

Када је ријеч о међународноправном оквиру Уједињених нација сексуално насиље третирано је кроз конвенције међународног хуманитарног права, као и документе међународног кривичног права. По важности, најзначајнијим се сматра Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена из 1979. године[24], познатија као CEDAW конвенција[25], као и два додатна документа уз Конвенцију: Опциони протокол уз Конвенцију о елиминацији свих облика дискриминације жена из 1999. године[26] и Општа препорука бр. 19 Комитета за елиминацију дискрими-

[24] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979

[25] У овом документу у чл. 6 прописује се обавеза земаља потписница на сузбијање сваког облика трговине женама и искориштавања жена за проституцију, подстичући их да се, осим увођења и примјене одговарајућих закона, баве и узроцима трговине и експлоатације проституције. Притом се не захтијева кажњавање жена које су изабрале да се баве проституцијом, већ омогућивање да уживају основна људска права. Државама се сугерише и да се супротстављају новим облицима сексуалне експлоатације.

[26] Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Adopted by resolution A/RES/54/4 at the fifty-fourth session of the

нације жена из 1992. године,[27] у којој је по први пут дефинисано насиље над женама[28]. Затим је 1993. године усвојена Декларација о елиминисању насиља над женама[29] у којој су дефинисана три облика сексуалног насиља: у породици, општој заједници, као и облик учињен или опроштен од стране државе[30]. Након тога 1995. године усвојена је Пекиншка декларација и Платформа за акцију[31] и закључни документи који су из њих произашли, а који су усвојени на посебним сједницама Уједињених нација: Пекинг +5 (2000), Пекинг +10 (2005), Пекинг +15 (2010) и Пекинг +20 (2015),[32] као свеобухватни документи за унапређење женских права. На концу треба навести и Резолуцију Комисије за људска права 2003/45: Елиминација насиља над женама[33] из 2003. године. Такође у

General Assembly of the United Nations, 06 October 1999

[27] General Recommendation No. 19: Violence against Women Adopted at the Eleventh Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1992 (Contained in Document A/47/38

[28] Чл. 6: "Дефиниција дискриминације укључује насиље засновано на разлици полова, то јест, насиље које је усмјерено према жени зато што је жена или насиље које у већој мјери утиче на жене него на мушкарце. Оно укључује дјела која наносе физички, ментални или сексуални бол или патњу, пријетње таквим дјелима, принуду и друге видове ограничавања слободе. Насиље засновано на разлици полова може да прекрши одређене одредбе Конвенције, без обзира на то да ли се у овим одредбама изричито спомиње насиље".

[29] Declaration on the Elimination of Violence against Women, Adopted by General Assembly resolution 48/104 of 20 December 1993

[30] Чл. 2 Декларације о елиминисању насиља над женама гласи: "Насиље према женама ће бити схваћено да се односи на следеће облике, али такође да није ограничено на њих: (а) Физичко, сексуално и психолошко насиље које се јавља у породици, укључујући батинање, сексуалну злоупотребу женске дјеце у домаћинству, насиље везано за мираз, брачно силовање, женско генитално сакаћење и друге традиционалне праксе штетне за жене, небрачно насиље и насиље повезано са експлоатацијом; (б) Физичко, сексуално и психолошко насиље које се дешава у оквирима опште заједнице, укључујући силовање, сексуалну злоупотребу, сексуално изнуђивање и понижавајући рад, у образовним установама и на другим мјестима, промет женама и присилну проституцију; (ц) Физичко, сексуално и психолошко насиље учињено или опроштено од стране државе, ма гдје да се десило".

[31] Beijing Declaration Platform for Action, Adopted at the Fourth World Conference on Women 4 – 15 September 1995

[32] Beijing+5, Outcome of the twenty-third special session of the General Assembly entitled “Women 2000: gender equality, development and peace for the twenty-first century”, 5 - 9 June 2000 +5

[33] Commission on Human Rights Resolution 2003/45: Elimination of Violence against Women, UN Commission on Human Rights, 23 April 2003

оквиру Уједињених нација 1994. године успостављена је институција Посебне извјеститељице УН-а о насиљу над женама[34] која се бави различитим спектором питања насиља над женама и дјевојчицама.

Поред наведеног глобалног оквира у нашем контексту значајни су и документи регионалних организација, прије свега Савјета Европе чија је БиХ чланица, као и Европске уније, с обзиром на поступак придруживања БиХ који је у току, а који подразумијева и усклађивање домаћег правног оквира са правном тековином Европске уније. Правни оквир Европске уније против насиља над женама обухвата двије директиве: Директива 2012/29/EU Европског парламента и Савјета од 25. октобра 2012. о успостављању минималних стандарда за права, подршку и заштиту жртава кривичних дјела те о замјени Оквирне одлуке Савјета 2001/220/PUP[35] и Директива 2011/93/EU Европског парламента и Савјета од 13. децембра 2011. о сузбијању сексуалног злостављања и сексуалног искориштавања дјеце и дјечје порнографије те о замјени Оквирне одлуке Савјета 2004/68/PUP[36], док је Европска комисија 8. марта 2022. предложила нову директиву о борби против насиља над женама и насиља у породици[37]. Правни оквир Савјета Европе је од посебног значај с обзриом да ова организација има водећу улогу у спрјечавању и сузбијању свих облика насиља над женама, укључујући и сексуално насиље. Окосницу чине Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода[38] (1950), затим Конвенција Савјета Европе о спрјечавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција) [39], од 11. маја 2011. године, као најважнији документ, Конвенција Савјета Европе о акцији против трговине људским бићима од 3. маја 2005. годи-

[34] United Nations Commission on Human Rights, Special Rapporteur on violence against women, Resolution 1994/45, on 4 March 1994

[35] Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ L 315, 14.11.2012

[36] Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ L 335, 17.12.2011,

[37] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence, COM/2022/105 final

[38] European Convention on Human Rights, adopted in 1950, Rome.

[39] Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No. 210), Istanbul 11/05/2011.

не[40], те Препорука Rec (2002) 5 Одбора министара државама чланицама о заштити жена од насиља и Меморандум с објашњењима[41], Препорука Rec (2001) 16 о заштити дјеце од сексуалног искориштавања[42] и Препорука Rec (91) 11 о сексуалном искориштавању, порнографији проституцији, трговини људима, дјецом и младим људима[43].

Истанбулска конвенција представља свеобухватни правни и обавезујући међународни документ за спрјечавање насиља над женама и насиља у породици, којом се државама потписницама намеће већи број обавеза које улазе у домен различитих грана права[44]. Као до сада најсвеобухватнији обавезујући међународни инструмент у области спрјечавања и сузбијања насиља над женама и других облика родно заснованог насиља, Истанбулска конвенција препознаје насиље над женама као „кршење људских права и облик дискриминације над женама и обухвата сва дјела родно заснованог насиља која доводе до или могу довести до физичке, сексуалне, психичке или економске повреде односно патње за жене, обухватајући и пријетње таквим дјелима, принуду, односно самовољно лишавање слободе, у јавном или у приватном животу“ (чл. 3 тачка а).

Када је ријеч о сексуалном насиљу важан је чл. 36 којим је одређено кривично дјело сексуалног насиља, укључујући силовање. Ст. 1 обухвата све облике сексуалних радњи над другим лицем без њеног/његовог слободног пристанка који се изводе намјерно. Тачке а) до ц) описују различите облике сексуалног насиља, укључујући силовања. Тачка *а)* односи се на вагиналну, аналну односно оралну пенетрацију на тијелу другог

[40] Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings was adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 3 May 2005 (CETS No. 197)

[41] Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence1 (Adopted by the Committee of Ministers on 30 April 2002 at the 794th meeting of the Ministers' Deputies).

[42] Recommendation Rec(2001)16 of the Committee of Ministers to member states on the protection of children against sexual exploitation, Adopted by the Committee of Ministers on 31 October 2001 at the 771st meeting of the Ministers'Deputies

[43] Recommendation No. R (2000) 11 of the Committee of Ministers to member states on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation, Adopted by the Committee of Ministers on 19 May 2000, at the 710th meeting of the Ministers' Deputies

[44] Ševo, O. (2019). *Usklađenost Krivičnog zakonika Republike Srpske sa poglavljem V Istanbulske konvencije*. Dostupno putem sajta: http://hcabl.org/wp-content/uploads/2019/04/Olivera-S%CC%8Cevo-Uskladjenost-KZRS-sa-IK.pdf, pristupljeno 16.06.2022.

лица на коју то лице није пристало. Конвенција је у погледу радње извршења овог дјела прихватила приступ према којим су државе чланице Конвенције обавезне осигурати кривично законодавство које обухвата појам недостатка слободно датог пристанка на било коју од сексуалних радњи набројаних у подставу *а* до *ц*. Оставља се, међутим, чланицама да одлуче о формулацији закона и фактора за које сматрају да спрјечавају давање слободног пристанка. Ст. 2 прецизира да пристанак мора бити вољан и посљедица слободне воље лица, како се процјењује у контексту датих околности. Коначно и ст. 3 утврђује обавезу да осигурају да се кривична дјела сексуалног насиља и силовања, у складу с овом конвенцијом, примјењују на све сексуалне радње без пристанка, независно од односа између учиниоца и жртве. Сексуално насиље и силовање су чест облик показивања моћи и контроле у односима злоупотребе и вјероватно је да ће до њих доћи током и након раскида. Од изузетне је важности да се осигура да нема изузетака код инкриминирања и кривичног гоњења таквих дјела почињених над садашњим, односно бившим супружницима, односно партнерима у складу с националним законодавством[45].

У контексу посматране проблематике треба размотрити и чл. 40 који садржи обавезе у погледу одређивања заштите од сексуалног узнемиравања. Према Конвенцији, државе чланице могу изабрати да се баве сексуалним узнемиравањем било у оквиру кривичног законодавства било кроз административне односно друге правне санкције, све док се закон бави сексуалним узнемиравањем. Самим чланом су обухваћене различите радње извршења: вербално, невербално и физичко понашање сексуалне природе на које жртва не пристаје[46]. Као у чл. 36, било који од ових облика понашања мора бити сексуалне природе како би спадао у оквир ове одредбе и свако поменуто понашање мора бити нежељено за жртву, односно наметнуто од учиниоца. Осим тога, поменута дјела мо-

[45] Šikman, M., Kadribašić, A. (2022). *Analiza usklađenosti krivičnih djela nasilja nad ženama i drugih oblika rodno zasnovanog nasilja u krivičnim zakonima u Bosni i Hercegovini sa Istanbulskom konvencijom*. Sarajevo: Atlanska inicijativa.

[46] Вербално понашање односи се на ријечи односно звуке које учинилац изрази односно искаже, као што су шале, питања, примједбе, а може их исказати усменим или писаним путем. Невербално понашање, с друге стране, обухвата све изразе односно исказе учиниоца који не обухватају ријечи односно звуке, на примјер изрази лица, покрети руку или симболи. Физичко понашање односи се на свако сексуално понашање учиниоца и може да обухвати ситуације које укључују контакт с тијелом жртве.

рају имати за циљ односно посљедицу повреду достојанства жртве. Ово је случај ако је у питању понашање које ствара застрашујућу, непријатељску, деградирајућу, понижавајућу, односно увриједљиву атмосферу[47].

УСКЛАЂЕНОСТ ДОМАЋЕГ СА МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВНИМ ОКВИРОМ

Како је Босна и Херцеговина ратификовала Истанбулску конвенцију,[48] али и друге међународно-правне документе о спрјечавању насиља над женама, уљкучујући сексуално насиље, јасне су и њене обавезе у том погледу. Овим се БиХ обавезала на предузимање законодавних и других мјера ради осигурања правног, институционалног и организационог оквира за превенцију насиља над женама, заштиту жртава насиља те кажњавање учинилаца насиља.

У Босни и Херцеговини на снази су четири кривична закона и то: Кривични закон Босне и Херцеговине[49] [КЗ БиХ], Кривични законик Републике Српске[50], Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине[51] [КЗ ФБиХ], Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине[52] [КЗ БДБиХ]. Постојеће одреде у кривичним законима уређују питање сексуалног насиља у кривичним дјелима који се односе на силовање, полну уцјену и блудне радње.

Када је у питању КЗ РС, силовање (чл. 165) чини онај ко другог принуди на обљубу или с њом изједначену полну радњу употребом силе или пријетње да ће непосредно напасти на живот или тијело тог или

[47] Šikman, M., Kadribašić, A. (2022). *op.cit.,* str. 23.

[48] БиХ је у 07.11.2013. године ратификовала Конвенцију, на основу Одлуке о давању сагласности за ратификацију Конвенције Савјета Европе о спрјечавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (ETS 210) објављена у Службеном гласнику БиХ – Међународни уговори број 15/13.

[49] Кривични закон Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, 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, 46/21, 31/23, 47/23.

[50] Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 64/2017, 104/2018 - одлука УС, 15/2021, 89/2021, 73/2023 и *Сл. гласник БиХ*, бр. 9/2024 - одлука УС БиХ.

[51] Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 36/2003, 21/2004 - испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 и 75/2017, 31/23.

[52] Кривични закон Брчко Дистрикта БиХ, *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 19/2020 - пречишћен текст, 3/24, 14/24.

њему блиског лица (ст. 1). Тежи облик овог кривичног дјела ће постојати уколико је извршено према дјетету старијем од петнаест година, или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин, или од стране више лица, или из мржње, или је усљед дјела наступила тешка тјелесна повреда, тешко нарушење здравља или трудноћа силованог женског лица (ст. 2), док ће најтежи облик постојати уколико је наступила смрт лица према којем је дјело извршено (ст. 3). За основни облик кривичног дјела прописана је казна затвора од три до десет година, за тежи облик казна затвора од пет до петнаест година и за најтежи облик казна затвора најмање од десет година. У КЗ ФБИХ, (чл. 203) те КЗ БД (чл. 200) силовање се разликује од истоименог кривичног дјела у КЗ РС у погледу одредби које се односе на малољетна лица као пасивне субјекте. То је из разлога што КЗ РС има посебну главу закона којима се штити полни интегритет дјеце. Разлике се такође огледају и у погледу прописане казне и то доњег минимума који је строжији у КЗ РС, док је горњи максимум идентичан. Тако је за основни облик овог кривичног дјела доњи минимум најмање једна година затвора, за тежи облик најмање три године затвора, а за најтежи облик најмање три године затвора, односно најмање пет година ако су кривичним дјелом из става 2. проузроковане посљедице из става 3.

Сви кривични закони уређују као битан елемент радње извршења насиље, силу или пријетњу од стране починиоца. Овакав приступ је у супротности са одредбама Истанбулске конвенције која прописује добровољном пристанку као *„добровољан исход слободне воље лица према процјени у контексту датих околности“*[53]. Ова два приступа су у међусобној супротности како у смислу садржаја тако и у смислу доказивања. GREVIO је у извјештају за Шпанију раније нагласио да „овакав приступ не одражава околности жене која је изложена сексуалном насиљу и њихове механизме одбране од таквог насиља, укључује реакције попут бијега, борбе, залеђивања, пораза и спријатељавања. На примјер, неуробиолошко истраживање сексуалне трауме показује да је “залеђивање” уобичајена реакција жртава повезана са накнадним посттрауматским стресним поремећајем (PTSP) и тешком депресијом[54]. Оно што је потребно је кажњавање и ефикасно процесуирање било које сексуалне радње без пристан-

[53] Šikman, M., Kadribašić, A. (2022). *op.cit*., str. 23.

[54] Moller A., Sondergaard H. P. and Helstrom L (2017). “Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression”, *Acta Obstetricia et Gynecologica Scasndinavica*, str. 932-938.

ка, укључујући и у недостатку физичког отпора јер пасивност се не може сматрати знаком добровољног учешћа. Дакле, нагласак се ставља на непристајање на обљубу или са њом изједначену радњу, те се силовањем сматра сваки чин обљубе или са њим изједначене радње који је извршен без пристанка пасивног субјекта[55]. Праксе кривичног законодавства које су базиране на стандарду "недостатка добровољног пристанка" постоје у Европи а најближи су примјер из кривичног законодавства Словеније, Хрватске и Црне Горе који се комбинује модел силе/пријетње са стандардом из конвенције додајући основни облик силовања[56]. Надаље, начин извршења дјела је постављен оквирно те се не наводе све радње извршења на начин како је то уређено чл. 36 Истанбулске конвенције. Није уређено ниједним кривичним законом навођења другог лица на покушај сексуалних радњи с трећим лицем без њеног/његовог пристанка. Због тога се у том дијелу не могу сматрати усклађеним, а што је и наведено у GREVIO извјештају за БиХ из 2022. године[57]. Поред кривичног дјела силовање, низ је других дјела који садрже сексуално насиље као начин извршења. То укључује полни однос са немоћним лицем, сексуално злостављање дјетета, сексуално уцјењивање/присилни сексуални однос, и др. У свим тим дјелима се не уређује питање добровољног пристанка, при чему се и даље

[55] Marković, I. (2023). *Novi koncept krivičnog djela silovanja modul za obuku profesionalaca i profesionalki u pravosudnoj zajednici.* Bijeljina, Sarajevo: Fondacija „Lara" i Fondacija lokalne demokratije, str. 7.

[56] На примјер у КЗ Словеније чл. 170 прописано је: "Ко без пристанка другог лица изврши полни однос или са њим изједначену полну радњу", односо чл. 153 КЗ Хрватске који прописује: "Ко с другом особом без њезиног пристанка изврши сполни одношај или с њим изједначену сполну радњу...", или КЗ Црне Горе који чл. 204 прописује: " Ко над другим изврши обљубу или са њом изједначен чин без његовог пристанка". Упореди: *Kazenski zakonik (KZ-1-NPB4), Uradni list RS*, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 54/15, 6/16 – popr., 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21, 105/22 – *ZZNŠPP* in 16/23; *Kazneni zakon Hrvatske*, *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22, 114/23, 36/24; *Krivični zakonik Crne Gore, Slubeni list Crne Gore*, br. br. 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i *Sl. list CG*, br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015 - dr. zakon, 44/2017, 49/2018 i 3/2020

[57] Види детаљније: GREVIO. (2022). *GREVIO (polazni) postupak procjene Izvještaj o zakonodavnim i drugim mjerama za implementaciju odredbi Konvencije Vijeća Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija) Bosna i Hercegovina*, usvojio GREVIO dana 24.6.2022. godine. Sekretarijat nadzornog mehanizma Konvencije Savjeta Evrope o sprječavanju i borbi protiv nasilja u porodici, Savjet Evrope, Strasbourg.

користе стандард силе, насиља или пријетње[58].

У КЗ РС, кривично дјело Полна уцјена (чл. 166) састоји се у принуди другог лица на обљубу или с њом изједначену полну радњу пријетњом да ће се за то лице или њему блиско лице открити нешто што би шкодило његовој части или угледу или пријетњом неким другим тешким злом. За ово кривично дјело прописана је казна затвора од једне до осам година. Ово је ново кривично дјело које се од силовања разликује у том смислу што учинилац овог кривичног дјела не користи силу или квалификовану пријетњу, већ пријетњу да ће се „за то лице или њему блиско лице открити нешто што би шкодило његовој части или угледу или пријетња неким другим тешким злом". Дакле, ова пријетња је условно речено "лакша" и за ово кривично дјело је предвиђена блажа казна него за кривично дјело силовања[59]. Управо наведено је била и интенција Истанбулске конвенције, при чему ће предметна анализа дати одговоре на питања колико је наведено и остварено[60]. У КЗ ФБИХ, Принуда на полни однос (чл. 206) еквивалентно је кривичном дјелу Полна уцјена из КЗ РС, при чему се радња овог кривичног дјела огледа у озбиљној пријетњи неким тешким злом. Поред тога за ово кривично дјело прописана је блажа казна него за еквивалентно кривично дјело у КЗ РС и она је изражена казном затвора од шест мјесеци до пет година. У КЗ БД, Кривично дјело принуда на сполни однос (чл. 203) у опису бића кривичног дјела је истовјетно кривичном дјелу Полна уцјена из КЗ РС. Разлика се огледа у висини запријећене казне, која је код овог кривичног дјела казна затвора од шест мјесеци до пет година.

У КЗ РС, блудне радње (чл. 171) полазе од тога да у сфери сексуалних односа може бити угрожен не само обљубом или радњама које су са њом изједначене, већ и низом других, наизглед међусобно различитих радњи[61]. Ове радње инкриминисане су на тај начин што су доведене у везу са кривичним дјелом Силовања, Полне уцјене, Обљубе над немоћним лицем и Обљубе злоупотребом положаја, што значи да су кажњиви само ако су остварени сви елементи неког од тих кривичних дјела. Прописана је казна затвора до три године. У КЗ ФБИХ, блудне радње (чл.

[58] Šikman, M., Kadribašić, A. (2022). *op.cit*., str. 23
[59] Ševo, O. (2019). *op.cit*., str. 4
[60] Šikman, M., Kadribašić, A. (2022). *op.cit*., str. 24.
[61] Стојановић, З. (2020). *Кривично право – општи део*, Београд: Правни факултет Унивезитета у Београду, стр. 596.

208) су у опису бића кривичног дјела сличне истоименом кривичном дјелу у КЗ РС. Разлике су номотехничке природе, с обзиром да се у бићу овог кривичног дјела наводе и називи конкретних кривичних дјела. Такође, разлика је у ставу 2 којим су инкриминисане блудне радње према малољетним лицима. У погледу казне за основи облик, разлика је у томе, што је код овог кривичног дјела прописан доњи минимум казне затвора од три мјесеца.

Када се посматрају запријећене казне за ова кривична дјела, оне су у односу на дјело силовања различите. Ово постаје проблем управо због кориштења модела силе или пријетње односно односа надређености и подређености. Када се нпр. узме кривично дјело „Полни однос злоупотребом положаја" јасно је да се ради о полном односу у који се жртва упушта без свог добровољног пристанка (дакле по стандарду Конвенције, дјелу из чл. 36) али је запријећена казна нпр. у КЗ ФБИХ за то дјело у основном облику од три мјесеца до три године што је вишеструко мање од оне за основни облик силовања (казна затвора од једне до десет година). Слично је и за полни однос са немоћним лицем гдје је запријећена казна мања него за силовање бар у дијелу минималне запријећене казне док су у КЗ РС и КЗ БД максимуми идентични за оба дјела[62].

ЗАКЉУЧАК

На основу наведене анализе можемо констатовати да је, када је у питању кривичноправно реаговање на сексуално насиље, оно у великој мјери усклађено са међународним стандардима у овој области. Неусклађеност правног оквира у свим кривичним законима у БиХ тиче се стандарда „недостатка добровољног пристанка као исход слободне воље" за све облике сексуалног насиља, као и усклађивања кривичних санкција за све облике сексуалног насиља.

С друге стране проблем који је приступан када је у питању сексуално насиље тиче се жртве. Она је хабитуално занемарена, без обзира што су посљедице сексуалног насиља вишеструке и манифестују се у патњи жртава, било у виду здравствених тегоба и/или менталних посљедица. Занемареност жртве испољава се не само кроз кривични поступак у овим кривичним предметима, већ и кроз неформално поступање према

[62] Šikman, M., Kadribašić, A. (2022). *op.cit*., str. 24

жртвама сексуалног насиља. Разлог за наведено могао би се тражити у постојању доминантних супкултурни чинилаца насиља, што указује на значај социјалних чинилаца, а што даље показују и подаци на глобалном нивоу да се велики број (сваки трећи случај) сексуалног насиља врши унутар породице, односно од стране интимног партнера.

Због тога као рјешење овог проблема треба тежити у интензивнијој оријентацији ка правима и потребама жртве. Подршка жртви је кључ успјеха. У том смислу потребно је оснажити жртве сексуалног насиља да пријављују ове случајеве полицији и то већ након првог испољеног облика, при томе не чекајући да се насиље настави испољвати у континуитету. Због тога је потребно развијати моделе спрјечавања сексуалног насиља путем утицаја на опште друштвене услове понашања људи. Циљ коме треба тежити је кретати се од "толеранције на насилно рјешавање конфликата" ка ''нултој толеранцији на сексуално насиље''.

Наравно, наведено не искључује неопходност строжије казнене политике судова, која је у овим случајевима на граници доњег минимума или често ублажена испод законом прописаног минимума казне.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

- Agencija za ravnopravnost polova BiH. (n.d.). *Nasilje nad ženama*. Dostupno putem interneta: https://arsbih.gov.ba/209-2/, pristupljeno 15.5.2024.
- Aroustamian, C. (2020). Time's up: Recognising sexual violence as a public policy issue: A qualitative content analysis of sexual violence cases and the media, *Aggression and Violent Behavior*, *50*, 101341.
- Бабић, М., Марковић, И. (2008). *Кривично право.* Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.
- Бабић, М. Кривична дјела против достојанства личности и морала, Правна мисао, бр. 9–10/86.
- Baron, R., Hoppe, S., Feng Kao, C., Brunsman, B., Linneweh, B., Rogers, D. (1996). Social Corroboration and Opinion Extremity, *Journal of Experimental Social Psychology*, 32(6), 537-560
- Бошковић, М. (2009). Кримоинолошка обележја кривичних дела против полних слобода*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, број 2/2009, 121-141.
- GREVIO. (2022). *GREVIO (polazni) postupak procjene Izvještaj o zakonodavnim i drugim mjerama za implementaciju odredbi Konvencije*

Vijeća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija) Bosna i Hercegovina, usvojio GREVIO dana 24.6.2022.godine. Sekretarijat nadzornog mehanizma Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja u porodici, Savjet Evrope, Strasbourg.

– Marković, I. (2023). *Novi koncept krivičnog djela silovanja modul za obuku profesionalaca i profesionalki u pravosudnoj zajednici.* Bijeljina, Sarajevo: Fondacija „Lara" i Fondacija lokalne demokratije.
– Марковић, И. (2020). Силовање – кривично дјело против полног интегритета (дилеме у судској пракси). *Српска правна мисао*, 26(53), 9-24
– Марковић, И. (2006). Кривична дјела против полног интегирета у кривичном законодавству Републике Српске. *НБП – Наука, безбедност, полиција*, *7*(1), 75-96.
– Moller A., Sondergaard H. P. and Helstrom L (2017). "Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression", *Acta Obstetricia et Gynecologica Scasndinavica*, 932-938.
– Министарство унутршњих послова Републике Српске. (н.д.). *Статистике*. Доступно путем интернета: https://mup.vladars.net/index.php?vijest=informisanje_javnosti&vrsta=statistike, pristupljeno 15.5.2024.
– Mujezinović, J., Marković, I., Begić, S. (2021). *Krivično-pravna zaštita, pravni i socijalni položaj žrtava seksualnog nasilja u Bosni i Hercegovini: osnovna studija*. Bijeljina: Fondacija "Lara", Fondacija lokalne demokratije.
– OSCE. (2019). Istraživanje OSCE-a o nasilju nad ženama u Bosni i Hercegovini: dobrobit i blagostanje žena. Beč: OSCE. Dostupno putem interenta: https://www.osce.org/files/f/documents/f/7/439724_0.pdf, pristupljeno 16.5.2024.
– Стојановић, З. (2020). *Кривично право – општи део*, Београд: Правни факултет Унивезитета у Београду.
– Ševo, O. (2019). *Usklađenost Krivičnog zakonika Republike Srpske sa poglavljem V Istanbulske konvencije*. Dostupno putem sajta: http://hcabl.org/wp-content/uploads/2019/04/Olivera-S%CC%8Cevo-Uskladjenost-KZRS-sa-IK.pdf, pristupljeno 16.06.2022.
– Šikman, M., Kadribašić, A. (2022). *Analiza usklađenosti krivičnih djela nasilja nad ženama i drugih oblika rodno zasnovanog nasilja u krivičnim zakonima u Bosni i Hercegovini sa Istanbulskom konvencijom*. Sarajevo: Atlanska inicijativa.

– Шикман, М., Бајичић, В. (2019). Измјене у кривичном законодавству Републике Српске као израз потребе адекватног реаговања на криминалитет. У: *Измене у кривичном законодавству и статус носилаца правосудних функција и адекватност државне реакције на криминалитет (међународни правни стандарди и стање у Србији),* Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, (307-326).
– UnWomen. (2020). *COVID-19 and ending violence against women and girls*. Dostupno putem interneta: https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls, pristupljeno 16.5.2024.
– Vogelman, L. (1990). Violent crime: Rape. In McKendrick, B. and Hoffmann, W. (Eds.). *People and Violence in South Africa*. Cape Town: Oxford University Press
– World Health Organization. (2021). *Violence against women prevalence estimates, 2018: Global, regional and national prevalence estimates for intimate partner violence against women and global and regional prevalence estimates for non-partner sexual violence against women*. Geneva: World Health Organization. Dostupno putem interneta: https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256, pristupljeno 16.5.2024.

Pravni propisi:

– Beijing Declaration Platform for Action, Adopted at the Fourth World Conference on Women 4 – 15 September 1995
– Beijing+5, Outcome of the twenty-third special session of the General Assembly entitled “Women 2000: gender equality, development and peace for the twenty-first century”, 5 - 9 June 2000 +5
– Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979
– Commission on Human Rights Resolution 2003/45: Elimination of Violence against Women, UN Commission on Human Rights, 23 April 2003
– Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CETS No. 210), Istanbul 11/05/2011.
– Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings was adopted by the Committee of Ministers of the Council of

Europe on 3 May 2005 (CETS No. 197)
– Declaration on the Elimination of Violence against Women, Adopted by General Assembly resolution 48/104 of 20 December 1993
– Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ L 315, 14.11.2012
– Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ L 335, 17.12.2011,
– European Convention on Human Rights, adopted in 1950, Rome.
– General Recommendation No. 19: Violence against Women Adopted at the Eleventh Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1992 (Contained in Document A/47/38
– Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине, 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, 46/21, 31/23, 47/23.
– Кривични законик Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 64/2017, 104/2018 - одлука УС, 15/2021, 89/2021, 73/2023 и "Сл. гласник БиХ", бр. 9/2024 - одлука УС БиХ.
– Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, Службене новине ФБиХ, бр. 36/2003, 21/2004 - испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 и 75/2017, 31/23.
– Кривични закон Брчко Дистрикта БиХ, Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ, бр. 19/2020 - пречишћен текст, 3/24, 14/24.
– Kazenski zakonik (KZ-1-NPB4), Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 54/15, 6/16 – popr., 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21, 105/22 – ZZNŠPP in 16/23
– Kazneni zakon Hrvatske, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22, 114/23, 36/24
– Krivični zakonik Crne Gore, Slubeni list Crne Gore, br. br. 70/2003, 13/2004 - ispr. i 47/2006 i "Sl. list CG", br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - dr. zakon, 40/2013, 56/2013 - ispr., 14/2015, 42/2015, 58/2015 - dr. zakon, 44/2017, 49/2018 i 3/2020
– Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Adopted by resolution A/RES/54/4 at the

fifty-fourth session of the General Assembly of the United Nations, 06 October 1999
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence**,** COM/2022/105 final
- Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence1 (Adopted by the Committee of Ministers on 30 April 2002 at the 794th meeting of the Ministers' Deputies).
- Recommendation Rec(2001)16 of the Committee of Ministers to member states on the protection of children against sexual exploitation, Adopted by the Committee of Ministers on 31 October 2001 at the 771st meeting of the Ministers'Deputies
- Recommendation No. R (2000) 11 of the Committee of Ministers to member states on action against trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation, Adopted by the Committee of Ministers on 19 May 2000, at the 710th meeting of the Ministers' Deputies
- Службени гласник БиХ – Међународни уговори број 15/13.
- *Universal Declaration of Human Rights, adopted by* General Assembly Resolution 217A, United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948.
- Устав Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, број 21/92 – пречишћени текст, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05.
- United Nations Commission on Human Rights, Special Rapporteur on violence against women, Resolution 1994/45, on 4 March 1994.

Prof. Mile Šikman, PhD[63]

CRIMINA LAW PROTECTION FROM SEXCUAL VIOLENCE

***Abstract**: Sexual violence, as part of physical violence, represents the serous forms of violence directed against the victim, that is her sexual freedom and honor. This form of violence is most often manifested towards women and girls by behaviors that include sexual assault without the victims consent, as well as sexaul acts equated with it. Also, sexual violence includes acts thet induce of induce the victim to engage in sexual activities with other persons. The consequences of sexual violence are serious and long-term, which inncluded damage to physical and mental health, as well as severe social trauma, including primary, secondary and tertiary victimization. Sexual violence as such is one of the most serious and widespread forms of violation of human rights. Thet is why the protection of the right to human dignity and security, the right to physical and psychological integrity, the right to sexual freedom, the right to live without violence, one of the goals set by international legal acts, and states have undertaken a positive obligation to introduce legal measures and actions into domestic legislation in order to fulfill the set goal. The subject of this paper is the analysis of international legal regulations and the determination of compliance with domestic legislation for the purpose of preventing sexual violence.*

***Keywords:** sexual violence, criminal act, international law, domestic law.*

[63] Law Faculty University of Banja Luka, mile.sikman@pf.unibl.org

УДК 347.440.32:343.272
doi 10.7251/PR6924885J
Оригинални научни чланак

ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНСКЕ КОРИСТИ У КОНСЕНЗУАЛНИМ КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА

Др Раденко Јанковић[1]

***Сажетак**: Кривични поступци који се завршавају прихватањем споразума о признању кривице, прихватањем изјаве о признању кривице дате судији за претходно саслушање и издавањем казненог налога нови су посебни консензуални поступци у кривичнопроцесним законима у Босни и Херцеговини. Иако се у пракси много примјењују још увијек код њих постоји низ спорних, како теоретских, тако и практичних питања. Једно од њих, које је само површно разматрано, је изрицање мјере одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом. У консензуалним поступцима у односу на редовни кривични поступак код изрицања ове мјере постоје специфичности које нису у потпуности схваћене, што за посљедицу има неуједначену судску праксу у погледу битних питања. Да би размотрио ово, али и друга питања, аутор је обавио два обимна истраживања споразума о признању кривице и захтјева за издавање казненог налога. Разматрање ове проблематике треба да допринесе бољем разумијевању ових поступака, омогући њихову правилнију примјену када се ради о изрицању мјере одузимања имовинске користи, али и да доведе до бољих законских рјешења.*

***Кључне ријечи:** одузимање имовинске користи, споразум о признању кривице, признање кривице пред судијом за претходно саслушање, поступак за издавање казненог налога, консензуални кривични поступак.*

---

[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 настале распадом бивше СФР Југославије, у своја законодавства увеле су консензуалне кривичне поступке. 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 казненог налога су се у Босни и Херцеговини (у даљем тексту БиХ) први пут појавили у Закону о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ (у даљем тексту ЗКП БД БиХ) који је донесен 23. октобра 2000. године.[3] Дана 24. јануара 2003. године донесен је Закон о кривичном поступку БиХ (у даљем тексту ЗКП БиХ).[4] Закон о кривичном поступку Републике Српске (у даљем тексту ЗКП РС) ступио је на снагу 01. јула 2003. године[5], а нови Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине (у даљем тексту ЗКП ФБиХ) 01. августа 2003. године.[6] Сви ови закони су прихватили наведене консензуалне поступке. 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] Консензуалност значи сагласност, најчешће договор, странака о начину избјегавања или бржег завршетка кривичног поступка.[8] Погрешно је у консензуалане поступке

---

[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] (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 7/00); Важећи ЗКП БД БиХ (*Службени гласник БД БиХ*, бр. 33/13, 27/14, 3/19 и 16/20).

[4] Високи представник у БиХ је Одлуком бр. 100/03 донио ЗКП БиХ; ЗКП БиХ ("Службени гласник БиХ", бр. 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 и 65/18).

[5] (*Службени гласник РС*, бр. 50/03"; Важећи ЗКП РС (*Службени гласник РС*, бр, 53/12, 91/17, 66/18 и 15/21).

[6] ЗКП ФБиХ (*Службене новине ФБиХ*, 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.

[8] Горан Томашевић, Казнено процесно право – Општи дио (измијењено и допуњено Е-издање), Сплит: Правни факултет 2013, 95.

сврставати имунитет свједока (чл. 149 ЗКП РС).[9] Признање кривице је заједничко за све консензуалне поступке. Ситуација у којој јавни тужилац даје имунитет свједоку друге је природе.[10] У том случају 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 на поједина питања, ако би га истинит одговор изложио кривичном гоњењу и могућност давања имунитета потпуно је различит од циља консензуалних поступака. Њен циљ је заштита од самооптуживања. Имунитет свједока је познавало и раније југословенско кривично процесно право, али нико од аутора из тог времена није га сврставао у поједностављене или сличне форме. Поједини аутори у поједностављене процесне форме убрајају и признање кривице на главном претресу.[12] Не спорећи да у одређеном смислу и оно представља такву форму, ипак се разликује од осталих. Код казненог налога и признања кривице пред судијом за претходно саслушање изостаје главни претрес, а најчешће и код споразума. Изостанак главног претреса чини суштину правих поједностављених кривичнопроцесних форми. Пошто се главни претрес одржава, не ради се о посебном консензуалном поступку, већ о специфичном и скраћеном облику редовног кривичног поступка. Овдје до признања кривице долази након што су изведени докази или бар њихов дио. То је неопходно да би суд утврдио да је оно потпуно и у складу са изведеним доказима (чл. 281 ЗКП РС), што је услов да би се прихватило.

---

[9] То нпр. чини Хајрија Сијерчић-Чолић, Поступак за издавање казненог налога: процесно законодавство у БиХ и регионални упоредноправни осврт у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Београд: Мисија ОЕБС 2013, 305.

[10] Драгана Косић, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима Републике Српске у зборнику „Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама Европске уније – Стање у БиХ 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 БиХ, 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.

[12] *Ibid*., 195.

2. Појам и карактеристике мјере одузимања имовинске користи

Кривично законодавство бивше СФР Југославије је 1959. године прихватило мјеру одузимања имовинске користи прибављене кривичним дјелом (у даљем тексту одузимање имовинске користи). До тада се она одузимала институтом грађанског права, неоснованим богаћењем. Иако није кривична санкција, већ посебна кривичноправна мјера, њоме се остварују циљеви генералне и специјалне превенције. Иако то није спорно она се у нашој пракси понекад погрешно назива мјером безбједности.[13] Чл. 8. Кривичног законика РС као једно од основних начела предвиђа одузимање противправне имовинске користи. По њему нико не може задржати имовинску корист прибављену извршењем кривичног дјела, чиме се то унапријед сваком ставља на знање.[14] У одлуци о одузимању имовинске користи суд не одређује рок за реализацију јер је она извршна правоснажношћу. Ову одлуку суд доноси по службеној дужности. За њу му није потребан приједлог јавног тужиоца.[15] Она се, као и приходи или друге користи из ње настале, обавезно одузима. По чл. 83. ст. 3. Кривичног законика РС суд одузима имовинску корист у законом прописаном поступку и када из правних или фактичких разлога није могуће вођење кривичног поступка према учиниоцу кривичног дјела.[16] Ово рјешење је добро јер омогућава њено одузимање и онда када се не може изрећи осуђујућа пресуда. Проблем је у томе што се предвиђа да се тада имовинска корист одузима у „законом прописаном поступку“, а ЗКП РС то за сада не омогућава. ЗКП РС чл. 386-393. прописује поступак за одузимање имовинске користи, али те одредбе нису примјенљиве онда када се не води главни претрес. Због тога их је потребно допунити како би се наведена могућност из Кривичног законика РС могла реализовати.[17] Њеном примјеном одузимају се новац, предмети од вриједно-

[13] Нпр. у пресуди којом се издаје казнени налог Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 190310 14 Кпс од 24. новембра 2015. године или пресуди Окружног суда у Бањој Луци донесеној на основу споразума бр. 11 0 К 024274 19 Кпс од 15. маја 2019. године.

[14] (*Службени гласник РС*, бр. 64717, 104/18, 15/21, 89/21 и 73723); КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ посебно не прописују ово начело, иако га прихватају.

[15] Вељко Икановић, „Прање новца и одузимање имовине стечене криминалним радњама“, *Право и правда* бр. 1/2009, 108.

[16] Ова одредба не постоји у КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ.

[17] Раденко Јанковић, „Осврт на општи дио Кривичног законика Републике Српске“, *Адвокатура* бр. 23/2019, 91.

сти и свака друга имовинска корист, а ако то није могуће учинилац се обавезује да плати новчани износ који одговара прибављеној имовинској користи. Првенствено се одузима у оном облику у коме је прибављена кривичним дјелом. Ако је дошло до трансформације њеног облика учинилац кривичног дјела се обавезује да плати новчани износ који јој одговара.[18] Она се мора утврдити посебно за сваког оптуженог према висини користи коју је прибавио. Ако то није могуће, суд за сваког оптуженог утврђује њену висину по слободној оцјени.[19] Њена висина утврђује се према вриједности коју су прибављени предмети имали у вријеме извршења кривичног дјела. Ако је учинилац остварио већу имовинску корист од тржишне вриједности предмета у вријеме извршења дјела од њега се одузима пун износ тако прибављене имовинске користи.[20] Може се одузети и од лица на које је пренесена без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вриједности, ако је оно знало или могло знати да је прибављена кривичним дјелом. И у овом случају одузимање је обавезно, а не факултативно.[21] Постојање законских услова да се имовинска корист одузме од трећег лица не ослобађа учиниоца обавезе да је врати. Суд цијени да ли је цјелисходније, лакше и практичније реализовати мјеру тако што ће се на враћање имовинске користи обавезати учинилац или лице на које је корист пренесена. Ако је оштећеном у кривичном поступку досуђен имовинскоправни захтјев суд ће одузети имовинску корист само уколико га она прелази. Оштећени има првенство, а одузимање имовинске користи је супсидијарна мјера која се изриче само онда када суд није досудио имовинскоправни захтјев или кад је имовинска корист од њега већа. Погрешно је, а често у пракси, да суд не одузима

[18] Одлука Врховног суда БиХ бр. КЖ-818/87 од 24. децембра 1987. године наведена по Исмет Шушкић, Материјални и процесни аспекти процесуирања кривичних дјела у области царина и пореза – Модул IV, Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет БиХ, 2007, 29; Никола Срзентић, Александар Стајић и Љубиша Лазаревић, Кривично право општи део (тринаесто издање), Београд: Савремена администрација 1986, 338. са овим изједначавају ситуације у којима је предмет прибављен кривичним дјелом учинилац оштетио, дјелимично утрошио или употребом смањио његову вриједност.

[19] Одлука Врховног суда БиХ бр. Кж-506/76, наведена по Фрањо Бачић, Љубо Бавцон, Мирослав Ђорђевић, Божидар Краус, Љубиша Лазаревић, Миомир Лутовац, Никола Срзентић и Александар Стајић, Коментар Кривичног закона СФР Југославије, четврто издање, Београд: Савремена администрација 1988, 338.

[20] *Ibidem,* 335.

[21] Јован Бутуровић „Одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом“, *Билтен правне службе ЈНА* бр. 2-3/1987, 47.

имовинску корист кад оштећеног упути на парницу сматрајући да ће се она у том поступку одузети. Ако оштећени не покрене парницу или на други начин не оствари имовинскоправни захтјев, учинилац задржава имовинску корист, што није прихватљиво.

Предвиђен је посебан поступак за одузимање имовинске користи (чл. 392. до 399. ЗКП БиХ, чл. 386. до 392. ЗКП РС, чл. 413. до 420. ЗКП ФБиХ и чл. 393. до 399. ЗКП БД БиХ). Јавни тужилац је дужан прикупљати доказе и извијати околности које су од важности за њено утврђивање. Ово је примарна обавеза јавног тужиоца, али је истовремено и обавеза суда. Када треба одузети имовинску корист од лица на које је пренесена, оно се позива на главни претрес ради саслушања. То вриједи и за представника правног лица. Уколико су уредно позвани, а на позив се не одазову, поступак ће се и без њих спровести, на шта се у позиву упозоравају. Пропуст суда да позове ова лица представља битну повреду одредаба кривичног поступка због тога што је неопходно утврдити да ли је и под каквим условима корист пренесена, без накнаде или уз накнаду, да ли накнада одговара стварној вриједности, да ли су та лица знала или могла знати да је корист прибављена кривичним дјелом. Њима се мора омогућити да оспоре повезаност кривичног дјела и имовинску корист, односно да докажу да је она резултат законитог правног посла нпр. поклона, купопродаје. Ако суд у току главног претреса утврди да долази у обзир одузимање имовинске користи, прекида главни претрес и позива лице на које је имовинска корист пренесена као и представника правног лица како би имали могућност да учествују у поступку. Суд висину њеног износа утврђује по слободној оцјени ако је то спојено са несразмјерним тешкоћама или знатним одуговлачењем поступка.[22] Несразмјерне тешкоће могу настати нпр. уништавањем или нестанком предмета, недостатком података о квалитету, произвођачу, купцу. Знатно одуговлачење поступка могуће је нпр. због потребе сложеног и дуготрајног вјештачења. Ово законско рјешење даје предност суђењу без одгађања и рјешавању ствари која је главни предмет кривичног поступка. Када долази у обзир одузимање имовинске користи, суд може одредити привремене мјере обезбјеђења, нпр. забрану отуђења, забрану даљих исплата са рачуна оптуженог. Потреба за привременим мјерама најчешће се јавља у истрази када постоји реална опасност да се отуђи имовина

[22] У чл. 388. ЗКП РС омашком је умјесто термина „слободној“ употријебљен термин „службеној“.

или да се са имовинском користи располаже на начин који спрјечава или знатно отежава њено одузимање, али се може јавити и касније. Суд је обавезан да у одлуци прецизно наведе који се предмет (врста, број, величина, година производње, серијски број, произвођач итд.), односно тачан новчани износ одузима. Одлука о одузимању имовинске користи је везана за изреку осуђујуће пресуде и разлике међу њима чине изреку пресуде неразумљивом и противрјечном, нпр. у изреци пресуде наводи се једна врста предмета, односно новчани износ, а одузима се друга врста предмета и други новчани износ. Чл. 83. ст. 4. Кривичног законика РС прописује да се одузета имовинска корист неће умањити за износ средстава уложених у криминалну дјелатност.[23] Овом новом одредбом напуштен је ранији став по коме је код утврђивања износа имовинске користи суд узимао у обзир одређене издатке и трошкове које је учинилац имао у вези са њеним остваривањем. Ни раније се није узимао у обзир лични труд учиниоца уложен у криминалну дјелатност, као ни трошкови које је имао приликом вршења ове дјелатности.[24] Сматра се да је ово ново рјешење добро и да отклања све могуће дилеме.[25]

3. Мјера одузимања имовинске користи у споразуму

Иако то кривичнопроцесни закони у БиХ изричито не предвиђају, ни у теорији, а ни у пракси није спорно да предмет споразума може бити и мјера одузимања имовинске користи.[26] Нека законодавства изричито предвиђају да предмет споразума може бити и мјера одузимања имовинске користи, нпр. чл. 363. ст. 3. ЗКП Хрватске,[27] а у некима, ако су за то

[23] Ова одредба не постоји у КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ.

[24] Начелан став XIII Заједничке сједнице Савезног суда, врховних судова република и покрајина и Врховног војног суда одржане 25. и 26. октобра 1979. године, наведен по Хајрија Сијерчић-Чолић, Малик Хаџиомерагић, Маринко Јурчевић, Дамјан Кауриновић и Миодраг Симовић, Коментари закона о кривичном/казненом поступку у БиХ, Сарајево: Савјет Европе и Европска комисија 2005, 947.

[25] Раденко Јанковић, „Осврт на општи дио Кривичног законика Републике Српске“, *Адвокатура* бр. 23/2019, 92.

[26] На 3. Конференцији главних тужилаца у БиХ одржаној у Сарајеву 21. и 22. новембра 2007. године донесени су Закључци и препоруке, међу којима и закључак да се закључивањем споразума не може избјећи обавеза враћања незаконито стечене имовине.

[27] Закон о казненом поступку Хрватске (*Народне новине Републике Хрватске*, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13, 152/14, 70/17, 126/19, 130/20, 80/22 и 36/24).

испуњени законом прописани услови, мора, нпр. по чл. 314. ст. 1. тач. 4. ЗКП Србије.[28] Занимљиво рјешење има чл. 450.б ст. 2. ЗКП Словеније по коме одузимање имовинске користи не може бити предмет споразума, а које полази од тога да се она обавезно одузима по сили закона.[29] Изричито предвиђање у кривичнопроцесним законима у БиХ да се захтјевом за издавање казненог налога може тражити изрицање ове мјере посредно потврђује став да се може изрећи и на основу споразума, јер су ово слични консензуални поступци. И Врховни суд РС заузео је став да одузимање имовинске користи може бити предмет споразума.[30] Истраживање је показало да су у пракси Окружног јавног тужилаштва у Бањој Луци (у даљем тексту ОЈТ у Бањој Луци) такви примјери релативно ријетки, за разлику од неких других тужилаштава.[31] У пракси често наилазимо на споразуме које је суд прихватио, а у којима није било предложено изрицање ове мјере, иако су за то били испуњени сви законом предвиђени услови. Такви споразуми сматрају се „мањкавим".[32] Ауторово истраживање показало је да постоји на десетине таквих примјера.[33] Исти проблем постоји и код пресуда донесених на главном претресу.[34] С друге

[28] Законик о кривичном поступку Србије (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19 и 27/20).

[29] Zakon o kazenskem postopku Slovenije (*Uradni list Republike Slovenije*, бр. 176/21, 96/22, 2/23 и 89/23).

[30] Пресуда Врховног суда РС бр. Кж-150/05 од 24. новембра 2005. године.

[31] Мирсад Хамидић, Одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелом у БиХ, Сарајево: University press 2014, 69-80. наводи такве пресуде Суда БиХ од 2005. до 2009. године, а произлази да је отприлике половина ових мјера изречена управо на основу споразума.

[32] Александар Јевшек и Милимир Говедарица, Одузимање имовинске користи и појединостављене форме поступака у кривичним стварима у зборнику „Појединостављене форме поступања у кривичним стварима", Београд: Мисија ОЕБС 2013,353.

[33] Нпр. споразумом закљученим у ОЈТ у Бањој Луци 22. августа 2018. године бр. Т13 0 КТПО 0033093 16 није предложено одузимање имовинске користи, нити је она одузета пресудом Основног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 252220 17 К од 24. августа 2018. године, иако се у чињеничном опису кривичног дјела наводи више лица којима је оптужени продао опојне дроге марихуану и спид и износи за које их је продао.

[34] Нпр. пресудом Окружног суда у Бањој Луци бр. 11 0 К 022744 18 к од 22. маја 2018. године два оптужена су оглашена кривим за кривично дјело неовлаштена производња и промет опојних дрога из чл. 207. ст. 1. КЗ РС, а од њих није одузета имовинска корист прибављена продајом дроге, иако се у чињеничном опису кривичног дјела наводи више лица којима су продали кокаин и марихуану, наводе се количине продане дроге и износи за које су продани. Против пресуде није изјављена ни жалба.

стране, безрезервно је прихваћен став да споразум не може да садржи одредбу којом се предлаже суду да не изрекне ову мјеру у случају да су за изрицање испуњени законом предвиђени услови, јер је њено изрицање обавезно и диспозиције странака у споразуму не смију бити противне одредбама кривичног закона.[35]

Табела број 1.

Мјера одузимања имовинске користи у споразумима закљученим у ОЈТ у Бањој Луци[36]

Година	Број лица која су закључила споразум	Број и проценат лица за која је споразумом предложено одузимање имовинске користи
2011.	98	0 – 0,00%
2012.	123	0 – 0,00%
2013.	92	0 – 0,00%
2014.	108	0 – 0,00%
2015.	109	0 – 0,00%
2016.	126	0 – 0,00%
2017.	136	1 – 0,74%
2018.	151	3 – 1,99%
2019.	133	2 – 1,50%
укупно	1.076	6 – 0,56%

Пошто је изрицање мјере одузимања имовинске користи по закону обавезно поставља се питање како ће суд поступити ако споразум, иако су испуњени законски услови за њено изрицање, не садржи такав приједлог. Наравно, најбоље рјешење је да споразум у том случају садржи и такву одредбу, јер је изрицање ове мјере обавезно по закону. Поједини аутори предлажу да у тој ситуацији суд странкама најприје укаже на овај недостатак споразума и упути их да га у том правцу допуне.[37] Да ли суд може изрећи ову мјеру у складу са законом прихватајући споразум у којем није предложена. По једном становишту, суд може прихватајући споразум из-

[35] Нпр. Љиљана Филиповић, Поступак оптужења и главни претрес – Модул II, Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет БиХ 2006, 255.

[36] Подаци о споразумима закљученим у ОЈТ у Бањој Луци, осим подручне канцеларије у Мркоњић Граду, добијени истраживањем аутора непосредним увидом у предмете.

[37] Нпр. Милорад Новковић, „Нормативна и практична искуства у регулисању и примјени споразума о признању кривице као новог института кривичног процесног права у БиХ“, *Билтен Окружног суда у Бањој Луци* бр. 2-4/2006, 15.

рећи ову мјеру, иако у њему није предложена.[38] Оно полази од тога да је њено изрицање, ако су за то испуњени законом предвиђени услови, по закону обавезно и да њу у кривичном поступку утврђује суд по службеној дужности. Примјере за ово становиште налазимо и у судској пракси.[39] Истраживање које је аутор спровео у ОЈТ у Бањој Луци показало је да постоје бројни такви примјери. У неким случајевима одузимање имовинске користи теже погађа оптуженог од казне.[40] По другом становишту споразум који не садржи приједлог за одузимање имовинске користи, ако су за то испуњени законом прописани услови, је мањкав. Његовим прихватањем суд нема могућност изрицања ове мјере, поготово што се није увјерио да је оптужени разумио све посљедице закључивања споразума, у овом случају оне у вези са одузимањем имовинске користи и што споразум није садржавао изјашњење оптуженог да је упознат са овим његовим посљедицама[41] По овом схватању „оптужени је доведен у заблуду“ ако суд прихвати споразум којим није предложена мјера одузимања имовинске користи и изрекне је. Суд у тој ситуацији треба да одбаци споразум, јер је незаконит и у супротности је са одредбом о обавезном изрицању ове мјере. Ово становиште налазимо и у стручној литератури.[42] На истој линији је и став по

[38] Ово схватање заступа нпр. Милан Благојевић, Огледи из кривичнопроцесног права, Добој 2005, 263.

[39] Нпр. пресуда Окружног суда у Бањој Луци бр. 011-0-Кж-07-000 074 од 28. марта 2007. године у чијем се образложењу наводи да је то питање које је требало регулисати споразумом, али како није првостепени суд је морао донијети такву одлуку по службеној дужности или пресуда Суда БиХ бр. С1 2 К 024118 22 Кж од 08. марта 2022. године у чијем образложењу се наводи да није неопходно да постоји сагласност оптуженог за одузимање имовинске користи, нити да је то предложено споразумом.

[40] Нпр. споразумом закљученим у ОЈТ у Бањој Луци 13. јуна 2013. године предложено је изрицање казне затвора од 3 мјесеца која се може замијенити новчаном казном, кога је Основни суд у Приједору прихватио и пресудом бр. 77 0 К 047807 13 К од 14. јуна 2013. године уз казну затвора изрекао и мјеру одузимања имовинске користи у износу од 65.038,98 КМ, иако она није била предложена споразумом.

[41] Пресуда Врховног суда ФБиХ бр. 03 0 К 005071 11 Кж 4 од 1. априла 2011. године, наведена по Врховни суд ФБиХ, Билтен судске праксе Врховног суда ФБиХ бр. 1-2/2011, 17-18. У образложењу се наводи да је неправилна првостепена одлука, с обзиром на садржај споразума, а да се та неправилност не може отклонити њеним укидањем јер се њен основ налази у мањкавости прихваћеног споразума, а пресуда је преиначена тако што је укинута одлука о одузимању имовинске користи из првостепене пресуде.

[42] Иван Турудић, Тања Павелин_Борзић и Ивана Бујас, „Споразум странака у казненом поступку – трговина правдом или?, *Правни вјесник* бр.1/2016, 145.

коме се може одузети имовинска корист само у износу који је предложен споразумом.[43]

Код овако неуједначене судске праксе поставља се питање које од наведених становишта је исправно. Исправно је становиште по коме се пресудом донесеном на основу споразума не може изрећи мјера одузимања имовинске користи ако споразумом није била предложена. Уколико су за њено изрицање били испуњени законом предвиђени услови суд такав споразум треба одбацити. Другостепени суд једино може да потврди првостепену пресуду којом ова мјера није изречена јер споразумом није била ни предложена и одбије жалбу јавног тужиоца без обзира на незаконитост до које је дошло, не само пропустом првостепеног суда, већ и јавног тужиоца.[44] Уколико је она изречена првостепеном пресудом, а да споразумом није била предложена, другостепени суд ће по жалби оптуженог преиначити првостепену пресуду тако што ће укинути дио који се односи на изрицање ове мјере. Било која пресуда која се заснива на признању кривице може се донијети само онда ако је оптужени упознат са свим његовим могућим посљедицама. То је код пресуда које се доносе на основу споразума и признања кривице датог пред судијом за претходно саслушање изричито прописано. Суд је обавезан да приликом разматрања споразума провјери да ли је до њега дошло након што је оптужени упознат са свим могућим његовим посљедицама (чл. 231. ст. 6. тач. а) ЗКП БиХ, чл. 246. ст. 6. тач. а) ЗКП РС, чл. 246. ст. 6. тач. а) ЗКП ФБиХ и чл. 231. ст. 6. тач. а) ЗКП БД БиХ). За разлику од ЗКП РС остали кривичнопроцесни закони у БиХ међу тим посљедицама изричито наводе и посљедице везане за одузимање имовинске користи. Осумњичени, односно оптужени закључује споразум под изричито предвиђеним условима. Свих тих услова он мора бити свјестан. Ако га закључи не очекујући да ће му бити изречена мјера одузимања имовинске користи, па она буде изречена, иако није била предложена, он је доведен у заблуду и на неки начин „преварен“. Томичић и Новокмет истичу да је добро то што је измјенама ЗКП Хрватске изричито предвиђено да је саставни дио споразума и изјава окривљеног о прихватању приједлога за одузимање

[43] Пресуда Врховног суда ФБиХ бр. 09 0 029487 18 Кж 8 од 14 децембра 2018. године, наведена по Врховни суд ФБиХ, Билтен судске праксе Врховног суда ФБиХ бр. 1-2/2018, 18-19.

[44] Одлука Врховног суда Хрватске бр. I Кж-710/12, наведена по Петар Новоселац и Игор Мартиновић, Коментар Казненог закона, Загреб: *Народне новине* 2019.

имовинске користи, без обзира што се она обавезно одузима, да се окривљени не би „неугодно изненадио“ ако му се мјера изрекне, а да није била предложена.[45] Такво поступање је супротно природи овог посебног кривичног поступка, јер се не зна да ли би споразум уопште био закључен да је имао и тај услов. Измјенама и допунама кривичнопроцесних закона у БиХ треба прописати елементе споразума, односно шта то он мора, шта може, а шта не смије да садржи. Међу њима као обавезан елемент споразума треба предвидјети споразум о одузимању имовинске користи или имовине стечене извршењем кривичног дјела ако су за то испуњени законом прописани услови, као што је то нпр. учињено чл. 314. ст. 1. тач. 4. ЗКП Србије. На тај начин би се отклониле дилеме које постоје у нашој пракси, а недвосмислено би потврђивало да је оптужени свјестан да закључивањем споразума пристаје и на ову посљедицу. Уколико ова мјера споразумом није предложена на претресу се могу јавити одређени проблеми. Иако се на њему након прихватања споразума могу изводити докази, не изводе се они којима се утврђује постојање кривичног дјела и кривичне одговорности. На претресу је понекад тешко утврђивати шта се тачно овом мјером треба одузети. Њоме се од учиниоца одузимају новац, предмети од вриједности и свака друга имовинска корист који су прибављени кривичним дјелом, али ако то није могуће, учинилац се обавезује да плати новчани износ који одговара прибављеној имовинској користи. Проблем је без главног претреса утврдити да ли се имовинска корист и даље налази у облику у коме је прибављена кривичним дјелом, а ако се не налази, одредити одговарајући новчани износ. Проблем постоји и када је имовинску корист заједно прибавило више оптужених јер се мора утврдити висина користи коју је прибавио сваки поједини оптужени. По правилу, висина остварене имовинске користи утврђује се према вриједности коју су прибављени предмети имали у вријеме извршења кривичног дјела, али ако је учинилац у конкретном случају остварио већу имовинску корист од тржишне вриједности коју су предмети имали у вријеме извршења дјела, учиниоцу ће се одузети пун износ прибављене имовинске користи. Ове, али и друге чињенице, веома је тешко утврдити у поступку који се заснива на консензусу странака, који није прилагођен рјешавању питања о којима не постоји њихова сагласност. Проблем представља и законско рјешење по коме се

[45] Звонимир Томичић и Анте Новокмет, „Нагодбе странака у казненом поступку – достигнућа и перспективе“, *Правни вјесник* бр. 3-4/2012, 184.

по правилу одмах након прихватања споразума наставља са претресом за изрицање њиме предвиђене кривичне санкције.

Иако се о томе није расправљало у нашој стручној литератури, споразумом се не може предложити одузимања имовинске користи од трећег лица. Такву могућност иначе наговјештава Врховни суд РС.[46] Она се одузима и од лица на које је пренесена без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вриједности, ако је оно знало или могло знати да је прибављена кривичним дјелом. У том случају мора се утврдити да ли је треће лице знало или је могло знати да је имовинска корист прибављена кривичним дјелом и да је пренесена на њега без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вриједности. Услов за њено одузимање од трећег лица у редовном кривичном поступку је да је оно уредно позвано на главни претрес ради саслушања. Непозивање трећег лица у овом случају представља битну повреду одредаба кривичног поступка. Њему се мора дати могућност да докаже да је до имовинске користи дошло законитим правним послом, односно да не постоје услови за њено одузимање. Све ово је тешко, некада и немогуће утврђивати у једном консензуалном и скраћеном кривичном поступку. Овдје је проблем и то што би се јавни тужилац и оптужени таквим споразумом сагласили о мјери која треба да погоди треће лице без његовог знања и сагласности, која треће лице може тешко погодити.[47] Постоје и судске одлуке којима је на основу споразума одузета имовинска корист и од трећег лица, али је оно, односно њен пуномоћник, било присутно на рочишту за разматрање споразума.[48] На такве споразуме наилазимо и у нашој пракси. Тако је законски заступник правног лица, овдје трећег лица на које је имовинска корист пренесена, био један од потписника споразума којим је на то пристао, а касније је присуствовао и рочишту на коме је споразум разматран и прихваћен.[49] У нашој пракси наилазимо на примјере у

[46] Пресуда Врховног суда РС бр. 71 0 К 209349 17 Квлз од 6. јуна 2017. године.

[47] Одлука Вишег суда у Копру бр. II Кр 95442/2010 у чијем образложењу се наводи да је субјект закључивања споразума конкретни оптужени и да је разумљиво да он не може улазити у права и дужности других који нису учествовали у доказном поступку, због чега њихова права не смију бити окрњена.

[48] Пресуда Вишег суда у Београду – Посебно одељење СПК-По1. бр. 5/12 од 28. марта 2012. године, наведена по Александар Трешњев, Збирка судских одлука из кривичноправне материје – књига 9. Београд: Службени гласник 2013, 259.

[49] Споразум Кантоналног тужилаштва Сарајево бр. Т09 0 КТО 0106155 16 од 09. августа 2019. године и пресуда Кантоналног суда у Сарајеву бр. 09 0 К 035651 20 К од 17.

којима је пресудом донесеном на основу споразума у коме је то било предложено одузета имовинска корист, не од оптуженог, већ од правног лица, иако против њега није ни вођен кривични поступак, нити је оно у поступку против оптуженог физичког лица учествовало.[50] Могуће је да је овакав споразум одговарао оптуженом и да мјеру одузимања имовинске користи од правног лица није било могуће извршити.

У пракси јавни тужиоци и судије често не разликују мјеру одузимање имовинске користи од имовинскоправног захтјева, па се споразумом предлаже, а пресудом донесеном на основу њега обавезује оптужени да оштећеном врати прибављену имовинску корист.[51] Имовинска корист одузима се у корист буџета, а не оштећеног коме се надокнађује штета учињена кривичним дјелом.

4. Мјера одузимања имовинске користи у захтјеву за издавање казненог налога

Кривичнопроцесни закони у БиХ изричито предвиђају да се захтјевом за издавање казненог налога може тражити изрицање мјере одузимање имовинске користи (чл. 334. ст. 2. ЗКП БиХ, чл. 358. ст. 2. ЗКП РС, чл. 350. ст. 2. ЗКП ФБиХ и чл. 334. ст. 2. ЗКП Б Д БиХ). Она је једина кривичноправна мјера која се може изрећи у поступку за издавање казненог налога. Већина законодавства предвиђа могућност да се казненим налогом изрекне и мјера одузимања имовинске користи, нпр. њемачко, швајцарско, италијанско. У нашој пракси релативно су ријетки захтјеви за издавање казненог налога којима се тражи њено изрицање, што није прихватљиво, ако се зна да је њено изрицање, уколико су за то испуњени законски услови обавезно и да су дужни да о томе воде рачуна и јавни тужилац и суд. Према истраживању спроведеном у ОЈТ у Бањој Луци

septembra 2022. године, наведени по Славо Лакић, „Споразум о признању кривње“, Предавање одржано 23. новембра 2022. године, Сарајево: Центар за едукацију судија и тужилаца Федерације БиХ 2022, 19.

[50] Нпр. споразум закључен у ОЈТ у Бањој Луци 13. јуна 2013. године бр. Т13 0 КТ 0010232 12 који је Основни суд у Приједору прихватио и пресудом бр. 77 0 К 047807 13 К од 14. јуна 2013. године оптуженом изрекао предложену казну затвора од 3 мјесеца, а поред тога и правном лицу чији је оптужени власник изрекао мјеру одузимања имовинске користи у износу од 65.038,98 КМ.

[51] Нпр. споразум бр. Т13 0 КТ 0026761 15 закључен у ОЈТ у Бањој Луци 25. августа 2017. године.

она се предлаже у око 1% случајева у којима се захтијева издавање казненог налога, а у нешто мањем проценту изриче казненим налогом.[52]

Табела број 2.

Приједлог за изрицање мјере одузимања имовинске користи у захтјевима за издавање казненог налога у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци

Година	Број лица према којима је стављен захтјев за издавање казненог налога	Број лица за која је предложено одузимање имовинске користи	Проценат лица за која је предложено одузимање имовинске користи
2011. година	847	6	0,71%
2012. година	1.139	5	0,44%
2013. година	725	6	0,83%
2014. година	807	18	2,23%
2015. година	906	10	1,10%
2016. година	784	7	0,89%
укупно	5.208	52	1,00%

Табела број 3.

Изрицање мјере одузимања имовинске користи издавањем казненог налога по оптужницама ОЈТ у Бањој Луци

Година	Број лица према којима је издан казнени налог	Број лица којима је изречена мјера одузимање имовинске користи	Проценат лица којима је изречена мјера одузимање имовинске користи
2011. година	584	4	0,68%
2012. година	703	3	0,43%
2013. година	408	3	0,74%
2014. година	488	6	1,23%
2015. година	528	6	1,14%
2016. година	182	2	1,10%
укупно	2.893	24	0,83%

[52] Подаци о захтјевима за издавање казненог налога стављеним у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци, осим Подручне канцеларије у Мркоњић Граду, добијени истраживањем аутора непосредним увидом у предмете.

Када су за то испуњени законом предвиђени услови изрицање ове мјере је обавезно. Принудне одредбе кривичних закона се морају поштовати. Диспозиције странака не могу бити противне таквим одредбама. Може се поставити питање како ће судија поступити ако захтјев за издавање казненог налога, иако су испуњени законски услови за њено изрицање, не садржи такав приједлог. Начелно су могућа два становишта. По једном, судија ће изрећи мјеру одузимања имовинске користи и када није тражена захтјевом за издавање казненог налога. Оно полази од тога да је њено изрицање, када су за то испуњени законом предвиђени услови, обавезно и да по законској одредби имовинску корист у кривичном поступку утврђује суд по службеној дужности. И Врховни суд РС је заузео став да се пресудом којом се издаје казнени налог мора изрећи мјера одузимања имовинске користи и када није предложена захтјевом за издавање казненог налога.[53] У њеном образложењу наводи се да је општи принцип да учинилац кривичног дјела не може задржати имовинску корист њиме остварену, да за одузимање имовинске користи није потребан захтјев, приједлог, нити иницијатива јавног тужиоца у било којој форми или у било ком дијелу оптужног акта и да њу суд одузима по службеној дужности од извршиоца кривичног дјела, али и од трећег лица, да је не изрицањем ове мјере повријеђен кривични закон у корист осуђеног. По другом, судија не може прихватити захтјев за издавање казненог налога у коме није тражено изрицање мјере одузимање имовинске користи и изрећи је пресудом којом се издаје казнени налог. Он мора одбити такав захтјев због тога што се у том случају према подацима из оптужнице може, односно "мора" очекивати изрицање и ове мјере. По овом схватању суд није овлаштен да прихватајући захтјев јавног тужиоца за издавање казненог налога изриче кривичне санкције, али ни мјере које у њему нису предложене.[54] И на ово схватање наилазимо у судској пракси. По њему је повријеђено право оптуженог на одбрану у случају када је суд изрекао ову мјеру, а да она није била предложена захтјевом за

[53] Пресуда Врховног суда РС бр. 71 0 К 209349 17 Квлз од 6. јуна 2017. године; Исто и пресуда Врховног суда Хрватске бр. Кзз-1-03-4 од 08. децембра 2006. године, наведена по Марин Боначић, „Критички осврт на хрватско законодавно уређење института казненог налога", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1/2015, 207-208.

[54] Ово схватање заступа нпр. Марин Боначић, „Критички осврт на хрватско законодавно уређење института казненог налога", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1/2015, 208.

издавање казненог налога због тога што оптужени није био упозорен на могућност изрицања ове мјере, нити се о њој изјашњавао. На тај начин „оптужени је доведен у заблуду“ да прихвати захтјев јавног тужиоца за издавање казненог налога под условом да му буде изречена предложена новчана казна, а не и мјера одузимања имовинске користи. Пошто је изрицање ове мјере обавезно, када су за њу испуњени законом предвиђени услови, суд не може такав захтјев прихватити.[55]

У овој ситуацији, као и у многим другим, наилазимо на различите судске одлуке. Поред оне којом се жалба јавног тужиоца усваја и првостепена пресуда преиначава тако што се изриче мјера одузимања имовинске користи која није била предложена захтјевом за издавање казненог налога, оне којом се у том случају жалба јавног тужиоца као неоснована одбија постоји и она којом се жалба оптуженог усваја, првостепена пресуда укида и предмет враћа првостепеном суду на поновно суђење.[56] Код овако неуједначене судске праксе мора се поставити питање које је од наведених становишта исправно. Пресудом којом се издаје казнени налог не може се изрећи мјера одузимања имовинске користи ако није предложена захтјевом за издавање казненог налога, без обзира што је њено изрицање по закону обавезно ако су за то испуњени законом прописани услови. Ова пресуда у цјелости мора бити у складу са захтјевом за издавање казненог налога. Другостепени суд може једино да потврди првостепену пресуду којом ова мјера није изречена јер је није тражио јавни тужилац, без обзира на незаконитост пресуде до које је дошло, не само пропустом првостепеног суда, већ и јавног тужиоца. Уколико је она изречена пресудом којом је издан казнени налог, а да је јавни тужилац није ни тражио, другостепени суд ће по жалби оптуженог преиначити првостепену пресуду тако што ће укинути њен дио који се односи на изрицање ове мјере.

Становиште Врховног суда РС није прихватљиво. Оно, без икакве дилеме, важи у редовном кривичном поступку јер кривични закон предвиђа општи принцип по коме учинилац кривичног дјела не може задржати имовинску корист, што важи и за трећа лица. Међутим, за њено одузимање није довољан сам по себи овај општи принцип, већ је неопходно да буду испуњени и одређени процесни услови. У кривич-

[55] Пресуда Окружног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 209349 16 Кж од 26. 01. 2017. године.

[56] Рјешење Окружног суда у Бањој Луци бр. 71 0 К 224570 16 Кж од 11. октобра 2016. године.

ном праву постоје и други општи принципи, нпр. да се кривично одговорном учиниоцу кривичног дјела изриче кривична санкција. Без обзира на постојање кривично одговорног учиниоца кривичног дјела то се неће догодити, нпр. ако је он недоступан јер му се не може судити у одсуству, ако је умро прије правоснажно завршеног кривичног поступка, ако је послије извршеног кривичног дјела оболио од трајног душевног обољења, ако је наступила застарјелост кривичног гоњења или постоје друге процесне сметње. Постојање тих посебних процесних услова је нарочито неопходно за одузимање имовинске користи од трећег лица, од кога се она може одузети само ако је позвано на главни претрес. Становиште Врховног суда РС превиђа правну природу поступка за издавање казненог налога, која је полазна тачка за рјешење ове, али не само ове дилеме. Он је скраћени поступак у коме изостаје фаза главног претреса. Изостанак главног претреса га чини специфичним и доводи до тога да нека рјешења која важе у редовном кривичном поступку у њему нису примјењива. Он је и посебан кривични поступак који је регулисан посебним одредбама. Те посебне одредбе регулишу нека питања у овом поступку на другачији начин и одступају од рјешења која се примјењују у редовном кривичном поступку. Ако је неко питање регулисано тим посебним одредбама оне имају приоритет у односу на опште одредбе које важе за редовни кривични поступак. Једно од питања које је регулисано тим посебним одредбама је и изрицање мјере одузимања имовинске користи. Оптужени се на рочишту у поступку за издавање казненог налога изјашњава о тачно одређеним питањима. Он се изјашњава само о оној кривичној санкцији или мјери коју је јавни тужилац предложио. Ово је и консензуални поступак, што значи да је могућ само онда када између странака постоји сагласност о свим битним питањима. Пресуда којом се издаје казнени налога се доноси само онда када оптужени изричито прихвати да му се изрекну предложене кривичне санкције или мјера. У случају изрицања ове мјере, када није предложена захтјевом за издавање казненог налога, јављају се и тешко рјешиви практични проблеми који су наведени за ситуацију када се ова мјера изриче, а да није предложена споразумом. Они су овдје још израженији због тога што се на рочишту у поступку за издавање казненог налога не изводе докази.

Захтјевом за издавање казненог налога не може се тражити одузимање имовинске користи од трећег лица, иако се она начелно може одузети и од лица на које је пренесена без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вриједности, ако је оно знало или могло знати да је прибављена

кривичним дјелом. У овом случају се мора утврдити да ли је треће лице знало или је могло знати да је имовинска корист прибављена кривичним дјелом и да је она пренесена на њега без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вриједности. Услов за њено одузимање од трећег лица у редовном кривичном поступку је да је оно уредно позвано на главни претрес. Његово непозивање представља битну повреду одредаба кривичног поступка. Позивањем се овом лицу даје могућност да докаже да је до имовинске користи дошло законитим правним послом, односно да не постоје услови да се она од њега одузме. У овом поступку није предвиђено позивање овог лица, нити је на рочишту предвиђено било чије, па ни његово саслушање ради утврђивања одређених чињеница.

Када се у захтјеву за издавање казненог налога предложи изрицање мјере одузимање имовинске користи мора се тачно одредити у чему се она састоји. Ако се ради о новчаном износу мора се тачно навести његова висина. У пракси постоје примјери у којима је предложено изрицање ове мјере без назначење у чему се она састоји или колики је њен новчани износ.[57] Овакав захтјев суд не смије прихватити, већ га мора као неуредан поднесак вратити на допуну јавном тужиоцу како би он прецизно навео у чему се састоји ова мјера. У наведеним примјерима суд то није учинио, иако је морао.

5. Мјера одузимања имовине стечене извршењем кривичних дјела у споразуму

Експанзија тзв. организованог криминала у посљедње вријеме актуелизовала је проблем одузимања имовинске користи. Утврђивање њене висине код организованог криминала је изузетно сложено. Ту се ради о континуираном дјеловању у дужем периоду на различитим локацијама.[58] Ранија законска рјешења показала су се неадекватним, па се новим, која имају основ у више међународних докумената, предвиђа „редукција доказног стандарда" који се примјењује при утврђивању незаконитог поријекла имовине и „подјела терета доказивања" између јавног

[57] Нпр. захтјеви за издавање казненог налога стављени у оптужницама ОЈТ у Бањој Луци бр. Т13 0 КТ 0029276 15 од 23. фебруара 2016. године и бр. Т13 0 КТ 029089 15 од 22. јуна 2016. године.

[58] Бранко Перић, „Проширено одузимање имовинске користи у кривичном поступку", *Право и правда* бр. 1/2009, 333.

тужиоца и оптуженог.[59] Проширено одузимање имовинске користи разликује се од редовног, између осталог, по томе што није ограничено на кривично дјело које је предмет суђења, већ за основану сумњу да имовина потиче од криминалне дјелатности уопште, од других кривичних дјела. Код проширеног одузимања имовинске користи се не мора доказати да је стечена конкретним кривичним дјелом, већ је довољно да лице за које је утврђено да кривичним дјелима остварује имовинску корист не успије доказати њено законито поријекло.[60] Први пут је у РС мјера одузимања имовине предвиђена Законом о одузимању имовине стечене извршењем кривичног дјела.[61] Таксативно су набројана кривична дјела за која се може изрећи, али је предвиђено да се може изрећи и за остала кривична дјела, ако прибављена имовинска корист прелази 50.000 КМ. Ако власник имовине на главном претресу не оспорава захтјев јавног тужиоца за трајно одузимање имовине мјера се може изрећи и у пресуди, а ако оспори захтјев, о њему се одлучује на посебном рочишту које се мора одржати у року од 2 године од дана правоснажности пресуде. Остали кривични закони у БиХ предвиђају проширено одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелом (чл. 110а. КЗ БиХ, чл. 114а. КЗ ФБиХ и чл. 114а. КЗ БД БиХ). Оно је могуће само за кривична дјела из таксативно предвиђених глава кривичног закона, а одузима се имовинска корист за коју јавни тужилац пружи довољно доказа да се оправдано вјерује да је прибављена извршењем кривичних дјела, а учинилац не пружи доказе да је корист прибављена законито.

Да ли споразум може имати одредбу којом се предлаже одузимање имовине, односно проширено одузимање имовинске користи? Нека законодавства ту могућност изричито предвиђају, нпр. чл. 314. ст. 2. тач. 3. ЗКП Србије. У БиХ је општеприхваћено да споразум не само да може, већ треба да садржи овакву одредбу имајући у виду природу ове мјере.[62] Сматра се да примјена споразума у пракси чак повећава ефикасност мјере одузимања имовине, односно проширеног одузимања имовинске

[59] Вељко Икановић, „Прање новца и одузимање имовине стечене криминалним радњама“, *Право и правда* бр. 1/2009, 109-112.

[60] Дарко Радуловић, „Проширено одузимање имовинске користи у кривичном законодавству Црне Горе“, *Српска правна мисао* бр. 48/2015, 217-218.

[61] (*Службени гласник РС*, бр. 12/10).

[62] Светланка Бијелић, „Критички осврт на десетогодишњу примјену Закона о одузимању имовине стечене извршењем кривичног дјела у Републици Српској“, *Право и правда* бр. 1/2020-2021, 371.

користи. Поједини аутори истичу да у Србији постоји мали проблем јер је један од обавезних услова за подношење захтјева за трајно одузимање имовине правоснажна пресуда којом је утврђено да је учињено кривично дјело за које се имовина може трајно одузети. Они се питају да ли судија може прихватајући споразум трајно одузети имовину, пошто та одлука може да буде опредјељујући фактор за закључивање споразума. Преовладава схватање да нема законских препрека да суд пресудом донесеном на основу споразума истовремено трајно одузме имовину јер примјена кривичнопроцесних закона има предност у односу на Закон о одузимању имовине стечене извршењем кривичног дјела. Сматра се да је нерационално и нецјелисходно да тек по правоснажности пресуде јавни тужилац подноси захтјев за трајно одузимање имовине.[63] По КЗ БиХ, КЗ ФБиХ и КЗ БД БиХ проширено одузимање имовинске користи може се изрећи пресудом којом се оптужени оглашава кривим.[64] Проблем не постоји ни у РС, јер чл. 29. Закона о одузимању имовине стечене извршењем кривичног дјела предвиђа да се одлука о трајном одузимању имовине може донијети и у пресуди којом се оптужни оглашава кривим ако власник имовине не оспорава тај захтјев. То значи да одузимање имовине може бити предмет споразума. У пракси постоје споразуми који су имали одредбу о изрицању ове мјере, које је суд прихватио.[65] Казненим налогом се ова мјера не може изрећи, јер се њиме могу изрицати само оне кривичне санкције и мјере које су таксативно предвиђене, а она то није.

[63] Гордана Крстић, „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела у српском правном поретку – мањкавости законске регулативе и практични ефекти“, *Свеске за јавно право* бр. 34/2018, 46. За потврду става наводи се рјешење Апелационог суда у Београду Кж2. По1. бр. 41/14 од 28. фебруара 2014. године.

[64] Пресуде Суда БиХ бр. КПВ-03/03-А од 12. марта 2004. године и бр. К-5/07 од 16. марта 2007. године.

[65] Пресуда Окружног суда у Бањој Луци бр. 11 0 К009464 12 КПС од 26. јуна 2012. године, наведена по Александар Јевшек и Милимир Говедарица, Одузимање имовинске користи и поједностављене форме поступака у кривичним стварима у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Београд: Мисија ОЕБС 2013, 358-359.

6. Закључци

У БиХ постоје три консензуална кривична поступка: споразум о признању кривице, признање кривице пред судијом за претходно саслушање и поступак за издавање казненог налога. У Републици Српској се око 40% кривичних предмета заврши у овим поступцима. Кривични законик РС као основно начело предвиђа одузимање противправне имовинске користи. По њему нико не може задржати имовинску корист прибављену извршењем кривичног дјела. Одлуку о њеном одузимању суд доноси по службеној дужности, а јавни тужилац је дужан прикупљати доказе за њено утврђивање. И поред јасних законских одредаба у нашој пракси се у редовном кривичном поступку имовинска корист не одузима увијек када су за то испуњени законом предвиђени услови. Како не постоје званични статистички подаци аутор је спровео два обимна истраживања, једно, које је обухватило 5.208 оптужница ОЈТ у Бањој Луци у којима је стављен захтјев за издавање казненог 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. Она су показала да се имовинска корист и у овим поступцима релативно ријетко одузима, иако су за то у њима услови повољнији него у редовном кривичном поступку. За њено одузимање у консензуалним поступцима постоје специфичности, што се није у потпуности разумјело, а што за посљедицу има неуједначену тужилачку и судску праксу. Оне су мање у поступку који се завршава прихватањем признања кривице датог судији за претходно саслушање у коме се само тражи да је оптужени разумио да је једна од посљедица признања то да ће му бити изречена мјера одузимања имовинске користи. За одузимање имовинске користи у остала два консензуална поступка неопходно је да се то изричито предложи споразумом или захтјевом за издавање казненог налога, без обзира што постоје и другачије судске одлуке. Супротна пракса може довести до тога да оптужени признајући кривицу под тачно одређеним условима буде доведен у заблуду. За прихватање признања кривице у било ком консензуалном поступку неопходно је да оптужени разумије све посљедице признања, у које спада и она да ће му се изрећи мјера одузимања имовинске користи. Измјенама и допунама кривичнопроцесних закона у БиХ треба изричито предвидјети елементе споразума, а међу њима као обавезан одузимање имовинске користи прибављене извршењем кривичног дјела или имовине стечене извршењем кривичног дјела, ако су

за то испуњени законом прописани услови. Иако Кривични законик РС предвиђа да се имовинска корист може одузети у законом прописаном поступку и онда када се из правних или фактичких разлога не може водити кривични поступак према учиниоцу кривичног дјела, то се не може учинити јер важеће одредбе ЗКП РС које прописују поступак за одузимање имовинске користи то не омогућавају. Те одредбе треба допунити и омогућити да се ова одредба Кривичног законика РС реализује.

ЛИТЕРАТУРА И ПРОПИСИ:

- Бачић, Фрањо, Бавцон, Љубо, Ђорђевић, Мирослав, Краус, Божидар, Лазаревић, Љубиша, Лутовац, Миомир, Срзентић, Никола и Стајић, Александар, Коментар Кривичног закона СФР Југославије (четврто издање), Београд: Савремена администрација 1988.
- Алицановић, Ведран, „Скраћени кривични поступци у праву Босне и Херцеговине, Италије и Њемачке“, Зборник радова Правног факултета у Тузли бр. 17/2016.
- Бијелић, Светланка, „Критички осврт на десетогодишњу примјену Закона о одузимању имовине стечене извршењем кривичног дјела у Републици Српској“, Право и правда бр. 1/2020-2021, 367-374.
- Благојевић, Милан, Огледи из кривичнопроцесног права, Добој 2005.
- Боначић, Марин, „Критички осврт на хрватско законодавно уређење института казненог налога“, Хрватски љетопис за казнено право и праксу бр. 1/2015, 185-216,
- Бутуровић, Јован, „Одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом“, Билтен правне службе ЈНА бр. 2-3/1987, 39-50.
- Врховни суд Федерације БиХ, Билтен судске праксе Врховног суда Федерације БиХ бр. 1-2/2012. Сарајево.
- Врховни суд Федерације БиХ, Билтен судске праксе Врховног суда Федерације БиХ бр. 1-2/2018. Сарајево.
- Дамашка, Марјан, „О мијешању инквизиторних и акузаторних процесних форми“, Хрватски љетопис за казнено право и праксу бр. 2/1997.
- Дамашка, Марјан, „Напомене о споразумима у казненом поступку“, Хрватски љетопис за казнено право и праксу бр. 1/2004.
- Ђурђић, Војислав, „Рационализација кривичног поступка Србије“, Правна ријеч бр. 12/2007.

– Икановић, Вељко, „Прање новца и одузимање имовине стечене криминалним радњама“, Право и правда бр. 1/2009, 87-114.
– Јанковић, Раденко, „Осврт на општи дио Кривичног законика Републике Српске“, Адвокатура бр. 23/2019, 62-107.
– Јевшек, Александар и Говедарица, Милимир, Одузимање имовинске користи и поједностављене форме поступака у кривичним стварима у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Београд: Мисија ОЕБС 2013, 349-359.
– Јовашевић, Драган и Икановић, Вељко, Кривично процесно право Републике Српске, Бања Лука: Паневропски универзитет „Apeiron“ 2016.
– Косић, Драгана, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима Републике Српске у зборнику „Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама Европске уније – Стање у БиХ и искуства других“, Бања Лука 2017.
– Крстић, Гордана, „Одузимање имовине проистекле из кривичног дела у српском правном поретку – мањкавости законске регулативе и практични ефекти“, Свеске за јавно право бр. 34/2018, 37-51.
– Лакић, Славо, „Споразум о признању кривње“, Предавање одржано 23. новембра 2022. године, Сарајево: Центар за едукацију судија и тужилаца Федерације БиХ.
– Новковић, Милорад, „Нормативна и практична искуства у регулисању и примјени споразума о признању кривице као новог института кривичног процесног права у БиХ“, Билтен Окружног суда у Бањој Луци бр. 2-4/2006, 11-22.
– Новоселац, Петар и Мартиновић Игор, Коментар Казненог закона, Загреб: Народне новине 2019.
– Перић, Бранко, „Проширено одузимање имовинске користи у кривичном поступку“, Право и правда, бр. 1/2009, 331-342.
– Радуловић, Дарко, „Проширено одузимање имовинске користи у кривичном законодавству Црне Горе“, Српска правна мисао бр. 48/2015, 211-231.
– Сијерчић-Чолић, Хајрија, Поступак за издавање казненог налога: процесно законодавство у БиХ и регионални упоредноправни осврт у зборнику „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима“, Београд: Мисија ОЕБС 2013,
– Сијерчић-Чолић, Хајрија, Хаџиомерагић, Малик, Јурчевић, Маринко, Кауриновић, Дамјан и Симовић, Миодраг, Коментари закона о кри-

вичном/казненом поступку у БиХ. Сарајево: Савјет Европе и Европска комисија 2005.
– Срзентић, Никола, Стајић, Александар и Лазаревић, Љубиша, Кривично право СФРЈ општи део (тринаесто издање). Београд: Савремена администрација 1986.
– Томашевић, Горан, Казнено процесно право – Опћи дио (измијењено и допуњено Е-издање), Сплит: Правни факултет 2013.
– Томичић, Звонимир и Новокмет, Анте, „Нагодбе странака у казненом поступку – достигнућа и перспективе“, Правни вјесник бр. 3-4/2012, 149-190.
– Трешњев, Александар, Збирка судских одлука из кривичноправне материје – књига 9. Београд: Службени гласник 2013.
– Турудић, Иван, Павелин-Борзић, Тања, и Бујас, Ивана, „Споразум странака у казненом поступку – трговина правдом или?“, Правни вјесник бр. 1/2016, 121-152.
– Филиповић, Љиљана, Поступак оптужења и главни претрес - Модул II, Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет БиХ 2006.
– Хамидић, Мирсад, Одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелом у БиХ, Сарајево: University press 2014.
– Шкулић, Милан, „Споразум о признању кривице“, Правни живот бр.1/2009.
– Шушкић, Исмет, Материјални и процесни аспекти процесуирања кривичних дјела у области царина и пореза – Модул IV, Сарајево: Високи судски и тужилачки савјет БиХ 2007.
– Закључци и препоруке са 3. Конференције Главних тужилаца у БиХ одржаној у Сарајеву 21. и 22. новембра 2007. године.
– Законик о кривичном поступку Србије („Службени гласник Републике Србије, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19 и 27/20).
– Закон о казненом поступку Хрватске *(„*Народне новине Републике Хрватске“, 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 и 36/24).
– Zakon o kazenskem postopku Slovenije („Uradni list Republike Slovenije“, бр. 176/21, 96/22, 2/23 и 89/23).
– Закон о кривичном поступку БиХ (“Службени гласник БиХ“, бр. 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 и 65/18).
– Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ („Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, бр. 7/00).

– Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ („Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ“, бр. 33/13, 27/14, 3/19 и 16/20).
– Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 50/03).
– Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 53/12, 91/17, 66/18 и 15/21).
– Закон о кривичном поступку Федерације БиХ (“Службене новине Федерације БиХ“, 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).
– Закон о одузимању имовине стечене извршењем кривичног дјела („Службени гласник РС“, бр. 12/10).
– Кривични законик Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 64/17, 15/21, 89/21 и 73/23).

Radenko Jankovic, Ph.D.[66]

CONFISCATION OF PROPERTY BENEFITS IN CONSENSUAL CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract: *Criminal proceedings that end with the acceptance of a plea agreement, by accepting the statment of plea guilty in front a judge for a preliminary hearing and by the issuance of a criminal order are new special consensual procedures in the criminal procedural laws in Bosnia and Herzegovina. Although they are widely used in practice, there are still a number of disputed, both theoretical and practical issues. One of them, which has only been considered superficially, is the imposition of a measure of confiscation of the property benefit obtained by a criminal act. In consensual proceedings in relation to regular criminal proceedings, when imposing this measure, there are specificities that are not fully understood, which results in uneven judicial practice regarding important issues. To consider this and other issues, the author conducted two extensive studies of plea agreements and request for issuing a criminal order. Consideration of this issue should contribute to a better understanding of these procedures, enable their more correct application when it comes to the imposition of a measure of confiscation of property benefits, but also lead to better legal solutions.*

Keywords: *confiscation of property benefit, plea agreement, accepting the statment of plea guilty in front a judge for a preliminary hearing, procedure for issuing a criminal order, consensual criminal procedure.*

[66] Republic Public Prosecutor in the Republic Public Prosecutor's Office of the Republic of Srpska.

УДК 343.811:343.241(497.6РС)„403“
doi 10.7251/PR6924913I
Прегледни научни чланак

ИЗУЗЕТНОСТ КРАТКОТРАЈНЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Проф. др Вељко Икановић [1]

Апстракт: *Оправданост изрицања краткотрајних казни затвора дуго привлачи пажњу научне и стручне јавности. Због њиховог штетног утицаја на осуђеног али и лоших ефеката на друштво настоје се наћи начини њихове изузетне примјене или изузетног изрицања. У њемачком праву краткотрајна казна затвора је одређена по висини и уређена на начин да се може изрећи само изузетно. У Босни и Херцеговини се, под утицајем овог рјешења, пошло другим путем кроз замјену такве изречене казне затвора новчаном казном. Замјена изречене краткотрајне казне затвора новчаном казном на захтјев осуђеног у Босни и Херцеговини је прво уведена* у *Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине из 1998. године, а нешто касније и у Кривични законик Републике Српске из 2000. године. Касније реформом кривичног законодавства овај институт прихватили су сви кривични закони у БиХ, тако да је постао дио позитивног кривичног законодавства. Кривично законодавство Републике Српске, доношењем Кривичног законика Републике Српске 2017. године, напустило је овај институт прихватањем дјелимично модификованог њемачког модела, да би каснијим измјенама и допунама поново вратило замјену казне затвора до једне године новчаном казном задржавајући и изузетност њеног изрицања. Тако сада у закону егзис-*

1 Проф. др Вељко Икановић, Судија Врховног суда Републике Српске и редовни професор Факултета правних наука, Паневропског универзитета Апеирон Бања Лука, E-mail: veljko.ikanovic@pravosudje.ba.

тирају два модела изузетног изрицања и извршења по свом трајању различито дефинисаних краткотрајних казни затвора. Аутор у раду анализира садржину ових института кроз судар норми, њихову недосљедну и различиту практичну примјену, указује на одређене слабости и потребу њиховог отклањања.

Кључне ријечи: *казна, затвор, краткотрајна, замјена, новчана.*

УВОД

Дуго времена се у науци кривичног права води расправа о оправданости прописивања и изрицања краткотрајних казни затвора. Ово питање је било тешко ријешити како због одређивања која је то казна затвора краткотрајна, тако и због проналажења одговарајуће замјене за такву казну или њеног ограничавања у изрицању. У домаћем законодавству замјена изречене казне затвора новчаном казном први пут се јавља у Кривичном закону Федерације Босне и Херцеговине[2] (КЗ ФБиХ) из 1998. године. Очигледно инспирисано рјешењем у њемачком Кривичном законику са њим је ипак имао веома мало сличности. Закон је прописивао да се изречена казна затвора од три мјесеца може истовремено одлуком суда уз пристанак осуђеног замијенити новчаном казном, а изузетно и радом за опште добро на слободи (чл. 37. ст. 3). Суд је казну замјењивао истовремено, значи приликом изрицања казне затвора, по сопственој одлуци. Услови за замјену су били да је већ изречена казна затвора од три мјесеца или блажа казна и да осуђени на то пристане.

Овај институт је у кривично законодавство Републике Српске уведен 22. јуна 2000. године, Кривичним законом Републике Српске[3]. У касније спроведеној законодавној реформи 2003. године извршена је хармонизација кривичног законодавства у Босни и Херцеговини и овај институт је уграђен у све кривичне законе, па тако и у Кривични закон Републике Српске из 2003. године[4]. Данашња рјешења у Кривичним законима Босне и Херцеговине[5] (КЗ БиХ), Федерације Босне и Херцего-

[2] *Службене новине Федерације БиХ* бр. 43/98.

[3] Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* бр. 22/00.

[4] *Службени гласник Републике Српске*, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 67/13.

[5] *Службени гласник Босне и Херцеговина*, 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,

вине[6] (КЗ ФБиХ) и Брчко Дистрикта БиХ[7] (КЗ БДБиХ) су идентична. Република Српска је ово рјешење напустила 2017. године доношењем Кривичног законика Републике Српске[8] и прихватањем модела изузетног изрицања краткотрајне казне затвора по угледу на њемачки Кривични законик. Но ово рјешење није било дугог вијека јер је измјенама и допунама законика из 2021. године[9] у члану 46а под називом „Изузетност краткотрајне казне затвора“ поново враћена замјена казне затвора новчаном казном, уз задржавање ограничења у изрицању краткотрајних казни затвора. Тако сада у Кривичном законику Републике Српске имамо двојно рјешење, различито по садржини и дужини краткотрајне казне затвора, које тешко да може издржати научну критику и практичну провјеру.

Изузетно изрицање краткотрајних казни затвора краћих од шест мјесеци у изворном тексту Законика је било сасвим јасно и одређено, тако да у пракси није изазивало било какве потешкоће. Чињеница је да је овај институт када је уведен критикован од стране одбране па чак, што је посебно занимљиво, и једног дијела тужилачке и судске јавности, која је сматрала да је довео оптужене на цијелој територији БиХ у неравноправан положај и да је за буџет боље да се казне наплаћују у новцу. Овим се жељело рећи да је старо рјешење било боље, а да ни један приговор није упућен са снагом аргумената који би га приказали штетним и неефикасним.

С друге стране институт замјене казне затвора новчаном казном од самог почетка у теорији и пракси изазива бројне расправе око његове природе и начина примјене кроз процесно и извршно законодавство. Прво питање које се отвара јест зашто се код замјене казне затвора новчаном казном као краткотрајна казна одређује казна затвора до једне године, а код изузетног изрицања до шест мјесеци. Откуд ова двојност и на чаму је она заснована. Постављају се и питања да ли је то нова казна или само замјена раније изречене казне у поступку извршења, да ли суд

46/2021, 31/2023 і 47/2023

6 *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 36/2003, 21/2004 - испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 і 31/2023.

7 *Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 19/2020 – пречишћени текст, 3/2024 і 14/2024.

8 *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/17, 104/18, 15/21, 89/21 и 73/23.

9 Закон о измјенама и допунама Кривичног законика Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 15/23.

мора казну на захтјев осуђеног увијек замијенити, како се одређују износи новчане казне а да се не девалвира сама казна, ко је функционално надлежан за измјену одлуке и у којој се форми она доноси и слично. Још једном се показало да нове идеје у области материјалног законодавства морају бити пажљиво проучене прије него што се уграде у закон, да је изворни облик неког института често боље потпуно прихватити него га модификовати и да норме процесног и извршног кривичног законодавства морају слиједити измјене материјалног. Са намјером да дамо одговоре на нека од ових питања и укажемо на могуће правце рјешавања постојећих потешкоћа, покушаћемо да проникнемо у суштину овог проблема, полазећи од његовог развоја, преко садржине, уочених недостатака и анализе одлука судова, дајући своје виђење и конкретне приједлоге.

1. Кривичне санкције

Да би лакше схватили институт изузетног изрицања краткотрајне казне затвора или замјене казне затвора новчаном казном, мјесто и улогу у спровођењу казнене политике, укратко ћемо се осврнути на појам, сврху и систем кривичних санкција.

Још од најстаријих времена друштво се различитим мјерама покушава заштити од разних облика и видова криминалитета појединаца и група. Кривичне санкције, као принудне мјере које држава као представник друштва примјењује према учиниоцу кривичног дјела управо због извршеног дјела, у суштини представљају реакцију против учиниоца због извршења кривичног дјела којим се наноси штета друштву. Ова реакција има за циљ да спријечи тог учиниоца да убудуће врши кривична дјела, као и да утиче на друге грађане (потенцијалне учиниоце) да се уздрже од вршења таквих дјела[10].

Савремено кривично право познаје више врста кривичних санкција које су различите по садржини, природи и карактеру дејства. Овај систем санкција се изграђује на два принципа: а) што мањег задирања у основна права човјека и грађанина (као учиниоца кривичног дјела) и б) што хуманијих санкција по садржини и карактеру, односно начину примјене.[11] Скуп свих кривичних санкција које предвиђа позитивно кривично законодавство чини систем кривичних санкција. Какав ће бити систем кривичних санкција, тј.

[10] Д. Јовашевић, Улога кривичних санкција у успостављању и заштити владавине права и правне државе, *Теме*, Ниш, број 3/2009. године, стр. 761 – 781.

[11] Н. Мрвић Петровић, Кривично право, Београд, 2007. стр. 132.

које и какве ће санкције постојати у једном друштву зависи од: динамике и структуре криминалитета, политике сузбијања криминалитета (криминалне политике), односа који владају у одређеном друштву, степена демократског развоја друштва, историјских схватања, правне традиције и слично.[12]

Пошто систем кривичних санкција[13] произилази из структуре и динамике криминалитета, односно друштвених потреба да се он сузбије, то је подложан честим промјенама, па се сматра најдинамичнијом области кривичног права[14]. Управо у систему кривичних санкција и начину њихове примјене, било је толико измјена да се може рећи да је историја кривичног права заправо историја кривичних санкција.[15] Кривично право данас познаје више врста кривичних санкција: а) казне, б) мјере упозорења, ц) мјере безбједности, д) васпитне мјере и е) парапеналне санкције, супституте казне (плуралистички систем кривичних санкција).

2. Краткотрајна казна затвора

У укупном броју изречених кривичних санкција казна затвора је најзаступљенија, а самим тим и најзначајнија казна. С обзиром на то, релативно касно се почело размишљати о штетном утицају који краткотрајне казне затвора имају на осуђена лица. Осим на самог учиниоца кривичног дјела штетни утицај се испољавао и на његову породицу, али и на саму државу због трошкова извршења казне који нису били сразмјерни очекиваним ефектима преваспитавања.

Бројни приговори које њихови противници упућују кратким казнама затвора могу се свести на сљедеће разлоге:

1) кратке казне затвора нису погодне за остварење специјалне, ни генералне превенције, јер не могу ефикасно дјеловати на учиниоца дјела, нити на потенцијалне учиниоце с обзиром на то, да се од ових лица не схватају озбиљно, ни као морална опомена, ни као средство застрашивања,

2) усљед кратког трајања ових казни не постоји могућност да се примијени озбиљан васпитно-преваспитни и педагошки третман према

[12] Д. Јовашевић, В. Икановић, Кривично право Републике Српске – Општи део, Бања Лука, 2012., стр. 258 – 260.

[13] П. Новоселец, Опћи дио казненог права, Загреб, 2004., стр. 328 – 330.

[14] Ж. Хорватић, Казнено право, Опћи дио, Загреб, 2003. године, стр. 148 – 152.

[15] В. Грозданић, М. Шкорић, Увод у казнено право, Опћи дио, Ријека, 2009., стр. 170.

осуђенику који би био подобан за остваривање његове ресоцијализације и преваспитања,

3) кратка казна затвора производи више штетних посљедица за осуђеног, јер се њеном примјеном врши стигматизација, односно ставља се печат осуђиваности на учиниоца кривичног дјела и његову породицу што штетно дјелује на њихов друштвени статус. Он прекида породични живот, а може да дође и до губитка запослења. То значи да усљед кратке казне лишења слободе може настати за осуђеног више штетних посљедица у моралном, материјалном, професионалном и друштвеном погледу,

4) затварање у кратком трајању стимулише поврат. Ова се казна најчешће изриче примарним делинквентима који у затвору постају изложени штетним утицајима повратника и професионалних делинквената. Кратке казне затвора се често називају „семинаром криминалитета“,

5) кратка казна затвора је посебно штетна за одређене категорије учинилаца кривичних дјела као што су: малољетници, млађа пунољетна лица, психопатске или социјално поремећене личности, алкохоличари и наркомани. За кратко вријеме трајања ових казни не може да се организује адекватан васпитни или медицински третман према овим лицима. С друге стране, чак и кратак боравак у затвору ових лица може да се штетно одрази на њихов психички развој и

6) кратке казне затвора нису економичне. Оне коштају друштво, а не доносе никакву материјалну компензацију, јер за вријеме њиховог кратког трајања не може да се организује, нити спроведе радно-производни посао.

С друге стране, присталице кратких казни затвора наводе бројне разлоге у прилог опстанка ових санкција. Они сматрају да се већина приговора који се упућују овим казнама могу упутити свим казнама лишења слободе. Њихово постојање оправдавају криминално-политички разлози јер индивидуализација казне претпоставља не само различите врсте кривичноправних мјера, већ и одређене распоне код оних санкција гдје је то могуће. Кратка казна затвора има и генерално-превентивно дејство, јер велики број грађана осјећа бојазан да могу бити кажњени и са неколико седмица или мјесеци затвора за извршење недозвољених радњи. За одређене категорије учинилаца кривичних дјела, као што су лица која се насилнички понашају, избјегавају плаћање материјалних обавеза (законског издржавања), која чине саобраћајне деликте, кратке казне затвора су најправичније санкције. И структура учинилаца кри-

вичних дјела гдје се јављају примарни, нехатни и ситуациони учиниоци указује на оправданост постојања и примјене кратких казни затвора које су управо према структури криминалитета гдје преовладава багателни криминалитет оправдава њихову примјену. И теорија и пракса се слажу да се ове казне могу с успјехом примијенити према примарним, случајним, ситуационим и невољним учиниоцима кривичних дјела код којих не постоје криминогене склоности. У односу на ова лица кратке казне затвора дјелују психолошки као „шок-казне“, јер их она најчешће примају као морални пријекор друштва за извршено дјело. [16]

Савремена криминална политика све више преиспитује систем кривичних санкција, трагајући за одговарајућим замјенама за казну затвора, како би се изашло из тешког стања у коме се налази казна затвора и установе за њено извршење. Како би се отклониле негативне посљедице лишења слободе многе европске, земље у посљедњих тридесет година проводе процес форсираног увођења алтернативне кривичноправне реакције.[17] Данас се негативни ефекти кратке казне затвора отклањају примјеном условног отпуста, условне осуде, судске опомене и парапеналним мјерама: кућни притвор, друштвено користан рад, накнада штете итд.

Једно од рјешења пронађено је у томе да се краткотрајне казне могу изрицати само изузетно. Ово рјешење прихвата Кривични законик Републике Српске. Друго рјешење, које је заступљено само у законодавству у БиХ, укључујући и Републику Српску, јесте да се умјесто краткотрајних казни затвора у замјену изричу новчане казне. У нашем законодавству се то настоји остварити на један начин који одудара од сличних рјешења у упоредном праву, јер се уређује дуалитет краткотрајних казни по дужини („до шест мјесеци“ и „која не прелази једну годину“).

Сам дуалитет прописивања је методолошки и криминалнополитички споран, јер се заснива на различитим претпоставкама и крајњим исходиштима отклањања примјене краткотрајне казне. Осим тога он је примарно неприхватљив јер уводи двије категорије, два појма, двије врсте краткотрајних казни по дужини трајања а то су: шест мјесеци и једна година. Прво, за овакво разликовање не постоји оправдање ни по једном

[16] Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, Коментар Кривичног законика Републике Српске, Друго издање, Бања Лука, 2021, стр. 161-163.

[17] М. Бабић, Кривични законик Републике Српске са кратким коментаром, објашњењима и регистром појмова, Бања Лука, 2000., стр. 120.

елементу кривичне науке и криминалне политике. Друго, законодавац нема јасан став шта сматра краткотрајном казном затвора. Двоструко трајање једне казне приликом замјене новчаном казном не може се сматрати једнако првобитно одређеном минимуму код изузетног изрицања. Треће, овим се ствара недоумица коју ће суд норму примијенити ако је већ раније одлучио да не треба изрицати казну затвора. Да ли тада може вршити замјену новчаном казном. Све то указује на погубност оваквог двојног рјешења и непотребно враћање замјене изречене казне новчаном казном.

3. Изузетност изрицања краткотрајне казне затвора

Законодавац у члану 46а КЗ РС прописује "изузетност" примјене краткотрајне казне затвора због низа њених штетних посљедица које се истичу у правној теорији. У прва два става прописује изузетност њеног изрицања, а у трећем ставу изузетност њеног извршења када је она већ изречена. Овдје ћемо се прво бавити изузетношћу њеног изрицања.

У сваком случају краткотрајна казна затвора је према овом законском рјешењу (ст. 1 и 2) одређена као одузимање слободе кретања учиниоца кривичног дјела у трајању до шест мјесеци. Законодавац овдје тражи да се кумулативно испуне два услова за изрицање новчане казне умјесто казне затвора.

Први услов (позитивни услов) за њено изрицање („може изрећи") јесте да се ради о казни затвора до шест мјесеци, без обзира да ли се до те казне дошло одмјеравањем у оквиру законског распона прописане казне за то дјело или њеним ублажавањем.

Други услов (негативни услов) је да се ова казна може изрећи само ако посебне околности учињеног кривичног дјела, али и личности његовог учиниоца показују да се новчаном казном не може постићи сврха кажњавања или да се новчана казна неће моћи извршити. То значи да се ова казна супсидијарно изриче ако се у конкретном случају примјена новчане казне показује као некорисна или неизвршива. Наиме, од овог правила постоји изузетак, па се ова краткотрајна казна затвора не може изрећи: а) као замјена за неплаћену новчану казну – суплеторни затвор (члан 50 ст. 2 и 3), б) у случају опозване условне осуде (чл. 64, 65 и 66), в) за неизвршени рад у јавном интересу (члан 70 став 7) и г) као замјена за казну одузимање возачке дозволе (члан 51 став 5).

4. Замјена изречене казне затвора новчаном казном

За разлику од казне затвора у трајању до шест мјесеци која се изриче одлуком суда у току суђења приликом избора кривичне санкције и одмјеравања казне, изречена казна затвора која не прелази једну годину дана, може се на захтјев осуђеног лица замијенити новчаном казном (сходно одредби члана 50 ст. 2 и 3 овог законика). Суду је дато овлашћење да једну тежу казну може на захтјев осуђеног замјенити другом по врсти блажом казном. Тако се новчана казна јавља као алтернативна санкција за већ изречену краткотрајну казну затвора, дакле алтернатива казни је друга блажа казна. Ово је вишеструко корисно јер смањује трошкове извршења краткотрајних затворских казни, на учионице има често и већи утицај него кратко задржавање у затвору, поготово ако се ради о млађим лицима која су тамо изложена штетном утицају затворске популације, не доводи до губитка запослења и слично. Међутим изабрани начин прописивања је по нашем мишљењу потпуно погрешан јер доводи до значајне деформације суштине института и производи проблеме у пракси.

Замјена се може извршити тек када пресуда постане правноснажна јер право на подношење захтјева припада осуђеном који то својство добија тек са правноснажношћу пресуде. Суд казну може, али не мора замијенити, што недвосмислено произилази из тога да законодавац користи термин може, без обзира што не прописује услове под којим се замјена може дозволити. Сматрамо да замјену казне не треба дозволити ако суд оцијени да посебне околности дјела и учиниоца указују да се новчаном казном не може постићи сврха кажњавања или да се новчана казна неће моћи извршити, као што је то случај код обавезног изрицања новчане казне за дјела гдје долази у обзир изрицање казне затвора до шест мјесеци. Ово је само модификација рјешења из става 1 којим се умјесто обавезног законског изрицања новчане казне уводи факултативно, по захтјеву осуђеног, умјесто још дуже затворске казне до једне године дана.[18]

Судска пракса је, по нашем мишљењу оправдано, дуго била на овом становишту. То је у више својих одлука навео и Врховни суд Републике Српске и на тај начин отклонио све дилеме које су о томе можда постојале. У том смислу наводимо дио рјешења тог суда од 08.10.2021.

[18] Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, Коментар Кривичног законика Републике Српске, Друго издање, Бања Лука, 2021, стр. 161-163.

године којим је одбијен захтјев осуђеног да се казна затвора од 1 (једне) године, која му је изречена правноснажном пресудом замијени новчаном казном.

„Тачно је да закон у члану 46а став 3 КЗ РС не прави разлику за која кривична дјела се може дозволити замјена казне затвора новчаном казном. Међутим, остављајући суду могућност да казну замијени, закон му даје право и обавезу да цијени све околности везане за кривично дјело и учиниоца од којих зависи одлука да ли ће ту казну замијенити. Ова оцјена обухвата врсту и природу кривичног дјела, околности под којима је оно извршено и личност учиниоца, као и прогнозу утицаја на остварење специјалне и генералне превенције. Полазећи од ових претпоставки првостепени суд је правилно утврдио да се ради о корупативном кривичном дјелу, почињеном на штету избјеглих лица, од којих је накнада захтијевана за рјешавање основног егзистенцијалног питања смјештаја, због чега ове околности, без обзира на лоше здравље и кратак период до пензионисања, не оправдавају замјену казне затвора новчаном казном. Разлоге које је о томе дало побијано рјешење прихвата и овај суд и на њих упућује и жалиоца. Ради тога жалбени приговори који су упућени побијаном рјешењу у погледу чињеничне основе и примјене закона, као и они који се тичу датих разлога нису основани.“ (11 0 К 023456 21 Кж 3 од 08.10.2021. године)

Међутим, исти суд мијења своју праксу и само осам дана касније доносећи 20.10.2021. године у другом предмету сасвим супротну одлуку са сљедећим разлозима:

„С друге стране, правилно тужилац у жалби наводи да одредба члана 46а) став 3. Законика, не представља императивну норму, како то погрешно сматра првостепени суд. Наиме, према језичком тумачењу, заиста се може извести закључак да је примјена наведене одредбе факултативна, односно да њена примјена зависи од оцјене самог суда. Међутим, релевантним одредбама којима је регулисан овај институт није прописано када, због чега, односно у којим случајевима суд удовољава оваквом захтјеву осуђеног лица, односно нису прописани објективни критеријуми за прихватање или одбијање захтјева, како би се избјегла произвољност у одлучивању, што указује на непрецизност законске норме.

С тим у вези, у ситуацији када је законска одредба која се односи на замјену казне затвора нејасна, иста се мора тумачити и примијенити у корист странке која је у питању, у конкретном случају, у корист осуђе-

ног М.Ш., због чега је, по оцјени овог суда, првостепени суд правилно поступио када је захтјев осуђеног уважио тако што му је казну затвора у трајању од 1 (једне) године, изречена правоснажном пресудом Врховног суда Републике Српске број 13 0 К 003799 20 Кж 3 од 25.3.2021. године, због кривичног дјела несавјесно пружање љекарске помоћи из члана 197. став 5. у вези са ставом 3. Кривичног законика, замијенио новчаном казном у износу од 18.250 КМ (осамнаестхиљада двијестотинепедесет конвертибилних марака).“ (Врховни суд Републике Српске, број 13 0 К 003799 21 Кж 4 од 20.10.2021. године).

Овакав став Врховног суда сматрамо потпуно погрешним јер не може суд проширивати садржину диспозиције кривичне норме зато што је то супротно начелу законитости. Суд упада у контрадикцију када полази од језичког тумачења „да се може извести закључак да је примјена наведене одредбе факултативна, односно да њена примјена зависи од оцјене самог суда,“ а онда закључује да је због непостојања критеријума норма непрецизна и да слиједом тога треба увијек удовољити захтјеву осуђеног. Због свега раније реченог не можемо се сложити са оваквим схватањем, али и због јасноће саме норме којој, по нашем мишљењу, није потребно језичко тумачење, као што то сам суд закључује, а онда том тумачењу приступа. Суд заборавља да осим језичког постоје и друга тумачења права без којих се не може доћи до правилног одговора о смислу и домашају одређене законске норме. Овдје, прије свега, мислимо на логичко, упоредноправно, логичко, телеолошко и систематско тумачење без којих, ако сматра да је норма „непрецизна“, није могуће доћи до правилног одговора на постављено питање. Очигледно се руководећи одређеним ставовима израженим у сличним одлукама Уставног суда БиХ, суд упада у контрадикцију између законског овлашћења суда и увођења непостојеће обавезне замјене. На тај начин неовлашћено преузима улогу законодавца, са образложењем које није прихватљиво. Кад би постојала сумња у значење законског израза "може", а по нашем мишљењу ње нема, онда би било исправно поћи од упоредноправног тумачења поријекла и изворне садржине овог института у њемачком Кривичном законику. Чак ни у њему, гдје се умјесто казне затвора која је мања од шест мјесеци увијек изриче новчана, постоје изузеци када суд није обавезан да то учини под одређеним условима. Телеолошким тумачењем долазимо до закључка да се овдје ради о поновном одмјеравању казне по захтјеву осуђеног у поступку њеног извршења са циљем да се казна затвора замијени новчаном казном. Дакле, да се избјегне примјена

казне затвора и да се примијени новчана казна, као блажа врста казне. Систематским тумачењем ове норме доводимо у везу са потребама о одмјеравању казне које се на то и примјењују, а које су сасвим одређене, потпуне и јасне. Све нас то води до закључка да су одредбе о одмјеравању казне оне одредбе које суд треба да примијени код доношења своје одлуке о замјени, а то је садржано и у ст. 1 и 2 члана 46а КЗ РС. Ово нам говори да замијена казне није право оптуженог, већ само могућност ако суд утврди да је то у конкретном случају оправдано. Супротно томе, у цитираној одлуци о обавезној замјени казне, суд је користио екстензивно тумачење са примјеном аналогије која није дозвољена у кривичном праву и зато је дошао до потпуно погрешног закључка о примјене ове одредбе.

Сада до даљњег имамо два различита становишта Врховног суда која нису уједначена. По нашем мишљењу старије становиште је потпуно у складу са садржином законске норме која уређује овај институт. Са изнијетим се подудара Правно схватање Врховног суда ФБиХ да ће суд при одлучивању о замјени казне затвора новчаном казном водити рачуна о свим релевантним околностима које се односе на личност осуђеног и учињено кривично дјело, као о сврси кажњавања и сврси извршења казне затвора. Оно је изражено у рјешењу тог суда број 07 0 К 004228 11 Кж 2 од 28.01.2011. године гдје се каже: „Суд ће одбити захтјев осуђеног за замјену новчаном казном казне затвора ако нађе да се у конкретном случају сврха кривичноправних санкција и извршења казне затвора не би могла остварити замјеном изречене казне затвора новчаном казном.“

5. Судар норми

Садашња ситуација је таква да у истом члану закона имамо судар норми које се међусобно потиру. Прво се у ст. 1 чл. 46а прописује да суд казну затвора до шест мјесеци може изрећи само изузетно. Као што смо рекли такву казну ће изрећи ако су испуњене одговарајуће претпоставке које се тичу сврхе кажњавања (ст. 1) и на одређене врсте казни (ст. 2). То значи да је законодавац сматрао да овдје нема мјеста примјени друге казне осим казне затвора.

Међутим, прописујући у ст. 3 неограничену могућност замјене казне затвора која не прелази једну годину новчаном казном, законодавац је поништио ограничења из претходна два става јер их није изузео. Значи да суд и казну затвора коју је изрекао у складу са одредбама ст. 1

и 2. овог члана може замијенити новчаном казном, а што је у складу са наведеним ставом Врховног суда чак и обавезно. Тиме се потпуно потиру норме о ограничењу (негативни услов) изрицања краткотрајне казне затвора и практично омогућава да се кроз замјену изрекне новчана казна за сва кривична дјела за која је изречена казна затвора до једне године.

6. Изузетност краткотрајне казне затвора de lege ferenda

У досадашњем тексту смо споменули да је институт краткотрајне казне затвора инспирисан рјешењем у њемачком Кривичном законику без представљања садржине те одредбе. Законодавац није ту норму примијенио у изворном облику већ ју је модификовао и осиромашио на такав начин да је постала супротна сама себи јер доводи до одређене правне несигурности из разлога о којима смо говорили.

Зато, иако би очекивано било да то учинимо у уводу рада, извор домаћег рјешења из упоредног права представљамо у овом дијелу јер садржина те норме илустративно објашњава зашто садашње рјешење није добро и да га треба мијењати. Истовремено она указује на који начин законодавац треба да врши измјену овог института ради остварења свих добрих страна које он има. Њемачки законодавац овај институт сврстава у параграф под насловом § 47. "Изузетно изрицање кратких казни лишења слободе", чиме наглашава његову садржину и да су краткотрајне казне изузетак. Крађу казну лишења слободе од шест мјесеци суд може изрећи само ако посебне околности дјела или учиниоца показују да је ради утицаја на учиниоца и ради заштите правног поретка неопходно изрећи казну лишења слободе. Када законом није прописана новчана казна а казна лишења слободе од шест мјесеци или већа долази у обзир, суд ће изрећи новчану казну, уколико у смислу наведеног није неопходно да изрекне казну лишења слободе.[19] Видимо да је суд овлашћен да у првом случају цијени да ли ће примијенити казну затвора, а у другом случају да ли ће изрећи новчану казну. Овим се даје и одговор на створену дилему у нашој судској пракси да суд није обавезан да казну затвора увијек замијени на захтјев осуђеног.

[19] Кривични законик Савезне Републике Немачке са уводним законом за Кривични законик и Војно кривичним законом, Београд, 1998. године.

Сматрамо да се наш законодавац треба опредијелити да у наредним измјенама овај институт прихвати у изворном облику, а не да непотребним модификацијама које кваре његову суштину производи негативне ефекте и проблеме у судској пракси. Тиме се отклањају све дилеме о садржини казне, закону који треба примијенити, саставу суда и слично, а потпуно искључује потреба прилагођавања процесних одредби овом институту. За то је потребна јасно дефинисана воља да се изрицање краткотрајних казни затвора учини изузетком, а не да се њихова замијена сматра привилегијом или средством пуњења буџета.

У том смислу желимо указати да ово није усамљено размишљање јер се и хрватски законодавац опредијелио да га инкорпорише у свој нови Казнени закон.[20]

Закључак

Увођење института изузетности краткотрајне казне затвора у кривично законодавство у суштини је добро и корисно рјешење. Оно пати од одређених недоречености које изазивају дилеме и стварају тешкоће у практичној примјени. Законодавац те недостатке још увијек није отклонио како би законску норму учинио јаснијом и олакшао њену примјену.

Прави начин је да се институт дефинише као у њемачком Кривичном законику, што сматрамо много бољим рјешењем јер искључује дуалитет норме, одређује на јединствен начин шта се сматра краткотрајном казном затвора и не тражи захтјев осуђеног.

До тада судови треба више пажње да посвете примјени овог института, јер је то, с обзиром на велики број краткотрајних казни затвора и учешће условне осуде у изреченим санкцијама, које се често оправдано критикује, неопходно. Осим тога неопходно је и да Врховни суд отклони неједнакост схватања о томе да ли је замјена казне обавезна и тиме уједначи судску праксу.

[20] Казнени закон, члан 45., *Народне новине*, бр. 125/11 и 144/12.

Литература

- В. Грозданић, М. Шкорић, Увод у казнено право, Општи дио, Ријека, 2009.
- Д. Јовашевић, Улога кривичних санкција у успостављању и заштити владавине права и правне државе, Теме, Ниш, број 3/2009.
- Д. Јовашевић, В. Икановић, Кривично право Републике Српске – Општи део, Бања Лука, 2012.
- Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, Коментар Кривичног законика Републике Српске, Друго издање, Бања Лука, 2021.
- Ж. Хорватић, Казнено право, Општи дио, Загреб, 2003.
- М. Бабић, Кривични законик Републике Српске са кратким коментаром, објашњењима и регистром појмова, Бања Лука, 2000.
- Н. Мрвић Петровић, Кривично право, Београд, 2007.
- П. Новоселец, Општи дио казненог права, Загреб, 2004.

Veljko Ikanović, Ph.D.[21]

THE EXCEPTION OF IMPOSING AND REPLACEMENT OF A SHORT-TERM PRISON SENTENCE WITH A FINE IN THE CRIMINAL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBSKA

Abstract: *The justification of short-term prison sentences has attracted the attention of the scientific and professional public for a long time. Because of its harmful influence on the convicted but also its bad effects on society, efforts are being made to find ways of its exceptional application or exceptional expression. In German law, a short-term prison sentence is determined in terms of length and regulated in such a way that it can only be imposed in exceptional cases. In Bosnia and Herzegovina, under the influence of this decision, a different path was taken by replacing such imposed prison sentence with a fine. The replacement of a short-term prison sentence with a fine at the request of a convicted person in Bosnia and Herzegovina was first introduced into the Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina from 1998, and a little later into the Criminal Code of the Republic of Srpska from 2000. Later, with the reform of criminal legislation, this institute was accepted by all criminal laws in Bosnia and Herzegovina, so that it became part of positive criminal legislation. The criminal legislation of the Republic of Srpska, with the adoption of the Criminal Code of the Republic of Srpska in 2017, abandoned this institute by accepting a partially modified German model, only to return the replacement of a prison sentence of up to one year with a fine by later amendments, while maintaining the exceptionality of its imposition. Thus, two models of exceptional sentencing and execution of short-term prison sentences, defined differently in terms of their duration, exist in the law. In the paper, the author analyzes the content of these institutes through the collision of norms, their inconsistent and different practical application, points to certain weaknesses and the need to eliminate them.*

Keywords: *punishment, prison, short-term, replacement, fine.*

[21] Judge, Supreme Court of Republika Srpska and Full Professor, Faculty of Legal Sciences, Pan-European University Apeiron Banja Luka

УДК 343.431:341.222-054.72
doi 10.7251/PR6924929J
Прегледни научни чланак

МИГРАНТИ КАО ПАСИВНИ СУБЈЕКТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА НЕДОЗВОЉЕН ПРЕЛАЗ ДРЖАВНЕ ГРАНИЦЕ И КРИЈУМЧАРЕЊЕ ЉУДИ (МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ И ПРОЦЕСНИ АСПЕКТИ)

Др Младен Јеличић[1]
Проф. др Вељко Турањанин[2]

***Апстракт*:** *Аутори у раду разматрају проблематику мигранта као пасивних субјеката кривичног дела недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи. Аутори првенствено објашњавају мигрантске кризе које погађају земље региона и Европе, након чега разрађују предметно кривично дело. Потом дају теоријски осврт на предмет доказивања обележја кривичног дела, идентификују одлучне чињенице које представљају предмет доказивања и указују на специфичности доказивања. Посебна пажња поклоњена је питању утврђивања статуса мигранта, јер за постојање елемената два облика кривичног дела мора бити утврђено да постоји недозвољен боравак и недозвољен транзит мигранта. Зато су анализиране одредбе Закона о азилу и привременој заштити, Закона о странцима и подзаконски прописи. Указано је на нужност утврђивања одлучних чињеница прибављањем података од надлежних државних институција који воде податке о мигрантима, када се појави потреба за тим. На више места цитиране су релевантне судске одлуке.*

Кључне речи*: мигранти, државна граница, предмет доказивања, статус мигранта као обележје кривичног дела, азилни поступак.*

---

[1] Научни сарадник, судија Вишег суда у Шапцу, email: mladen.jelicic.kaishin@gmail.com; ORCID: https://orcid.org/0009-0003-5486-3485.

[2] Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, email: turanjaninveljko@gmail.com; ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9029-0037.

Уводна разматрања

Прошли век, као и век који је у току, између осталог, обележен је и таласима миграција. Уколико посматрамо период од 1950. године на овамо, можемо да закључимо да се природа и карактер миграција стално мења.[3] Уколико се сетимо медитеранске мигрантске кризе, можемо чак и данас рећи да се не смирује. Италија је дуго година суочена са приливом илегалних миграната морем, често организованих од стране криминалних група.[4] Таква путовања су испуњена опасностима по живот, бродови често носе много више миграната него што брод сме да повезе, немају стандардну опрему, а ни капетани често нису професионални морепловци.[5] Мигранти се налазе у тешком положају како у развијеним државама, тако и у земљама у развоју,[6] при чему се овај концепт још увек развија, обухватајући мигранте различите националности, мотива итд.[7] Међутим, притисак миграција не може да ослободи државе њихових обавеза у вези са поштовањем људских права.[8]

Кључни елемент еволуције ЕУ представља укидање унутрашњих граница и успостављање слободе кретања, што, међутим, није праћено јединственим правним системом.[9] Основе савременог система заштите миграната постављене су након Другог светског рата.[10] Последњу деценију, пак, обележавају два различита приступа мигрантском питању, па

---

[3] H. Haas, *Mediterranean migration futures: Patterns, drivers and scenarios*, Global Environmental Change, 2011, стр. 60.

[4] A. Pascale, *Migration Control at Sea: The Italian Case*. У B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, стр. 283.

[5] A. Klug, Strengthening the Protection of Migrants and Refugees in Distress at Sea through International Cooperation and BurdenSharing, *International Journal of Refugee Law,* 2014, Vol. 26, No. 1, стр. 49.

[6] K. Ogg, Protection from 'Refuge': On What Legal Grounds Will a Refugee Be Saved from Camp Life?, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 28, No. 3, 2016, стр. 385.

[7] M. Sharpe, Mixed Up: International Law and the Meaning(s) of "Mixed Migration", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 37, 2018, 116–138.

[8] V. Moreno-Lax, Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?, *Human Rights Law Review*, vol. 12, no. 3, 2012, стр. 598.

[9] V. Mitsilegas, Solidarity and Trust in the Common European Asylum System, *Comparative Migration Studies*, vol. 2, no. 2, 2014, стр. 182.

[10] A. Betts, *Survival Migration: Failed Governance and the Crisis of Displacement*, Ithaca-London: Cornell University Press, 2013, стр. 10.

на једној страни имамо појачану милитаризацију и контролу граница, уз подизање ограда, а на другој јачање људских права и слобода мигранта.[11] Економска криза и политичке промене у појединим регијама Африке и Азије неминовно узрокују изазове за Европу,[12] у овом контексту, превасходно, миграционе. У складу са дешавањима, политичари, правници, лаици оглашавају се путем друштвених мрежа, саопштења и радова. Међународне организације широм света сагледавају на који начин људска права могу да заштите права мигранта[13], а расправа о вези између људских права и права мигранта од дубоког је значаја.[14] Ради се о заиста великом проблему и политичком дискурсу,[15] а притом, највећа дискусија око мигрантске контроле се води у вези са легалношћу активности потискивања (*push-backs*).[16] Имиграциони системи контроле данас се одликују стратегијама „екстратериторијалности",[17] које превасходно обухватају мере пресретања бродова на отвореном мору или у територијалним водама трећих земаља и постављање имиграционих службеника за спречавање укрцавања мигранта на летове за трећу земљу.[18] Др-

[11] K. F. Aas, & H. O. Gundhus, Policing Humanitarian Borderlands: Frontex, Human Rights and the Precariousness of Life, *Brit. J. Criminol.* vol. 55, 2015, стр. 1.

[12] J. L. Černič, The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises, *Hague J Rule Law*, vol. 8(2), 2016, стр. 237.

[13] D. J. Cantor, Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence, *Refugee Survey Quarterly*, vol 34, 2014, стр. 79.

[14] C. Harvey, Time for Reform? Refugees, Asylum-seekers, and Protection Under International Human Rights Law, *Refugee Survey Quarterly*, vol 34, 2014, стр. 44; K. McConnachie, Refugee Protection and the Art of the Deal, *Journal of Human Rights Practice*, vol. 9, 2017, стр. 191.

[15] M. H. Meçe, *Risk Factors of the Irregular Migratory Waves on the Western Balkan Route: Implications in the European Union Countries*. У E. Balica, & V. Marinescu, *Migration and Crime: Realities and Media Representations*, Bucharest: Palgrave Macmillan, 2018, стр. 45.

[16] N. Markard, The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries, *The European Journal of International Law* Vol. 27 no. 3, 2016, стр. 591-592.

[17] B. Ryan, Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees? У B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, стр. 3.

[18] A. Klug, & T. Howe, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, у B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, стр. 69-70

жаве чланице ЕУ користе низ средстава за контролу својих граница, које шире ван својих територија.[19] И док са једне стране имамо активности држава око решавања мигрантских питања, појавио се проблем до које мере је Конвенција средство за екстратериторијалну контролу имиграције, поготово након што је пресуда *Банковић и други против Белгије* додатно узбуркала море[20], како фигуративно тако и у природи.[21]

Свака миграција је, по природи ствари, суочена са одређеним националним правним системом. Стога Европски суд за људска права има развијену јудикатуру на овом пољу, полазећи од чињенице да су мигранти рањива категорија људи.[22] Кривично законодавство Србије предвиђа кривично дело недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи. Стога ћемо у наставку рада објаснити основне материјалноправне аспекте овог кривичног дела, након чега ћемо посебну пажњу посветити проблемима у доказивању.

Недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи

Законодавац у члану 350. Кривичног законика Републике Србије предвиђа кривично дело недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи. Суштински, иако се по називу упућује на кријумчарење људи, ради се о кријумчарењу миграната. Под појмом миграције подразумева се добровољно или принудно напуштање државе порекла или боравка, ради привременог боравка или сталног настањења у Републици Србији и добровољно или принудно напуштање Републике Србије ради привременог боравка или сталног настањења у другој држави (спољна миграција), као и промена пребивалишта унутар територије Републике

[19] C. Costello, Courting Access toAsylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored, *Human Rights Law Review*, vol. 12, no. 2, 2012, стр. 290

[20] E. Brouwer, Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the Responsibility of the EU and its Member States. У B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, стр. 213

[21] О овом питању видети више у: В. Турањанин, Положај медитеранских миграната: увертира за Rackete и други против Италије, *Архив за правне и друштвене науке*, 2(1), 2020, стр. 96-117.

[22] У овом раду се нећемо бавити овом проблематиком. За више о томе видети у: V. Turanjanin, S. Soković, Migrants in Detention: The Approach of the European Cout of Human Rights, *Teme*, 2019, стр. 957-980; V. Turanjanin, Migrants and Safety in Serbia during and after Coronavirus Pandemic, *ECLIC*, issue 6, стр. 410-429.

Србије, односно промена места боравка унутар територије Републике Србије уколико је до промене дошло принудним путем (унутрашња миграција). Овде је потребно нагласити да имиграција представља спољну миграцију у Републику Србију која траје или се очекује да ће трајати дуже од 12 месеци, док емиграција представља спољну миграцију из Републике Србије која траје или се очекује да ће трајати дуже од 12 месеци (чл. 2. Закона о управљању миграцијама[23]). Овде не важан и Закон о азилу. Наиме, према члану 2. Закона о азилу, под појмом азил подразумева се право на боравак и заштиту које има странац којем је, одлуком надлежног органа, одобрено право на уточиште и супсидијарну заштиту. Лицу којем је признато право на уточиште или додељена супсидијарна заштита, према могућностима Републике Србије, обезбеђује се стамбени простор ради привременог смештаја (чл. 15. ст. 1. Закона о управљању миграцијама).

Кривично дело о којем је реч има основни и три тежа облика. Радња основног облика кривичног дела чини лице које без прописане дозволе пређе или покуша да пређе границу Србије, при чему је наоружан, или употребом насиља. Дакле, да би постојало кривично дело мора се радити о наоружаном преласку или преласку употребом насиља. Није битно да ли се ради о уласку у Србију или о изласку из државе. Сам прелазак државне границе без прописане дозволе је прекршај, а не кривично дело. Из ове одредбе произилази да је покушај подигнут на ранг довршеног кривичног дела. Као што професор Стојановић наглашава, проблем може да се јави приликом разграничења са некажњивим припремним радњама, при чему овде покушај не може да обухвата временски и просторно удаљене радње усмерене на прелазак државне границе.[24] За овај облик кривичног дела запрећена је казна затвора до једне године. Овај облик је умишљајног карактера.

Први тежи облик кривичног дела врши лице које омогућава другом недозвољени прелаз границе Србије или недозвољени боравак или транзит кроз Србију, и то у намери да себи или другом прибави какву корист. Дакле, радња овог облика је тројако одређена. Прво, то може бити омогућавање другом лицу недозвољеног прелаза границе Србије. Законодавац не прецизира о ком облику омогућавања се ради, те се у пракси могу

[23] ”Службени гласник Републике Србије” број 107/2012.

[24] З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2019. стр. 1008.

појавити различите ситуације. Једна од честих радњи јесте превоз другог лица. Друго, радња се састоји у омогућавању недозвољеног боравка на територији Републике Србије.[25] Треће, кривично дело ће постојати и у случају омогућавања транзита кроз Србију. Кривично дело може бити у стицају са другим кривичним делима, попут фалсификовања исправе или посебних случајева фалсификовања исправе из члана 355. Кривичног законика.[26] Пасивни субјект може бити било које лице које није држављанин Србије, при чему се исправно сматра да ово лице није жртва у смислу кривичног дела трговина људима, већ може, уколико су за то испуњени услови, бити кривично одговорно за основни облик кривичног дела.[27] За овај облик дела прописана је казна затвора од једне до осам година. И овај облик кривичног дела захтева постојање умишљаја. Међутим, за разлику од претходног, овде се захтева и постојање намере стицања користи. Пошто законодавац не прецизира о каквој користи се ради, иста може бити како имовинска тако и неимовинска.[28]

---

[25] ”По налажењу овог суда из чињеничног описа радњи наведених у изреци побијане пресуде произилазе сва битна обележја наведеног кривичног дела и то намера прибављања користи НН лицима која су обећала да ће стране држављане Републике Ирана пребацити на територију Републике Мађарске за одређену накнаду и захтевали од наведених страних држављана још новца како би их пребацили у Републику Мађарску. Такође, жалбеним наводима није доведен у сумњу закључак првостепеног суда да је окривљени својим предузетим радњама страним држављанима омогућио недозвољен боравак и транзит кроз Србију на тај начин што је стране држављане у породичној кући у којој је живео држао у приземном делу куће закључане, те након што је НН лице истима одузело мобилне телефоне, окривљени је задржао њихове мобилне телефоне и онемогућио им било какву комуникацију. Поред наведеног, из чињеничног описа радње омогућавање транзита, произилазе како објективна тако и субјективна обележја овог кривичног дела, значи релација транзита кроз Републику Србију до Републике Мађарске и радње предузете у циљу транзита, уз описан психички однос учиниоца према томе да он зна да се врши кријумчарење људи”. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-912/18 од 03. октобра 2018. године.

[26] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 број 1376/16 од 26. фебруара 2018. године.

[27] З. Стојановић, *нав. дело*, стр. 1008.

[28] Овде је битно истаћи и неопходност постојања свести код окривљеног да другом омогућава недозвољени прелаз границе. Рецимо ”… Насупрот наводима изјављене жалбе, Апелациони суд налази да је правилно првостепени суд закључио да је одбрана окривљеног која суштински представља негирање извршења кривичног дела, а из које произлази да је окривљени дана 21.09.2020. године, возилом које је изнајмио, требало да превезе саокривљеног … до хотела „Family“ који је 15 – 20 километара иза државне границе у Републици Мађарској, да је за превоз требало да

Следећи облик кривичног дела постоји ако је омогућавање другом недозвољеног преласка границе Србије или недозвољеног боравка или транзита кроз Србију, у намери да себи или другом прибави какву корист, учињено од стране групе, злоупотребом службеног положаја, или на начин којим се угрожава живот или здравље лица чији се недозвољени прелаз границе Србије, боравак или транзит омогућава или је кријумчарен већи број лица. Дакле, у овом облику се садрже четири посебна начина учињења дела. Прво, ако је кривично дело учињено од стране групе. Према чл. 112. т. 22. Кривичног законика, група представља најмање три лица повезаних ради трајног или повременог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру. Друго, овај облик дела постоји ако је дело учињено злоупотребом службеног положаја. Самим тим, овде се као учинилац јавља службено лице. Према члану 112. т. 3. службеним лицем сматра се: 1) лице које у државном органу врши службене дужности; 2) изабрано, именовано или постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или службене функције у тим органима; 3) јавни бележник, јавни извршитељ и арбитар, као и лице у установи, предузећу или другом субјекту, којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу; 4) службеним лицем сма-

добије новчани износ од 200 до 300 евра, да су на Мађарској граници заустављени, када је претресом возила утврђено да лице …, који се легитимисао својом путном исправом а да поседује још једну путну исправу на име …, при чему окривљени није знао да … нема адекватну путну исправу, будући да му је друг …, који му је и уговорио овај посао због тешке материјалне ситуације окривљеног, рекао да … има свој пасош, да му ништа није било сумњиво, да изнајмљено возило није од момента изнајмљивања па до момента кретања на пут све време било код окривљеног, већ га је у неком моменту пре поласка дао … како би спаковао своје ствари (када је по претпоставци окривљеног у њега и стављена друга путна исправа), те да није био свестан да превожењем омогућава … недозвољен прелаз државне границе, поткрепљена писаним доказима, пре свега путним исправама пронађеним код …, и да није обеснажена другим доказима изведеним током првостепеног поступка. Самим тим, чињеница да је окривљени навео да су на граници „откривени“, није довољна за несумњив закључак да је окривљени деловао у намери да себи прибави противправну имовинску корист, да је знао да својим радњама чини кривично дело.” Пресуда Основног суда у Крагујевцу 3К-21/21 од 13. децембра 2021. године и пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-115/22 од 24. фебруара 2022. године.

тра се и лице којем је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова; 5) војно лице.

На трећем месту, кривично дело постоји ако се кријумчарење врши на начин којим се угрожава живот или здравље лица чији се недозвољени прелаз границе Србије, боравак или транзит омогућава. О ком начину транспорта се ради, зависиће од околности конкретног случаја, а уколико обратимо пажњу на начине транспорта морем, овај облик дела добија посебан значај. Уколико дође до смртне последице или тешке телесне повреде, постојаће стицај. И четврто, овај облик дела ће да постоји уколико се кријумчари већи број лица. Према становишту Врховног суда Србије, које датира из 2006. године, али који је потврђен у новије време, овај израз подразумева најмање пет лица. Наиме, …бранилац окривљеног у захтеву наводи и да кријумчарење већег броја лица као једна од квалификаторних околности за квалификовани облик кривичног дела из става 3. члана 350. КЗ представља правни стандард који суд цени у сваком конкретном случају, али да осам лица који су кријумчарени од стране једанаест извршилаца, не представља већи број који би захтевао строжу квалификацију дела. На овај начин бранилац окривљеног истиче и повреду кривичног закона из члана 439. тачка 2) ЗКП у вези члана 350. став 3. КЗ. ... Појам „већи број лица“ по налажењу Врховног касационог суда може се различито схватити и представља правни стандард који суд цени у сваком конкретном случају према свим околностима кривичног дела, али то не би могло бити мање од пет лица (правно схватање Кривичног одељења Врховног суда Србије од 17.04.2006. године). Имајући у виду наведено, по оцени Врховног касационог суда правилно је другостепени суд радње окривљеног АА правно квалификовао као кривично дело недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи из члана 350. став 3. у вези става 2. у вези члана 33 КЗ, па су стога супротни наводи браниоца окривљеног којима се указује на повреду кривичног закона из члана 439. тачка 2) ЗКП оцењени као неосновани.[29] За овај облик, такође умишљајни, кривичног дела, запрећена казна затвора од две до дванаест година.[30]

[29] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1436/2020 од 16. децембра 2020. године.

[30] Судска пракса показује да закључење споразума о признању кривичног дела вуче изрицању казне на минимуму запрећене. Погледати, на пример, пресуду Вишег суда у Новом Пазару Спк-8/24 од 30. јануара 2024. године и пресуду Апелационог суда у Крагујевцу Кж1Спк-1/24 од 23. фебруара 2024. године. Слично, … Дакле, и по оцени другостепеног суда, насупрот жалбеним наводима бранилаца наведених ок-

Најтежи облик постоји у случају да је кривично дело учињено од стране организоване криминалне групе. Организована криминална група је група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи (чл. 112. т. 35. Кривичног законика). Запрећена је казна затвора од три до петнаест година.

Коначно, прописано је обавезно одузимање предмета, тј. средстава намењених или употребљених за извршење кривичног дела. Иако ће то у пракси по правилу бити возило, отвара се питање уопште могућности одузимања возила, изузев у случају да је исто преправљано у намени да се користи за извршење овог кривичног дела.

Сумарни теоријски осврт у погледу предмета доказивања обележја кривичног дела у кривичном поступку

Разумевање битних обележја кривичног дела недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи из члана 350. Кривичног законика (КЗ)[31] није значајно само с теоријског аспекта, већ има практичне импликације на кривични поступак. Идентификација одлучних или правно релевантних чињеница у погледу којих ће се изводити докази на

ривљених, из предложених и изведених доказа јасно произилази да су окривљени …, критичном приликом, по претходном договору и са подељеним улогама, покушали да омогуће недозвољени транзит кроз Републику Србију на релацији од Прешева до Ниша већег броја лица (шест страних држављана који су илегално боравили на територији Републике Србије), на тај начин што су заједно отишли од Врњачке Бање до Прешева возилом у власништву окривљеног … марке „Рено 19“, којим је управљао окривљени …, где је поред пута, пре искључења за Прешево, стајало паркирано комби возило марке „Рено еспејс“, у којем су се налазили наведени страни држављани, након чега је окривљени … прешао у то комби возило на место возача и кренуо овим возилом у правцу Београда, крећући се иза возила марке „Рено 19“ у којем су се налазили окривљени … и …, тако што су се кретали у истом правцу и уз пут обавештавали окривљеног … о патролама полиције, а све у намери да себи прибаве корист, тако што би за ову услугу добили и то окривљени … и … по 100 ЕУРА, а окривљени … 300 ЕУРА, при чему тај транзит нису довршили, јер су заустављени од стране полицијских службеника на ауто путу Ниш - Београд, у висини Трупалских шума. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-642/19 од 04. новембра 2019. године.

[31] Кривични законик - КЗ ("Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр. 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019).

главном претресу представља суштински задатак свих актера кривичног поступка. Одредба члана 83. став 1. Законика о кривичном поступку (ЗКП)[32] дефинише предмет доказивања прописујући да су то чињенице које чине обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона.

Грубиша истиче да суд путем правних норми долази до сазнања које чињенице треба утврдити и оне су искључиво тзв. одлучне чињенице, а њихов скуп назива се чињенично стање.[33] Круг правно релевантних чињеница, које је потребно утврдити, произлазе из предмета оптужбе, а квантитет и квалитет доказа одређују учесници у поступку, највећим делом – странке.[34] Правилно утврђивање чињеница које се остварује извођењем и оценом доказа, први је и најважнији задатак сваког процеса и представља најглавнију и најобимнију активност у суђењу, чему следују закључивања и судови о значају утврђених чињеница.[35]

У доктрини се истиче да чињенице које чине биће одређеног кривичног дела предмет су доказивања. У оквиру бића кривичног дела могуће је разликовати објективне и субјективне елементе, што одговара подели чињеница на спољне и унутрашње. Сагласно томе, радња извршења, последица, предмет радње, средство, начин извршења, лично својство, лични однос или лични статус извршиоца, као и место и време извршења кривичног дела представљају спољне чињенице материјалноправног карактера, док умишљај, нехат, намера и побуда спадају у унутрашње чињенице.[36] Тужиочева тврдња садржана у оптужби одно-

[32] Законик о кривичном поступку – ЗКП („Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011,121/2012,32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019).

[33] М. Грубиша, (1980), *Чињенично стање у кривичном поступку*, Информатор, Загреб, стр. 14.

[34] И. Илић, (2015), „Утврђивање чињеница у адверзијалном кривичном поступку и суђење у разумном року“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Интермекс, Златибор – Београд, стр. 599.

[35] Т. Васиљевић, (1981), *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, треће измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, стр. 292. Закон мора бити у вези са чињеницама, јер оне произилазе из живота људских заједница чије односе је закон створен да регулише. W. O. Hart, (1934), „Facts and Law“, *The Bell Yard*, no. XIII / 1934, The journal of the Law Socity's School of Law, p. 11,12.

[36] Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, (2015), *Коментар Законика о кривичном поступку*, осмо измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, стр. 289.

си се увек на неки догађај из прошлости временски и просторно конкретизован који, према тужиочевом схватању, садржи битне елементе кривичног дела предвиђеног у одређеном законском пропису. Које су друге материјалноправно релевантне чињенице, осим битних елемената кривичног дела о којем се ради, и које су процесноправно релевантне чињенице конкретног случаја, разабире се из свих материјалноправних и процесноправних прописа који се односе на тај случај како је одређен конкретним битним елементима дела које је предмет оптужбе и које у оптужби увек мора бити временски и просторно конкретизован.[37]

Идентификација одлучних чињеница које представљају предмет доказивања кривичног дела недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи

У анализи бића кривичног дела недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи указано је на битна обележја кривичног дела која представљају предмет доказивања у кривичном поступку. Суд мора утврдити да ли је окривљени мигрантима омогућио недозвољен прелаз границе Србије или недозвољени боравак или транзит кроз Србију, јер то представља радњу извршења кривичног дела. Радња је суштина кривичног дела, његова окосница и без ње кривично дело не може да постоји (*nullum crimen sine actione*), другим речима, радњом се изражава чињенични, физички супстрат кривичног дела и преко радње кривично дело добија димензију реалне, објективне појаве у спољном свету.[38]

С обзиром на алтернативно прописане облике радње извршења које се односе на недозвољен боравак или транзит кроз Србију, као кључно питање намеће се статус миграната, јер није сваки боравак миграната или њихов транзит недозвољен. Утврђивање статуса миграната захтева познавање прописа којима се њихов статус регулише и извођење доказа у овом правцу, због чега ћемо овом питању посветити посебну пажњу у наставку рада. С друге стране, за радњу извршења која се односи на омогућавање недозвољеног преласка границе[39] није битна ова чињени-

[37] В. Бајер, (1978), *Југославенско кривично процесно право, књига друга, Право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку*, друго прерађено издање, Информатор, издавачка кућа, Загреб, стр. 11, 12.

[38] Н. Делић, (2009), *Нова решења општих института у Кривичном законику Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, стр. 17.

[39] Ова радња извршења кривичног дела у пракси се најчешће манифестује тако што се

ца, јер недозвољени прелазак границе постоји без обзира на својство пасивног субјекта. Наиме, и мигрант који има законски основ за боравак или транзит кроз Републику Србију може бити пасивни субјект овог кривичног дела, на пример, када се омогућава његов прелазак границе ван граничних прелаза. У погледу овог облика радње извршења кривичног дела, значајно је указати да у изреци пресуде морају бити описане противправне радње које се односе на омогућавање недозвољеног преласка државне границе.[40]

У току кривичног поступка мора се утврдити постојање чињеница које указују да је кривично дело извршено са умишљајем који представља правну категорију и састоји се од интелектуалне и вољне компоненте. Закључак о умишљајном поступању мора да произилази из утврђеног чињеничног стања. Утврђене чињенице морају да дају одговор на питање да ли је учинилац имао свест о битним елементима кривичног дела и да је хтео, односно пристао на извршење кривичног дела. Не може се само констатовати умишљајно поступање без ослањања на чињенично стање.

С обзиром да намера представља битно обележје кривичног дела, треба указати на ставове доктрине да питање разграничења намере и

прелазак државне границе обавља ван граничних прелаза и на местима која нису за то предвиђена. По схватањима у судској пракси „граница се недозвољено може прећи на различите начине (довођење до границе, прикривање у близини границе док се не изврши прелаз, превођење ван граничног прелаза и без важећих личних докумената, прихват по преласку границе или друго)“. Решење Апелационог суда у Нишу, 5Кж.1 бр. 19/20 од 03.02.2020. године. Наведено према: Инг про прописи, судска пракса, електронско издање.

[40] У пресуди Врховног касационог суда Кзз. 380/20 од 03.06.2020. године наведено је да „у изреци пресуде није наведена ни једна протиправна радња окривљеног, која би представљала омогућавање недозвољеног преласка државне границе. Предаја лажне исправе - бугарског пасоша је искључиво радња коју је предузела ББ, а у изреци пресуде није описана радња окривљеног нити његов допринос изршењу противправне радње предузете од стране ББ. Његово чињење - према изреци пресуде - осим довожења ББ до граничног прелаза - у чему се не огледа било каква незаконитост, састоји се у предаји оригиналних исправа АП Косова на њено име надлежном полицијском службенику. Будући да су документа која је он предао - оригинална, да се радња одвија у оквиру граничног прелаза Републике Србије - подручју примене важећих закона Републике Србије, она, сама по себи, не значи омогућавање уласка у државу ЕУ, а са становишта примене закона Републике Србије, није противправна. Та радња, осим тога, како стоји у изреци пресуде, није била разлог због ког је полиција онемогућила прелазак границе ББ.“ Наведено према: Инг про прописи, судска пракса, електронско издање.

умишљаја представља чест камен спотицања судова који често изједначавају ове појмове иако за такав поступак нема оправдања, јер је намера субјективна чињеница која се мора доказати увек када је предвиђена бићем кривичног дела, док умишљај представља правни закључак суда у погледу тога да ли је окривљени био свестан свих елемената кривичног дела и шта је хтео да постигне својом радњом. Да би донео закључак о облику кривице, суд мора да утврди одлучне субјективне чињенице које се односе на свест и вољу учиниоца.[41] Утврђивање намере да се себи или другом прибави каква корист мора бити предмет извођења доказа у погледу ове субјективне чињенице. Доказни поступак се мора усмерити на испитивање чињеница и околности из којих се може закључити да је код оптуженог ова намера била присутна, а за постојање кривичног дела није битно да је каква корист и прибављена, од стране окривљеног или другог лица.[42]

У погледу тежег облика кривичног дела, суд ће утврђивати да ли је дело учињено од стране групе, злоупотребом службеног положаја, или на начин којим се угрожава живот или здравље миграната чији се недозвољени прелаз границе Србије, боравак или транзит омогућава или је кријумчарен већи број лица. Доказни поступак се усмерава ка извођењу доказа који поткрепљују постојање ових чињеница. При томе, за појам групе треба имати у виду члан 112. став 2. КЗ,[43] а питање да ли је кријумчарен већи број лица представља правни стандард који суд цени у сваком конкретном случају према свим околностима кривичног дела, али то не би могло бити мање од пет лица (правно схватање кривичног одељења Врховног суда Србије од 17.4.2006. године).[44] Ако је реч о злоупотреби

[41] В. Бајовић, (2014), *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд, стр. 56 - 60.

[42] „За постојање предметног кривичног дела из члана 350 став 3 у вези става 1 и 2 у вези члана 33 КЗ, није неопходно да је каква корист остварена и да иста буде опредељена у изреци, већ је битан елемент овог кривичног дела намера прибављања користи, а она је у конкретном случају у изреци пресуде наведена и описана.“ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз. 502/17 од 26. 04. 2018. године. Наведено према: Инг про прописи, судска пракса, електронско издање

[43] Група је најмање три лица повезаних ради трајног или повременог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру.

[44] У доктрини се указује да природи ове инкриминације, као и запрећеној казни за овај облик, можда више одговара број од најмање 10 лица. З. Стојановић, (2024),

службеног положаја, онда се као извршилац јавља службено лице,[45] што даље значи да се на главном претресу морају извести докази којима се утврђује статус окривљеног као службеног лица, а у изреци пресуде ово својство мора бити описано. Закључак да је кривично дело извршено на начин којим се угрожава живот или здравље миграната мора произаћи из изведених доказа на главном претресу. Потребно је утврдити околности под којима је кривично дело извршено и које са извесношћу указују да је предузета радња извршења којом се угрожава живот или здравље миграната. Најчешће, до овог закључка се долази утврђивањем чињеница које указују да је предузетом радњом испољено занемаривање основних хигијенских и здравствених услова који треба да буду обезбеђени сваком човеку, на такав начин да узрокује угрожавања живота или здравља.

Напослетку, предмет доказивања у погледу најтежег облика кривичног дела је чињеница да је дело извршено од стране организоване криминалне групе.[46] У току доказног поступка се морају извести докази којима се утврђује постојање организоване криминалне групе, а чињенични опис кривичног дела у овим случајевима мора садржати прецизно одређење активности организоване криминалне групе.[47]

Коментар Кривичног законика, тринаесто измењено издање, Службени гласник, Београд, стр. 1098.

[45] *Ibidem*.

[46] Организована криминална група је група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи. Члан 112 став 35 КЗ.

[47] „Из чињеничног описа дела, датог у изреци пресуде, произлази да су "окривљени поступали у урачунљивом стању, способни да схвате значај свог дела и да управљају својим поступцима, са умишљајем, свесни да је дело забрањено и хтели извршење, и то окривљени АА организовао организовану криминалну групу... ради стицања финансијске користи, на тај начин што је сачинио план деловања организоване криминалне групе и координирао активности саучесника, да за финасијску корист, у Србији организује прихват, недозвољени боравак и недозвољени транзит страних држављана.... а све у циљу њиховог одласка ка некој од земаља Европске Уније, те су у том циљу припадници ове организоване криминалне групе од 4. 1. 2015. године до 22. 2. 2015. године постали окривљени ДД, ББ и ВВ а у намери прибављања имовинске користи у распону од око 10 евра по мигранту за локални превоз на територији Босилеграда и око 150 евра до 1000 евра за групни превоз миграната до територије града Београда, а за себе задржао укупно око 4.000 евра..." чиме су назначене све чињенице и околности, па и намера да се прибави корист, а које представљају законска обележја кривичног дела недозвољен прелаз државне

Већ је указано да је за постојање радње извршења кривичног дела која се односи на недозвољени боравак или транзит кроз Србију одлучна чињеница статус миграната, због чега ћемо у наставку рада посебну пажњу посветити овом питању.

Утврђивање статуса миграната као обележје кривичног дела

Пре свега, треба указати на ставове доктрине да пасивни субјект овог кривичног дела не може према изричитој одредби ратификованог Протокола против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом, бити кривично гоњен за радње преласка, остајања или транзита, али то лице није ни жртва у смислу кривичног дела трговине људима и могло би се јавити као извршилац основног облика овог кривичног дела из става 1 уколико су остварена његова обележја, а не ради се о облику из става 2.[48]

Неће постојати недозвољен боравак или недозвољен транзит уколико мигрант има правни основ за боравак или транзит кроз Републику Србију. Треба напоменути да и формални пропусти у опису радње извршења кривичног дела у изреци, пресуду чине неваљаном јер се суштина кривичног дела огледа у недозвољеном транзиту.[49]

границе и кријумчарење људи из члана 350. став 4. у вези става 2. у вези члана 61. КЗ-а, за које су окривљени оглашени кривим, и то како објективне околности које се односе на саме радње извршења, тако и субјективне околности које се односе на урачунљивост и умишљај окривљених.“ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По1 8/21 од 03.02.2022. године. Наведено према: Инг про прописи, судска пракса, електронско издање.

[48] З. Стојановић, (2024), *op.cit*., стр. 1097.

[49] „У изреци побијане првостепене пресуде нису наведена сва законом прописана битна обележја кривичног дела јер иако је наведено да је окривљени омогућио трећим лицима транзит кроз Републику Србију није назначено да је реч о недозвољеном транзиту што је битно обележје наведеног кривичног дела.“ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз. 1184/21 од 2. 11. 2021. године. Иста ситуација постоји у случају када се у чињеничном опису радњи окривљеног не наводе објективни и субјективни елементи кривичног дела већ из истог произилази „да је окривљени, у намери да другом прибави имовинску корист, страним држављанима омогућио транзит кроз Републику Србију тако што их је превезао на релацији Београд - насеље ..., што само по себи није забрањено.“ Пресуда Врховног касационог суда, Кзз. 1234/21 од 18. 11. 2021. године. У овој пресуди Врховни касациони суд је нагласио да у изреци првостепене пресуде нису наведени и описани ни радња извршења кривичног дела из члана 350 став 2 КЗ односно омогућавање недозвољеног транзита, ни статус пасивних

Када се у току кривичног поступка појави питање постоји ли недозвољен транзит или недозвољен боравак миграната, потребно је консултовати одредбе других закона и подзаконских аката који регулишу ову материју.

Члан 48 Закона о азилу и привременој заштити[50] прописује да тражилац азила, између осталих права, има право на боравак и слободу кретања у Републици Србији. Чланом 49 предвиђено је да по пријему у центар за азил или други објекат намењен за смештај тражилаца, тражилац има право да борави у Републици Србији и за то време може се слободно кретати на територији, осим ако постоје разлози за ограничење његовог кретања из члана 77 овог закона. Одредба члана 20 став 1 прописује да у поступцима одобравања и престанка права на азил поступак води и све одлуке доноси Канцеларија за азил, организациона јединица Министарства унутрашњих послова надлежна за послове азила.[51]

Значајно је указати да приликом граничне контроле на уласку у Републику Србију или на територији Републике Србије, странац може усменим или писменим путем, пред овлашћеним полицијским службеником Министарства изразити намеру да поднесе захтев за азил. Изузетно, странац намеру да поднесе захтев за азил може изразити и у центру за азил, у другом објекту одређеном за смештај тражилаца, из члана 51. овог закона, као и прихватилишту за странце. [52] Странац који је изразио намеру да поднесе захтев за азил се одмах након што је изразио ту намеру региструје и упућује у центар за азил или у други објекат који је одређен за смештај тражилаца, у који се мора јавити у року од 72 сата од момента када му је издата потврда о регистрацији.[53] Овлашћени полицијски службеник Министарства о извршеној регистрацији издаје по-

субјеката односно околност да је реч о илегалним мигрантима нити психички однос учиниоца у смислу да окривљени зна да врши кријумчарење људи у транзиту. Код оваквих недостатака у опису радњи окривљеног дело које му је стављено на терет, а за које је правноснажно осуђен, није кривично дело. Наведено према: Инг про прописи, судска пракса, електронско издање.

[50] Закон о азилу и привременој заштити ("Службени гласник РС", бр. 24/2018 од 26.3.2018. године).

[51] Одредбом члана 21 истог закона успоставља се надлежност Комисије за азил, као другостепеног органа. Чланом 22 регулише се надлежност Управног суда, док се чланом 23 регулишу надлежности Комесаријата за избеглице и миграције. Одредбама члана 35 до 47 наведеног закона регулисан је поступак азила.

[52] Члан 35 ставови 1 и 2 Закона о азилу и привременој заштити.

[53] Члан 35 став 3 Закона о азилу и привременој заштити.

тврду о регистрацији странца[54] који је изразио намеру да поднесе захтев за азил, а приликом пријема странца којем је издата потврда о регистрацији у центар за азил или други објекат намењен за смештај тражилаца, Комесаријат у потврди о регистрацији потврђује чињеницу пријема.[55] Поступак азила покреће подношењем захтева за азил овлашћеном службенику Канцеларије за азил, на прописаном обрасцу најкасније у року од 15 дана од дана регистрације.[56]

Дакле, полазећи од законских одредби, тражилац азила је формално-правно лице које је поднело захтев за азил. Међутим, и лице које је изразило намеру да поднесе захтев за азил и које је регистровано има законит боравак на територији Републике Србије, што важи под претпоставком да се лице у року од 72 сата јавило у одговарајући центар за азил, односно да не постоји разлог извињавајућег карактера зашто то није учинило, због чега је потребно испитати све чињенице у сваком конкретном случају.[57]

Незаконит боравак странаца у Републици Србији регулише и одредба члана 74 став 1 Закона о странцима.[58] Основ боравка странца је

---

[54] Треба напоменути и да Правилник о о садржини и изгледу образаца захтева за азил и исправа које се могу издавати тражиоцима азила и лицима којима је одобрен азил или привремена заштита(„Службени гласник РС“ бр. 53/2008) предвиђа да странцу који је изразио намеру за подношење захтева за азил, као и члановима његове породице који се налазе са њим, издаће се потврда, а потврду издаје овлашћено службено лице Министарства унутрашњих послова (члан 4), да личну карту за лице које тражи азил издаје Канцеларија за азил, по извршеној регистрацији лица (члан 7 став 1) те да се лична карта за лице коме је одобрен азил, издаје се са роком важења од пет година за лица којима је признато право на уточиште, односно од једне године за лица којима је призната супсидијарна заштита (члан 9 став 1).

[55] Члан 35 ставови 11 и 12 Закона о азилу и привременој заштити.

[56] Члан 36 став 1 Закона о азилу и привременој заштити.

[57] М. Давинић, И. Крстић (2020), *Водич за примену релевантних прописа у области азила и миграција*, Досије студио, Београд, стр. 106.

[58] Закон о странцима („Службени гласник РС“ број 24/2018, 31/2019 и 62/2023). Овом одредбом је, између осталог, прописано да незаконит боравак постоји у случајевима када је странац незаконито ушао у Републику Србију, изразио је намеру да поднесе захтев за азил, али се у року од 72 сата није јавио у објекат за смештај тражилаца азила, Канцеларију за азил није обавестио о промени адресе становања или је самовољно напустио објекат за смештај тражилаца азила пре подношења захтева за азил, затим у случају када је странцу коме је правноснажном одлуком захтев за азил одбачен или одбијен, поступак по поднетом захтеву за азил обустављен или коме је из законом предвиђених разлога престало право на привремену заштиту или азил,

промењива категорија, па једно лице може бити квалификовано као тражилац азила, да би већ у следећем тренутку могло бити квалификовано као лице које незаконито борави на територији Републике Србије, због чега је важно да постоји хоризонтална повезаност Закона о азилу и привременој заштити и Закона о странцима.[59]

Практичне импликације наведеног манифестују се у кривичном поступку кроз обавезу утврђивања законитости боравка миграната у Републици Србији, увек када се то питање појави као спорно. У тим ситуацијама, потребно је прибавити информације од Министарства унутрашњих послова - Канцеларије за азил, Комесаријата за избеглице и миграције или одређене Полицијске управе, Одсека за странце и сузбијање ирегуларних миграција. Ови државни органи воде евиденцију лица која су изразила намеру да поднесу захтев за азил или су поднела захтев за азил, а поседују податке и о томе како је азилни поступак окончан. При томе, потребно је што прецизније идентификовати лица – мигранте и ту се могу појавити одређени проблеми који се односе на разлике у њиховим подацима (име, презиме, име оца и мајке, датум рођења). Тада треба извршити увид у регистрационе листове миграната који су евидентирани од полицијских службеника Министарства унутрашњих послова и упоредити те податке са подацима која су лица дала приликом испитивања у својству сведока. Одређене разлике у личним подацима миграната који су евидентирани код различитих државних органа у Републици Србији уобичајена су појава и последица су различитог уноса података од стране службеника који поступају, као и чињенице да мигранти дају своје личне податке и да у смислу наведеног они могу бити другачије предочени од самих даваоца тих података. Такође, правноснажна пресуда прекршајног суда може се користити као доказ о чињеници незаконитог боравка миграната и у њу ће се извршити увид на главном претресу.[60]

а није поступио по налогу за напуштање територије Републике Србије изреченог у правноснажној одлуци органа који је решавао по његовом захтеву за азил.

[59] М. Давинић, И. Крстић, *op.cit*., стр. 105.

[60] Иако Протокол о кријумчарењу миграната копном, морем и ваздухом предвиђа да мигранти неће бити подложни кривичном гоњењу због чињенице да су предмет радњи кријумчарења, њихова прекршајна одговорност због незаконитог боравка на територији Републике Србије није искључена.

Закључак

Другу половину XX и почетак XXI века обележили су таласи миграција, који се крећу са истока на запад, од сиромашнијих ка богатијим државама. Миграциони токови су различити, а трасе се мењају у зависности од става појединих држава према мигрантима. Као што је познато, од миграција нису поштеђене ни Србија нити Босна и Херцеговина. Кривично законодавство Србије предвиђа кривично дело недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи, а што се у основи своди на мигранте.

Чињеница да се мигранти појављују као пасивни субјекти кривичног дела недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи из члана 350 КЗ имплицира да се њихов статус у Републици Србији мора утврдити са сигурношћу. Зато се од надлежних државних институција морају прибавити подаци да ли је мигрант изразио намеру за азил, поднео захтев за азил или му је одобрен азил, увек када се ово питање постави у кривичном поступку као спорно. Не само да је битно да се посебна пажња посвети доказивању свих битних обележја кривичног дела на која је указано, већ се и наведено питање статуса мигранта мора у потпуности утврдити током доказног поступка, јер од тога зависи да ли постоји недозвољен боравак или транзит. Зато судије које суде у оваквим кривичним предметима морају добро познавати материју која се односи на положај странаца и азилни поступак.

Литература

– H. Haas, Mediterranean migration futures: Patterns, drivers and scenarios, Global Environmental Change, 2011.
– A. Pascale, Migration Control at Sea: The Italian Case. У B. Ryan, & V. Mitsilegas, Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
– A. Klug, Strengthening the Protection of Migrants and Refugees in Distress at Sea through International Cooperation and BurdenSharing, International Journal of Refugee Law, 2014, Vol. 26, No. 1.
– K. Ogg, Protection from ‘Refuge’: On What Legal Grounds Will a Refugee Be Saved from Camp Life?, International Journal of Refugee Law, Vol. 28, No. 3, 2016.

– M. Sharpe, Mixed Up: International Law and the Meaning(s) of "Mixed Migration", Refugee Survey Quarterly, vol. 37, 2018, 116–138.
– V. Moreno-Lax, Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?, Human Rights Law Review, vol. 12, no. 3, 2012.
– V. Mitsilegas, Solidarity and Trust in the Common European Asylum System, Comparative Migration Studies, vol. 2, no. 2, 2014.
– A. Betts, Survival Migration: Failed Governance and the Crisis of Displacement, Ithaca-London: Cornell University Press, 2013.
– K. F. Aas, & H. O. Gundhus, Policing Humanitarian Borderlands: Frontex, Human Rights and the Precariousness of Life, Brit. J. Criminol. vol. 55, 2015.
– J. L. Černič, The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises, Hague J Rule Law, vol. 8(2), 2016.
– D. J. Cantor, Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence, Refugee Survey Quarterly, vol 34, 2014.
– C. Harvey, Time for Reform? Refugees, Asylum-seekers, and Protection Under International Human Rights Law, Refugee Survey Quarterly, vol 34, 2014, стр. 44; K. McConnachie, Refugee Protection and the Art of the Deal, Journal of Human Rights Practice, vol. 9, 2017.
– M. H. Meçe, Risk Factors of the Irregular Migratory Waves on the Western Balkan Route: Implications in the European Union Countries. У E. Balica, & V. Marinescu, Migration and Crime: Realities and Media Representations, Bucharest: Palgrave Macmillan, 2018.
– N. Markard, The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries, The European Journal of International Law Vol. 27 no. 3, 2016.
– B. Ryan, Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees? У B. Ryan, & V. Mitsilegas, Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
– A. Klug, & T. Howe, The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures,

у B. Ryan, & V. Mitsilegas, Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

– C. Costello, Courting Access toAsylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored, Human Rights Law Review, vol. 12, no. 2, 2012.
– E. Brouwer, Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the Responsibility of the EU and its Member States. У B. Ryan, & V. Mitsilegas, Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
– В. Турањанин, Положај медитеранских миграната: увертира за Rackete и други против Италије, Архив за правне и друштвене науке, 2(1), 2020, стр. 96-117.
– V. Turanjanin, S. Soković, Migrants in Detention: The Approach of the European Cout of Human Rights, Teme, 2019.
– V. Turanjanin, Migrants and Safety in Serbia during and after Coronavirus Pandemic, ECLIC, issue 6, стр. 410-429.
– З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Службени гласник, Београд, 2019.
– М. Грубиша, (1980), Чињенично стање у кривичном поступку, Информатор, Загреб
– И. Илић, (2015), „Утврђивање чињеница у адверзијалном кривичном поступку и суђење у разумном року“, Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Интермекс, Златибор – Београд.
– Т. Васиљевић, (1981), Систем кривичног процесног права СФРЈ, треће измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд.
– W. O. Hart, (1934), „Facts and Law“, The Bell Yard, no. XIII / 1934, The journal of the Law Socity's School of Law.
– Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, (2015), Коментар Законика о кривичном поступку, осмо измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд.
– В. Бајер, (1978), Југославенско кривично процесно право, књига друга, Право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку, друго прерађено издање, Информатор, издавачка кућа, Загреб.
– Н. Делић, (2009), Нова решења општих института у Кривичном за-

конику Србије, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.

– В. Бајовић, (2014), Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд.
– М. Давинић, И. Крстић (2020), Водич за примену релевантних прописа у области азила и миграција, Досије студио, Београд.
– Закон о азилу и привременој заштити ("Службени гласник РС", бр. 24/2018 од 26.3.2018. године).
– - Закон о странцима („Службени гласник РС“ број 24/2018, 31/2019 и 62/2023).
– - ”Службени гласник Републике Србије” број 107/2012.
– - Законик о кривичном поступку – ЗКП („Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011,121/2012,32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019).
– - Кривични законик - КЗ ("Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр. 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019).

Mladen Jeličić, PhD[61]
Veljko Turanjanin, PhD[62]

MIGRANTS AS PASSIVE SUBJECTS OF THE CRIMINAL OFFENSE ILLEGAL CROSSING OF STATE BORDER AND PEOPLE SMUGGLING (SUBSTANTIVE AND PROCEDURE ASPECTS)

***Abstract**: The paper provides a theoretical overview of the subject of proving the elements of a criminal offense, identified decisive facts that represent the subject of proof, and pointed out the specifics of the proof. Special attention was paid to the question of determining the status of migrants, because for the existence of the elements of two forms of criminal offense, it must be established that there is illegal residence and illegal transit of migrants. That's why the provisions of the Act on Asylum and Temporary Protection, the Act on Foreigners and by-laws were analyzed. It was pointed out the necessity of establishing decisive facts by obtaining data from competent state institutions that keep data on migrants, when the need arises. Relevant court decisions were cited in several places.*

***Key words**: migrants, state border, subject of proof, migrant status as a feature of a criminal offense, asylum procedure.*

[61] Research Fellow, Judge, High Court in Šabac, Republic of Serbia
[62] Associate professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, Republic of Serbia

UDK 343.811:343.241(497.16)
doi 10.7251/PR6924953R
Pregledni naučni članak

IZVRŠENJE KAZNE ZATVORA U IZVRŠNOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU CRNE GORE

Prof. dr Darko Radulović[1]
Dijana Radulović[2]

Apstrakt: *Usvajanjem novog Zakona o izvršenju kazne zatvora, novčane kazne i mjera bezbjednosti, kao i donošenjem odgovarajućih podzakonskih akata u Crnoj Gori stvoreni su uslovi za reformisanje i unapređenje sistema izvršenja krivičnih sankcija, posebno kazne zatvora. Izvršenje krivičnih sankcija je znatno osavremenjeno i primjereno stepenu društvenog razvoja i naučnim saznanjima u ovoj oblasti. U radu je podvrgnut analizi sistem izvršenja kazne zatvora i kazne dugotrajnog zatvora kao korpusa kaznene reakcije na kriminalitet. Pored uvodnih napomena u radu je dat kraći osvrt na relevantne međunarodne pravne akte koji se tiču pitanja izvršenja kazne lišenja slobode, što predstavlja osnov za uređenje ovog pitanja u nacionalnom zakonodavstvu. U ovom radu pažnja je usredsređena na nekoliko najznačajnijih pitanja, kao što su svrha izvršenja kazne zatvora, osnovni principi izvršenja ove kazne, prava i dužnosti zatvorenika koja determinišu njegov položaj u postupku izvršenja.*

Ključne riječi: *krivično izvršno pravo, kazna zatvora, izvršenje, zavodi.*

[1] Darko Radulović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, Ulica 13. jula br. 2, 81000 Podgorica, e mail:darko@t-com.me

[2] Dijana Radulović, sudija Apelacionog suda Crne Gore, Njegoševa 10, 81000 Podgorica, e mail: dijana.radulovic@sudstvo.me

1. UVODNE NAPOMENE

Reforma krivičnog zakonodavstva na evropskom prostoru zadnje tri decenije je intenzivirana i to ne samo u zemljama bivšeg realsocijalizma i zemljama jugoistočne Evrope, gdje su duboke promjene na društveno-ekonomskom planu determinisale i legislativne promjene, nego i u zemljama stabilnijeg pravnog poretka. Te promjene nisu samo, ili isključivo, rezultat razvoja nacionalnog zakonodavstva zasnovanog na sopstvenoj pravnoj tradiciji, nego dominirajućeg uticaja naddržavnih organizacija koje propisuju određena pravila kojima stvaraju modele uređenja odnosa u ovoj oblasti i uspostavljaju pravne standarde s kojima se harmonizuju nacionalni pravni okviri. Zato su danas sve manje razlike u sferi krivičnog zakonodavstva u pojedinim zemljama pa pojedini krivičnopravni instituti, bez obzira iz kojih sistema potiču sve više dobijaju karakter univerzalnosti i kao takvi bivaju inkorporirani u najveći broj nacionalnih zakonodavstava.[3]

Jedan od razloga takvog trenda leži u činjenici da savremeni kriminalitet, posebno neki njegovi pojavni oblici, kao što je organizovani kriminalitet, više nije samo nacionalni problem, nego internacionalni, pa je nužno preduzimanje zajedničkih mjera u borbi protiv kriminaliteta na širokom prostoru.

Iako se termin „opšteprihvaćeni pravni standardi“, negdje sa prefiksom „međunarodni“, negdje „evropski“ standardi, često koristi u literaturi, postavlja se pitanje pojmovnog određenja ovog instituta. U tom smislu pojam međunarodni pravni standard označava ono što se stabilizovalo u svojoj elementarnoj pravnoj formi, bilo kao ideja, bilo kao pravna činjenica, što jeste, ili bi moglo predstavljati univerzalni minimum nekog pravnog pravila, nezavisno od toga da li je sastavni dio pozitivnog unutrašnjeg ili međunarodnog prava[4], ili drugačije rečeno međunarodni pravni standard jeste pravni pojam, rezultat sublimacije pravnog iskustva i znanja, napredovanja norme do načela.[5] Pravni standard je najčešće formulisan u vidu opšte pravne norme koja jasno određuje cilj da modelira pravo prema određenim pravnim idealima i postavi pravac po kome

[3] Bejatović S., Opšteprihvaćeni pravni standardi i Predlog Zakonika o krivičnom postupku, RKK br. 2, 2006. g. str. 44.

[4] Matovski N., Međunarodni standardi u kaznenom (krivičnom postupku), RKK, br. 3, 2009. g. str. 285.

[5] Beljanski S., Međunarodni pravni standardi u krivičnom postupku, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001. g. str. 10.

treba da se kreće zakonodavac u stvaranju, a sud u primjeni prava.[6]

Pored pojma međunarodni pravni standard danas se sve više koristi termin evropski pravni standard što je u neposrednoj vezi sa zahtjevom Evropske unije kojim se traži od zemalja pretendenata na članstvo u ovoj organizaciji da svoje zakonodavstvo, pa i krivično, usklade sa zakonodavstvom EU. I kada je riječ o pojmu evropski standard i tu imamo dva aspekta - uži i širi. Prvi aspekt korišćenja pojma „evropski standardi" odnosi se na EU, odnosno članice EU, jer na nivou EU nemamo jedinstvenog krivičnog zakonodavstva koje simbolizuje državu, kao što je slučaj sa nacionalnim zakonodavstvima, čega su svjesni i tvorci „evropskog zakonodavstva".[7] Uz to, ne treba izgubiti iz vida da postoje, ne male razlike, krivičnog zakonodavstva između zemalja članica EU.

Drugi aspekt korišćenja pojma „evropski standard" je znatno širi i on se, kada je riječ o pravnim standardima u odnosu na ljudska prava, odnosi na cijeli prostor država koje pripadaju Savjetu Evrope, potpisnica Evropska konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Prema tome, „evropski standardi" se zasnivaju na:

1. nekim odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama,
2. praksi Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu,
3. određenim tzv. „mekim" izvorima prava kao što su preporuke Komiteta ministara i neki slični akti EU i SE „instruktivnog" karaktera.[8]

Kao članicu Savjeta Evrope za našu zemlju značajna je Evropska konvencija za unapređenje krivičnog zakonodavstva kojom su propisani minimalni standardi ispod kojih se u reglementaciji pojedinih instituta ne može ići, pogotovo kad se radi o pravima i osnovnim slobodama čovjeka.

Krivično zakonodavstvo (materijalno, procesno i izvršno) u Crnoj Gori karakteriše dinamički razvoj. Reforma ovog zakonodavstva započela je još

---

[6] Kambovski V., Pravda i vnatrešni raboti na Evropskata unija, Praven fakultet „Justinijan Prvi", Skoplje, 2005. g. str. 311.

[7] Kolarić D., Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije, u „Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo - poglavlje 23, norma, praksa i mere harmonizacije" (ur. Bejatović S.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2016. g. str. 11.

[8] Škulić M., Stepen (ne)usaglašenosti krivičnog postupka Srbije sa evropskim standardima, u „Evropske integradije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 - norma, praksa i mere harmonizacije" (ur. Bejatović S.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2016. g. str. 47.

u Državnoj zajednici Srbije i Crne Gore, gdje je, shodno Ustavnoj povelji te zajednice, sva zakonodavna nadležnost iz oblasti krivičnog zakonodavstva prenesena na države članice. U tom smislu i procesno zakonodavstvo koje je do tada bilo u nadležnosti savezne države dato je državama članicama, pa je Crna Gora 2003. godine donijela svoj Zakonik o krivičnom postupku,[9] koji je brzo noveliran 2006. godine,[10] da bi ponovo 2009. godine bio donesen novi Zakonik,[11] koji je do sada više puta noveliran. Što se tiče materijalnog krivičnog zakonodavstva, gdje je ranije bila podijeljena zakonodavna nadležnost između savezne države i njenih članica i ono je dato u isključivu nadležnost državama članicama, pa je u tom smislu 2003. godine donesen Krivični zakonik Crne Gore[12] koji je kasnije više puta noveliran.[13] Kada je u pitanju izvršno krivično zakonodavstvo i ono je od 2003. godine u isključivoj nadležnosti država članica i do sada je više puta mijenjano.

Inače, istorijski posmatrano, sve reforme u oblasti izvršenja zasnivale su se na određenim filozofskim, sociološkim, političkim, pravnim, ekonomskim i etičkim postulatima.[14] Predmet ovog rada je ono što je, sa aspekta prava i sloboda čovjeka i najvažnije, a to je pitanje izvršenja kazne zatvora u svjetlu Zakona o izvršenju kazne zatvora, novčane kazne i mjera bezbjednosti (u daljem tekstu ZIKS).[15]

2. MEĐUNARODNI PRAVNI AKTI I IZVRŠENJE KAZNE ZATVORA

Prije nego što se osvrnemo na najvažnija pitanja izvršenja kazne zatvora valja naglasiti da se sistem izvršenja krivičnih sankcija u okviru evropskih integracija u najvećoj mjeri posmatra kroz prizmu zaštite ljudskih prava lica lišenih slobode i radi toga se u pregovaračkim poglavljima za članstvo u EU

[9] *Službeni list RCG*, br. 71, 2003.
[10] *Službeni list RCG*, br. 47, 2006.
[11] *Službeni list RCG*, br. 57, 2009.
[12] *Službeni list RCG*, br. 79, 2003.
[13] Vidi Radulović D.,, Putevima reforme opšteg dijela Krivičnog zakonika Crne Gore, *Pravni zbornik*, br. 3, 2019. g. str. 89-112.
[14] Stevanović Z. , Mogući pravci razvoja zakonodavstva o izvršenju krivičnih sankcija i njegove osnovne karakteristike, u „Mogući pravci razvoja jugoslovenskog kaznenog zakonodavstva i njihove osnovne karakteristike“ (ur. Lazarević Lj.), Udruženje za krivičnopravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd, 1999. g. str. 181.
[15] *Službeni list CG* br. 36/15, 18/19, 145/21, 03/23.

ova oblast nalazi u poglavlju osnovna prava (Poglavlje 23 - pravosuđe i osnovna prava). Takođe je i u Ugovoru o Evropskoj uniji na samom početku (čl. 2) istaknuto da je ljudsko dostojanstvo nepovredivo, pa i u situacijama kada je lice lišeno slobode u kojoj situaciji je takvo lice i posebno ranjivo. Pravne tekovine EU sa kojima je neophodno uskladiti se u oblasti izvršenja krivičnih sankcija sastoje se iz evropskih standarda i najboljih praksi.[16]

Ovi standardi proizašli su, u najvećoj mjeri, iz primjene konvencije Savjeta Evrope kao i preporuka specijalnih agencija Ujedinjenih nacija i monitoring tijela Savjeta Evrope.

Što se tiče dokumenata na nivou UN prvi i najvažniji dokument vezan za izvršenje krivičnih sankcija su Standardna minimalna pravila za postupanje sa zatvorenicima usvojena na prvom Kongresu 1955. godine u Ženevi. Obzirom na raznolikost društvenih, političkih, ekonomskih, pravnih i drugih uslova u svijetu ovim pravilima nije se išlo ka njihovoj univerzalizaciji na širem međunarodnom planu, nego je zamisao bila da posluže kao podstrek stalnom nastojanju da se penitensijerni sistemi unaprijede. Nakon šezdeset godina Generalna skupština UN je 17.12.2015. godine usvojila rezoluciju kojom su izmijenjena ova pravila (Nelson Mendela pravilo),[17] koja uvode značajne novine u izvršenju kazni lišenja slobode, ali se, obzirom na predmet ovog rada, nećemo detaljnije baviti ovim pravilima. Inspirisani ovim pravilima nastali su i drugi međunarodni dokumenti. Tako su i UN nastavile rad na ovom problemu pa je usvojena Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka 1984. godine, sa fakultativnim protokolima koji su stupili na snagu 2002. godine. Ova Konvencija obavezuje države potpisnice da preduzmu sve mjere (zakonske, administrativne, sudske i druge) radi sprečavanja mučenja, kao i da akte mučenja inkriminišu kao krivično djelo. U cilju kontrole osnovan je Komitet za sprečavanje mučenja, kao ekspertsko tijelo koje razmatra periodične nacionalne izvještaje o primjeni ove Konvencije. Što se tiče dokumenata nastalih pod okriljem UN još da pomenemo Principe medicinske etike koji naglašavaju ulogu medicinskog osoblja, posebno ljekara, u zaštiti zatvorenih i pritvorenih lica od mučenja i

[16] Vukićević V., Stepanović A., Sistem izvršenja krivičnih sankcija (poglavlje 23 - norma i praksa Srbije), u „Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) krivičnopravni aspekt (ur. Bejatović S.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2017. g. str. 578.

[17] Ignjatović Đ., Standardna minimalna pravila UN za postupanje sa zatvorenim licima (Nelson Mendela pravilo), Kaznena reakcija u Srbiji VIII deo - Tematska monografija, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2018. g. str. 21.

drugih okrutnih, nehumanih ili ponižavajućih postupaka ili kazni iz 1982. godine. Tu je još i Skup principa za zaštitu svih lica pod bilo kojim vidom lišenja slobode iz 1988. godine i Osnovni principi postupanja sa zatvorenicima iz 1990. godine. Što se tiče evropskog prostora od značaja za temu ovog rada jeste Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama donesena još 1950. godine koja se bavi i pitanjem položaja lica lišenog slobode, odnosno potvrđuje zabranu mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja. Konvencijom je osnovan i Evropski sud za ljudska prava kojem sudu osuđeni mogu uputiti predstavke u slučaju povrede njihovog prava i to u roku od šest mjeseci od dana donošenja pravosnažne presude nacionalnog državnog organa donijete u njegovom slučaju. Ovim se doprinosi stvaranju sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava i u oblasti izvršenja krivičnih sankcija. Ovu Konvenciju dopunjuje Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka koja je stupila na snagu 1989. godine i od velikog je značaja za kreiranje evropskih standarda. U skladu sa ovom Konvencijom formiran je Evropski komitet za sprečavanje torture. Komitet putem periodičnih, nekad i ad hoc posjeta vrši kontrolu zatvorskih ustanova i države potpisnice imaju obavezu da omoguće neograničen pristup svim mjestima u kojima borave lica lišena slobode, uključujući slobodno kretanje i slobodan razgovor sa licima lišenim slobode bez prisustva drugih lica. Nakon okončanja posjete Komitet sačinjava izvještaj u kojem su naznačene preporuke za državu članicu i te preporuke imaju velikog značaja u kreiranju evropskih standarda. Na kraju, ali ne manje važno, da pomenemo i dokument Savjeta Evrope, Evropska zatvorska pravila kojima se uspostavljaju standardi u postupanju sa zatvorenicima. Evropski komitet za sprečavanje torture ih je usvojio 1987. godine, odnosno bolje reći da je preradio Evropska standardna minimalna pravila iz 1973. godine. Pod uticajem prakse Komiteta kao i brojnih presuda Evropskog suda za ljudska prava temeljna izmjena ovih pravila je učinjena 2006. godine ugrađujući značajno više standarde zaštite u odnosu na prethodnu verziju ovih pravila.

Sva navedena dokumenta imaju zajednički cilj da sisteme izvršenja krivičnih sankcija u što većem obimu ujednače na globalnom nivou, stvore osnovne standarde u postupanju sa licima lišenim slobode, zaštite nijhova prava i ljudsko dostojanstvo.[18]

[18] Stevanović Z., Evropski standardi i njihova implementacija u sistemu izvršenja krivičnih sankcija u Srbiji, u „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije“ (ur. Bejatović S) Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2010. g. str. 328.

3. IZVRŠENJE KAZNE ZATVORA U IZVRŠNOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU CRNE GORE

Naša zemlja je, uglavnom, prihvatila većinu naprijed navedenih akata i time stvorila obavezu da pravila i načela sadržana u njima sprovede u svom zakonodavstvu kojim se reguliše djelatnost u vezi sa postupanjem prema osuđenim licima u postupku izvršenja krivičnih sankcija, a posebno kad je u pitanju izvršenje kazne zatvora. To je učinjeno u novom ZIKS-u gdje je prihvaćeno, već duže vremena prisutno mišljenje, da ni osuđena lica, iako su se „ogriješila" o zakone društva, ne mogu i ne smiju biti lišena svog ljudskog dostojanstva i prava na humano postupanje i pored toga što su im kroz zakonito izrečenu sankciju uskraćena neka prava i slobode. Briga društva za zaštitu prava osuđenih lica mora se nalaziti na istom nivou sa brigom za zaštitu društva od kriminaliteta, jer se u oba slučaja radi o zaštiti društva i svakog njegovog člana od bezakonja.[19]

Ovo nije samo puka fraza i refleksija opšteg načela humanosti, nego izraz uvjerenja da poštovanje ljudskog dostojanstva i humano postupanje sa osuđenim licima utiče na njihov odnos prema društvu, što zasigurno doprinosi njihovom popravljanju i reintegraciji u društvenu sredinu nakon izvršenja zatvorske kazne.

4. CILJ IZVRŠENJA KAZNE ZATVORA

Kazna lišenja slobode već duže od dva vijeka i dalje dominira u sistemu krivičnih sankcija i oko nje se praktično vrti cijeli sistem izvršenja i njemu je posvećeno najviše pažnje. Bez obzira na određene novitete u sistemu izvršenja ove kazne izdvajaju se tri principa: resocijalizacija kao svha kažnjavanja, individualizacija u izvršenju kazne zatvora i humano postupanje sa osuđenicima.[20] Za razliku od Zakona o izvršenju krivičnih sankcija Srbije,[21] u ZIKS-u Crne Gore nije propisana svrha izvršenja kazne zatvora, tako da se svrha izvršenja kazne zatvora izvodi iz odredbe o svrsi izvršenja krivičnih

[19] Atanacković D., Aktuelni problemi zaštite sloboda i prava radnih ljudi i građana u postupku izvršenja krivičnih sankcija, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3-4, 1980. god. str. 371.

[20] Ilić A., Kazneno izvršno pravo - de lege lata i de lege ferenda, u "Dve decenije reforme kaznenog zakonodavstva - iskustva i pouke" (ur. Bejatović S), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2023. g. str. 103.

[21] *Službeni glasnik RS* br. 55/2014 i 35/2019.

sankcija (čl. 3), gdje je navedeno da „izvršenje krivičnih sankcija ima za cilj da osuđeni tokom izvršenja krivične sankcije kroz sistem programa tretmana usvoji društveno prihvatljive vrijednosti radi ponovnog uključivanja u društvo.“ Iako se ovaj član, bar nominalno, odnosi na izvršenje krivičnih sankcija uopšte (lociran je u osnovne odredbe), obzirom na leksiku ovog člana vidljivo je da se on, u suštini, odnosi na izvršenje kazne zatvora. Poenta je da osuđenik kroz sistem programa tretmana usvoji društveno prihvatljive vrijednosti radi lakšeg uključivanja u uslove života na slobodi. Šta su to društveno prihvatljive vrijednosti - teško je dati jednu preciznu definiciju jer je riječ o veoma kompleksnom pitanju. Ali, najprostije rečeno, to su vrijednosti koje prihvata većina članova društva i koje predstavljaju osnov propisivanja normi ponašanja, uključujući i norme krivičnog prava zbog čijeg kršenja se osuđenici i nalaze u zavodima (ustanovama) za izvršenje kazne zatvora.[22]

Usvajanje društveno prihvatljivih vrijednosti je uslov za ponovno uključivanje u društvo ili reintegracija, neko će reći i resocijalizacija iako se termin resocijalizacija sve manje koristi u savremenom krivičnom pravu.[23] Kritičari koncepta resocijalizacije ističu ne samo da predstavlja nerealan i neostvariv cilj, nego resocijalizacija predstavlja prijetnju principima osuđeničkih prava i humanog postupanja i za posljedicu može da ima štetan uticaj na formiranje prosocijalne ličnosti.[24] Postavlja se pitanje da li je uopšte potrebno propisivati svrhu izvršenja kazne zatvora i to ne samo u zakonodavstvima koja poznaju kaznu doživotnog zatvora, sa mogućnošću ili bez mogućnosti uslovnog otpusta, nego i iz drugih razloga. Kada je u pitanju kazna dugotrajnog zatvora (u KZ CG od 30 do 40 godina), da li se može govoriti o resocijalizaciji pogotovo ako je riječ o licima koja, obzirom na godine, vjerovatno neće ni izaći sa izdržavanja kazne. Nadalje, svaki osuđenik je slobodan da bira da li će ići putem resocijalizacije, pa i ako krene tim putem neizvjesno je da li će doći do tog cilja. Uz to imamo osuđenika kojima nije potrebno da budu resocijalizovani (na

[22] Ilić A., Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, JP „Službeni glasnik“ Beograd, 2022. g. str. 128.

[23] Stevanović Z.,Igrački J., Izvršenje krivičnih sankcija institucionalnog karaktera kao državna reakcija na kriminalitet, u „Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet“, Ministarstvo pravde Republike Srpske i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Istočno Sarajevo, 2012. g. str. 390.

[24] Stevanović Z., Efekti kazne zatvora u prevenciji kriminala, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2012. g. str. 205.

primjer kad se radi o nehatnom učiniocu krivičnog djela[25] ili kad odbijaju tretman resocijalizacije, ali su disciplinovani i besprekorni u radu.[26])

Možda su ovo bili neki od razloga zašto naš zakonodavac nije u ZIKS-u propisao šta je svrha izvršenja kazne zatvora.

5. PRINCIPI IZVRŠENJA KAZNE ZATVORA

Kao jedan od osnovnih principa prilikom izvršenja kazne zatvora jeste princip humanosti. Njegov značaj je toliki da je izdignut i na nivo ustavnog principa. Tako je u članu 31 Ustava propisano da se jemči poštovanje ljudske ličnosti i dostojanstva u krivičnom ili drugom postupku, u slučaju lišenja ili ograničenja slobode i za vrijeme izvršenja kazne. Slično je propisano i u članu 4 ZIKS-a gdje se naglašava da se krivične sankcije izvršavaju na način kojim se jemči humano postupanje i poštovanje ljudskog dostojanstva svakog pojedinca. Ovakav odnos zakonodavca, a na osnovu toga i osoblja u postupku izvršenja kazne prema osuđenom u velikom stepenu utiče i na njegovu resocijalizaciju.

Kazna zatvora i kazna dugotrajnog zatvora izvršavaju se u organizacionim jedinicama Uprave za izvršenje kazne, preciznije, u zatvoru. U zavisnosti od nivoa bezbjednosti, vrste programa tretmana i reintegracije, kao i obima ograničenja slobode i prava osuđenog ova kazna se izvršava u prostorijama zatvorenog, poluotvorenog i otvorenog tipa. Kratkotrajne kazne zatvora (kazna zatvora do šest mjeseci) kao i mjera pritvora izvršavaju se u zatvoru u Podgorici i u Bijelom Polju. Osuđeni kaznu zatvora izdržava u zatvoru organizovanom prema mjesnoj nadležnosti suda i dužini trajanja kazne (čl. 9 st. 2 ZIKS-a). Zatvorenik kaznu zatvora i kaznu dugotrajnog zatvora, po pravilu, izdržava zajedno sa drugim zatvorenicima, a odvojeno samo kad to zahtijeva njegovo zdravstveno stanje, kad je to propisano ZIKS-om, ili u slučaju kada zatvorenik uživa zaštitu na osnovu programa zaštite svjedoka propisanom posebnim zakonom. Isto tako zatvorenici i zatvorenice kaznu zatvora ili kaznu dugotrajnog zatvora izdržavaju odvojeno. Radi mogućeg negativnog uticaja

[25] Ilić A., Kazneno izvršno pravo... str. 106.
Ignjatović Đ., Nova rešenja u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija i iskustva u njihovoj primjeni, u „Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primjeni“ (ur. Bejatović S.), Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Zlatibor, 2006. g. str. 482.

[26] Ignjatović Đ., Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu, *Crimen (I),* br. 2, 2010. g. str. 181.

zatvorenici koji prvi put izdržavaju kaznu, po mogućnosti, kaznu izdržavaju odvojeno od zatvorenika koji su ranije izdržavali kaznu zatvora ili kaznu dugotrajnog zatvora. Radi toga je i predviđeno (čl. 15 st. 3 ZIKS-a) da uz uputni akt sud Upravi za izvršenje dostavlja prepis presude kojom je izrečena kazna koju izdržava i uz nju izvod iz kaznene evidencije da bi se moglo izvršiti naprijed navedeno razdvajanje. Osim toga, izvod iz kaznene evidencije je potreban i radi određivanja tretmana u izvršenju kazne. Koja je uloga suda u postupku izvršenja kazne zatvora, odnosno kazne dugotrajnog zatvora? Njegova uloga se manifestuje kod upućivanja na izvršenje ove kazne i na odlaganje izvršenja. Na izvršenje kazne osuđenog upućuje sud na čijem području osuđeni ima prebivalište ili boravište, a ako prebivalište ili boravište nije poznato, onda je na upućivanje na izvršenje kazne nadležan sud koji je donio odluku u prvom stepenu. Sud je dužan da pozove osuđenog radi uručivanja uputnog akta za upućivanje na izvršenje kazne. Za uputni akt sud dostavlja prepis presude i izvod iz kaznene evidencije. U postupak izvršenja kazne zatvora sud se uključuje i u slučaju ako uredno pozvani osuđeni dana određenog u uputnom aktu se ne javi radi izvršenja ove kazne, kada sud izdaje naredbu za prinudno dovođenje. U svim ovim slučajevima gdje je u postupak izvršenja uključen sud ne kaže se ko personifikuje sud. Za razliku od toga kad se radi o odlaganju izvršenja kazne zatvora ili kazne dugotrajnog zatvora jasno je rečeno (čl. 19 st. 2 ZIKS-a) da o zahtjevu odlučuje predsjednik suda koji upućuje na izvršenje ove kazne. U članu 18 stav 1 ZIKS-a navodi se da se na zahtjev osuđenog koji se nalazi na slobodi može odložiti izvršenje kazne i navode razlozi za odlaganje i kao podnosilac zahtjeva niko se više ne pominje. Međutim, u članu 21 se pominje državni tužilac kao podnosilac zahtjeva za odlaganje izvršenja, a ne navodi se radi čega bi državni tužilac mogao tražiti odlaganje. Navodi se samo da u tom slučaju sud ne poziva osuđenog radi uručenja uputnog akta. Odgovor na pitanje zbog čega državni tužilac može da traži odlaganje izvršenja kazne zatvora mogao bi se potražiti u analogiji sa zahtjevom za prekid izvršenja ove kazne, koji zahtjev, između ostalog, može podnijeti i državni tužilac. U tom smislu u članu 36 st. 2 ZIKS-a je propisano da će se prekid izvršenja kazne zatvora ili dugotrajnog zatvora odobriti na zahtjev državnog tužioca kad je podnio zahtjev za zaštitu zakonitosti ili kad je određen pritvor zbog osnovane sumnje da je okrivljeni izvršio krivično djelo. Dakle, iz istih ovih razloga bi se na zahtjev državnog tužioca moglo odložiti izvršenje ove kazne.

Za razliku od ZIKS-a Srbije gdje je Zavod za izvršenje dužan da prije otpuštanja osuđenog sa izdržavanja kazne, između ostalih, obavještava i sud

koji je izrekao kaznu, u ZIKS-u Crne Gore te obaveze nema. I toj odredbi u Srbiji se prigovaralo i isticalo se da bi bilo logičnije da se obavještava sud koji je osuđenog uputio na izdržavanje kazne.[27]

6. PRAVA ZATVORENIKA

Jedno od najvažnijih pitanja normativnog uređenja izvršenja krivičnih sankcija, posebno kazne zatvora je uređenje prava osuđenog lica. Stupanjem na izdržavanje kazne zatvora ne znači da osuđeni gubi sva prava. U tom smislu shodno članu 11 ZIKS-a zatvoreniku mogu da budu ograničena određena prava u skladu potvrđenim međunarodnim ugovorima, u mjeri koja odgovara prirodi i sadržini izrečene sankcije i na način kojim se obezbjeđuje poštovanje njegove ličnosti i dostojanstva. U toku izvršenja kazne zatvora ili kazne dugotrajnog zatvora prava zatvorenika na fizički integritet, slobodu, tajnost pošte i telekomunikacija mogu biti ograničeni samo u mjeri koja odgovara prirodi i sadržini ovih kazni u skladu sa zakonom. Ovo je u skladu sa Evropskom konvencijom koju smo na početku pominjali i sa članom 10 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima gdje je propisano da će „kazneno-popravni režim podrazumijevati postupanje sa osuđenicima čiji je glavni cilj njihovo prevaspitanje i ponovno uključivanje u društvo, tj. popravljanje i socijalna rehabilitacija“.

Sva prava osuđenika mogu se, u osnovi, podijeliti u dvije grupe - ona koja se odnose na smještaj u Zavodu i ona koja se odnose na komunikaciju sa spoljnim svijetom. Inače, danas se o ljudskim pravima zatvorenika posebno vodi briga jer je međunarodna zajednica izgradila mehanizme kontrole i pritisak na nacionalne zatvorske sisteme da se dosljedno poštuju prava zatvorenika.[28]

Analizom odredbi ZIKS-a koje se odnose na ova dva pitanja može se zaključiti da su one, u dobroj mjeri, u skladu sa međunarodnim dokumentima, što ne znači da nema prostora i za njihovo unapređenje.

---

[27] Ćorović E., Uloga suda u postupku izvršenja krivičnih sankcija u pravu Srbije, u “Krivično zakonodavstvo i funkcionisanje pravne države”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Ministarstvo pravde Republike Srpske, Trebinje, 2018. g. str. 264.

[28] Stevanović Z., Igrački J., Savremene tendencije u izvršenju krivičnih sankcija, u „Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva - normativni i praktični aspekt“ (ur. Bejatović S), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2012. g. str. 542.

6.1. Pravo na rad

U korpusu prava zatvorenika izdvajamo rad zatvorenika gdje se u članu 55 ZIKS-a kaže da zatvorenik tokom izdržavanja kazne zatvora, ili dugotrajnog zatvora ima pravo i obavezu da radi, a vrsta posla određuje se u skladu sa potrebama zatvorenika, programom tretmana i reintegracije zatvorenika, zdravstvenim stanjem, stečenim kvalifikacijama i mogućnostima Uprave. Dakle, rad zatvorenika je i pravo i obaveza. Ustav (čl. 63) zabranjuje prinudni rad, ali pod prinudnim radom ne smatra se rad uobičajen u sklopu izdržavanja kazne lišenja slobode, što znači da, što se tiče unutrašnjeg prava, nije sporno da je rad zatvorenika ne samo pravo, nego i obaveza. Međutim, kada je riječ o međunarodnim standardima i odlukama Evropskog suda za ljudska prava ide se ka tome da osuđenički rad bude zasnovan na principu dobrovoljnosti i što je naročito važno da se razgraniči rad koji je „uobičajen u sklopu lišenja slobode“ od drugih vidova radnog angažovanja.[29] U ZIKS-u Republike Srbije ovaj problem je riješen, ili se pokušao riješiti, tako što je umjesto ranije formulacije „radno sposobni osuđeni ima pravo i obavezu da radi“, u članu 98 rečeno da je „rad osuđenog sastavni dio programa postupanja“. Ima mišljenja da bi se ovaj problem mogao riješiti tako što bi se u ZIKS-u unijela odredba po kojoj su radno sposobni osuđenici dužni da učestvuju u pokrivanju troškova svog izdržavanja kazne zatvora učešćem u proizvodnom procesu koji Zavod organizuje, što ne bi ni na koji način dovodilo u pitanje osnovna načela ZIKS-a koja se odnose na rad osuđenih lica o načinu na koji se određuje vrsta posla, mogućnosti upošljavanja i izvan zavoda i ostalog.[30] Svrha rada zatvorenika je razvijanje njegovih radnih sposobnosti, sticanje radnog iskustva i znanja, kako bi se po izdržanoj kazni omogućila bolja reintegracija u društvo. U članu 56 ZIKS-a se navodi da zatvoreniku rad ne smije da bude nametnut kao oblik disciplinske kazne. Na drugoj strani u članu 105 ZIKS-a zanemarivanje i izbjegavanje radnih obaveza se uzima kao disciplinski prekršaj. Što se tiče pitanja prava na odmor, prava na zaštitu na radu, prava na naknadu za izvršeni rad, posebno žena zatvorenica, to je uređeno u skladu sa međunarodnim pravnim aktima i standardima.

[29] Ilić A., Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija... str. 111

[30] Ignjatović Đ., Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu Srbije, *Crimen (I),* br. 2, 2010. g. str. 184.

6.2. Prava u pogledu smještaja, ishrane i odijevanja

Odredbe ZIKS-a kojima su regulisana prava osuđenika u odnosu na određene standarde u pogledu smještaja, ishrane i odijevanja u skladu su sa Skupom minimalnih pravila o postupanju sa zatvorenicima. U ovim Pravilima je propisano da „zatvorske prostorije, posebno one koje su namijenjene za spavanje zatvorenika treba da odgovaraju higijenskim zahtjevima, vodeći računa o klimi, a naročito o kubaturi vazduha, minimalnoj površini, osvjetljenju, grijanju i provjetravanju“. Uz ovo još se dodaje da svaki zatvorenik koji nema pravo da nosi svoje sopstveno odijelo treba da dobije osuđeničko odijelo koje odgovara klimi i koje je dovoljno da ga održi u dobrom zdravlju i to odijelo ne smije da bude ni u kom slučaju ni ponižavajuće, ni unižavajuće. Kada je u pitanju ishrana propisano je da svaki zatvorenik treba da u uoubičajeno vrijeme dobija hranu dobrog kvaliteta, dobro spremljenu i koja ima hranljivu vrijednost dovoljnu za održavanje njegovog zdravlja i vitalnosti.

6.3. Zdravstvena zaštita

Pitanje zdravstvene zaštite zatvorenika uređeno je u skladu sa međunarodnim standardima i ona se ne razlikuje od zdravstvene zaštite građana uopšte. U tom smislu u članu 47 ZIKS-a se navodi da zatvorenik pravo na zdravstvenu zaštitu ostvaruje na osnovu zakona kojim se, inače, ostvaruju prava pacijenata. Zdravstvena zaštita se ostvaruje u Upravi koja je dužna da obezbijedi uslove u pogledu prostora, kadra i opreme, u skladu sa propisima kojima se ostvaruje zdravstvena zaštita. Zdravstvena zaštita koja se ne može ostvariti unutar zavoda, ostvaruje se van zavoda u skladu sa zakonom. Ne upuštajući se u detaljniju analizu zakonskog uređenja zdravstvene zaštite osuđenih lica možemo još dodati da su norme o zdravstvenoj zaštiti u potpunoj saglasnosti sa Skupom minimalnih pravila o postupanju sa zatvorenicima (čl. 22-25) u kojima je rečeno da svaki kazneni zavod treba da ima bar jednog kvalitetnog ljekara, da bude snabdjeven specijalnim materijalom, priborom i lijekovima koji će omogućiti da se oboljeli zatvorenici pristojno liječe i njeguju, a medicinsko osoblje treba da ima dovoljnu stručnu spremu. Za bolesnike kojima je potrebno specijalno liječenje treba predvidjeti liječenje u specijalnim kaznenim zavodima ili građanskim bolnicama.

6.4. Pravo na obrazovanje

Jedno od veoma važnih prava zatvorenika je i njegovo pravo na obrazovanje. Značaj ostvarivanja ovog prava stoji u činjenici da će se osuđeno lice nakon izdržane kazne, a na osnovu stečene određene obrazovne, odnosno stručne kvalifikacije lakše uključiti na tržište rada i od tada zarađivati sredstva za vlastitu egzistenciju. Ovo je značajno i radi toga što rezultati brojnih istraživanja pokazuju da osuđenici imaju nizak stepen osnovnih vještina i niži stepen obrazovanja od prosjeka opšte populacije. Za sticanje osnovnog obrazovanja i prvu kvalifikaciju kao i za programe obrazovanja koji se finansiraju iz javnih prihoda, a koji su obuhvaćeni godišnjim planom obrazovanja odraslih, zatvorenik ne plaća troškove obrazovanja. U uvjerenju o stečenoj stručnoj kvalifikaciji po završetku stručne obuke ili obrazovanja zatvorenika ne navodi se da su kvalifikacije stečene za vrijeme izdržavanja kazne zatvora. I ovaj segment odredbi ZIKS-a u skladu je sa članom 71 st. 5 Skupa minimalnih pravila o postupanju sa zatvorenicima gdje je propisano da je „potrebno obezbijediti korisno stručno obrazovanje zatvorenicima koji mogu da ga koriste, a naročito mladim zatvorenicima“.

6.5. Pravo na komunikaciju sa spoljnim svijetom

Na početku smo naglasili da se sva prava zatvorenika, u osnovi, mogu podijeliti na: ona koja se tiču smještaja u zavodu i ona koja se odnose na komunikaciju sa spoljnim svijetom. Ovo drugo pravo manifestuje se u tri osnovna vida - prijema posjeta, dopisivanja i prijema paketa. Zatvorenik ima pravo na posjetu od strane bračnog ili vanbračnog partnera, djece, roditelja, braće i sestara i tazbinskog srodnika u prvom stepenu srodstva koje je označio prilikom prijema na izdržavanje kazne zatvora ili dugotrajnog zatvora dva puta mjesečno u trajanju do dva časa. Izuzetno, po odobrenju lica koje rukovodi zatvorom ovim i drugim licima može se odobriti i vanredna posjeta u trajanju od 30 minuta. Od posebnog značaja za osuđenog je tzv. pravo na porodičnu posjetu od strane bračnog ili vanbračnog partnera i djece koje se obavlja u posebno za to namijenjenoj prostoriji bez nadzora, jednom mjesečno u trajanju od tri sata. Zatvorenik ima pravo na posjete branioca, punomoćnika, notara i predstavnika nevladinih organizacija koje se bave zaštitom ljudskih prava. Sve ove posjete doprinose uključivanju osuđenog u proces readaptacije koji se može uspješno ostvariti samo ako osuđeni nije u potpunosti izolovan od socijalne stvarnosti. Osuđenik ima pravo da se dopisuje, o svom trošku, a pisane

pošiljke prima i šalje preko Uprave. Ovo pravo se zatvoreniku može ograničiti samo na osnovu odluke suda. Kontrolu pisanih pošiljki koje zatvorenik prima ili šalje vrši lice koje rukovodi zatvorom, a kontrola ne podrazumijeva čitanje pisanog sadržaja. Neće se vršiti kontrola pisanih pošiljki između zatvorenika i branioca, državnih organa, organa državne uprave, organa lokalne samouprave, zaštitnika ljudskih prava i sloboda, diplomatsko-konzularnog predstavništva strane države, Evropskog parlamenta, Evropskog suda za ljudska prava, Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja i nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja i Evropske komisije za ljudska prava. Zatvorenik ima pravo da prima pakete težine do pet kilograma sa stvarima za ličnu upotrebu jednom mjesečno, ali paket ne može da sadrži hranu. Značaj komunikacije zatvorenika sa spoljnim svijetom naglašen je i u Skupu minimalnih pravila o postupanju sa zatvorenicima (čl. 37 i 38) gdje je propisano da osuđenim licima treba omogućiti da uz poseban nadzor, održavaju putem prepiske i posjeta vezu sa porodicom sa svojim prijateljima u koje se može imati povjerenje, kao i sa diplomatskim predstavnicima svoje zemlje ili zemlje koja zastupa njegove interese, odnosno sa predstavnicima međunarodnih organiizacija koje imaju zadatak da se staraju o njima.

6.6. Pravo zatvorenika na pritužbe

U korpusu osnovnih prava zatvorenika nalazi se i pravo zatvorenika na pritužbe (čl. 12 ZIKS-a). Ovo pravo svoj osnov nalazi u Ustavu (čl. 20) gdje je predviđeno da svako ima pravo na pravni lijek protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu ili na zakonom zasnovanom interesu. Ovo je jedno od najznačajnijih prava osuđenih lica prije svega iz razloga što se putem njega osigurava zaštita i svih drugih njegovih prava. Tako je predviđeno da zatvorenik ima pravo da podnese pritužbu starješini Uprave radi zaštite prava i interesa tokom izdržavanja kazne zatvora ili kazne dugotrajnog zatvora. Starješina je dužan da ispita navode iz pritužbe u roku od 15 dana i da donese rješenje protiv koga je dozvoljena žalba Ministarstvu pravde. I ova odredba je u saglasnosti sa članom 36 Skupa minimalnih pravila o postupanju sa zatvorenicima gdje je propisano da svaki zatvorenik mora imati mogućnost da podnosi molbe i žalbe direktoru ustanove ili licu koje je ovlašćeno da ga zastupa, inspektoru ustanove za vrijeme inspekcije i to bez prisustva članova uprave ustanove, kao i da se u podesnoj formi obraća centralnoj zatvorskoj administraciji, sudskoj ili drugim vlastima.

6.7. Pravo na uslovni otpust

U toku izvršenja kazne zatvora ili kazne dugotrajnog zatvora osuđeni ima pravo na uslovni otpust. Obzirom na ograničeni prostor ovdje se nećemo šire baviti problemom uslovnog otpusta, počev od njegove prirode, pa do toga koji organ o njemu odlučuje. Ukratko ćemo izložiti kako je ovaj institut regulisan u KZ-u i ZIKS-u Crne Gore. No, prije toga da razjasnimo dilemu da li uslovni otpust predstavlja fazu u izvršenju kazne zatvora ili se njime suspenduje kazna zatvora. Po jednima suština uslovnog otpusta je u tome da se dio kazne ne izvršava, odnosno da do izvršenja preostalog dijela kazne dolazi samo izuzetno u slučaju opoziva uslovnog otpusta.[31] Nasuprot ovom ima mišljenja da je uslovni otpust „sastavni dio" kazne zatvora i njegovom primjenom kazna lišenja slobode se jednim dijelom „izvršava na slobodi".[32]

Prirodu uslovnog otpusta, donekle, determiniše i njegovo legislativno uređenje. U onim zakonodavstvima gdje se uslovno otpuštenom određuju određene obaveze za vrijeme njegovog trajanja ili ako se stavlja pod kontrolu ili nadzor, onda bi se moglo prihvatiti stanovište da on predstavlja fazu u izvršenju kazne zatvora. U zakonodavstvima gdje toga nema uslovni otpust suspenduje kaznu. Kada je riječ o našem zakonodavstvu neka pitanja su regulisana KZ-om, a u najvećem dijelu u ZIKS-u. U KZ postoje samo dva člana (37, 38) koji regulišu pitanje objektivnih i subjektivnih uslova za puštanje na uslovni otpust kao i pitanje opoziva uslovnog otpusta. iako o uslovnom otpustu odlučuje sud zanimljivo da Zakonik o krivičnom postupku to pitanje (za razliku od ZKP Srbije) nije regulisano, nego je to regulisano ZIKS-om. Prema članu 37 KZ objektivni uslov je da je osuđeni izdržao dvije trećine ili, izuzetno, polovinu kazne zatvora ili kazne dugotrajnog zatvora. Subjektivni uslov je da se tokom izdržavanja tako popravio da se može sa osnovom očekivati da će se na slobodi dobro vladati. O uslovnom otpustu odlučuje sud koji je donio odluku u prvom stepenu u vijeću od trojice sudija. Molbu za uslovni otpust može da podnese zatvorenik i njegov punomoćnik kada se steknu uslovi predviđeni KZ-om. Sud može da odlučuje na ročištu i bez ročišta. Na ročište se poziva zatvorenik i branilac ako ga ima, a može se pozvati i državni tužilac ako predsjednik vijeća ocijeni da je to neophodno ili ako smatra da bi to bilo korisno. Razlog za uslovni otpust na ročištu ne iznosi zatvorenik, nego branilac, a ako je on odsutan pred-

[31] Stojanović Z., Krivično pravo, Podgorica, 2008. g. str. 278.
[32] Lazarević Lj. i drugi, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Tivat, 2010. g. str. 118.

sjednik vijeća će ukratko izložiti razloge za podnošenje molbe za uslovni otpust, a nakon toga se uzima izjava od zatvorenika. Ako je državni tužilac prisutan na ročištu, predsjednik vijeća ga poziva da se izjasni o molbi za uslovni otpust. Ovdje se postavlja nekoliko pitanja. Prvo, kakav je značaj prisustva zatvorenika na ročištu za odlučivanje o uslovnom otpustu i šta znači „uzimanje izjave" od njega, šta može u toj izjavi da kaže, a što nije naveo u molbi koja se na ročištu predočava prije uzimanja izjave zatvorenika. Osim toga na ročištu se ne predočava izvještaj zavoda, niti je zatvorenik sa njim upoznat prije održavanja ročišta. Još jedno pitanje može da bude sporno u praksi, a to je šta ako je zatvorenik najveći dio vremena provedenog u zavodu proveo u pritvoru, ali je u ukupnom izdržao dvije trećine kazne zatvora ili dugotrajnog zatvora. Problem je u tome što pritvorenici nemaju ista prava kao zatvorenici niti imaju isti program tretmana, pa izvještaj zavoda (pritvorske jedinice) ne može da ima sve ono što sadrži izvještaj o okolnostima koje se odnose na zatvorenike. Međutim, u praksi se skoro po automatizmu, uslovni otpust odobrava ako je ispunjen uslov u pogledu dužine izdržane kazne bez obzira koliko je vremena od toga provedeno u pritvoru, gdje je pritvorenik manje vremena imao za kontakte sa odgovarajućim službama u zavodu čime je otežana mogućnost procjene njegovog popravljanja kao subjektivnog uslova za određivanje uslovnog otpusta. Ovakve situacije navode na zaključak da odobravanje uslovnog otpusta bez dana provedenog na izdržavanju kazne zatvora je negacija uslovnog otpusta i njegove suštine jer nije moguće dobiti adekvatan izvještaj zatvorske administracije u odnosu na ispunjenost kvalitativnog uslova za uslovni otpust kada se radi o pritvoreniku.[33]

7. IZVRŠENJE KAZNE ZATVORA U PROSTORIJAMA U KOJIMA OSUĐENI STANUJE

Savremeni uslovi izvršenja kazne zatvora pokazuju brojne probleme koji se manifestuju, između ostalog, i na pretrpanost zatvora,[34] velike materijalne troškove, visok stepen recidivizma, neefikasnu resocijalizaciju i slično, pa većina evropskih zemalja, suočena sa takvim problemima krenule su u razvoj vanzavodskih sankcija - sankcija u zajednici koje imaju za cilj raste-

[33] Ilić A., Krivično izvršno pravo, str. 107.

[34] Vidjeti: Ilić A., Prenaseljenost zatvora - fenomenološki i etiološki aspekti, *Crimen (II)* br. 2011. b. str. 245-256

rećenje zatvora, smanjenje negativnih uticaja zatvora, smanjenje troškova, smanjenje recidivizma i uspješniju reintegraciju prestupnika u zajednicu.[35] Jedan od tih modaliteta jeste izvršenje kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje (kućni zatvor). Upravo je izmjenama KZ iz 2013. godine uvedena mogućnost da učinilac krivičnog djela kaznu zatvora do šest mjeseci izvršava u prostorijama za stanovanje (čl. 36a). Najznačajnija pitanja izvršenja kazne zatvora u prostorijama za stanovanje regulisana su ZIKS-om (čl. 128-134). Ovdje ćemo se, ukratko, osvrnuti na neka pitanja u vezi sa ovim institutom. Prvi uslov jeste da je osuđenom izrečena kazna zatvora do šest mjeseci. Interesantno da sud kad odlučuje da li će odrediti da osuđeni izdržava kaznu zatvora u prostorijama u kojima stanuje cijeni iste okolnosti koje je već cijenio kod odmjeravanja kazne, pa se može postaviti pitanje koliko je to u saglasnosti sa osnovnim pravilom da se iste okolnosti ne mogu dva puta vrednovati.

Postoje različita stanovišta po pitanju da li je moguć uslovni otpust u slučaju izdržavanja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje. Po jednima ne bi bio opravdan uslovni otpust u ovoj situaciji jer bi to bilo suprotno smislu i prirodi ove mjere, a eventualno bi se moglo razmišljati u pravcu umanjenja trajanja ove mjere za četvrtinu ako se osuđeni dobro vlada.[36] Drugi su mišljenja da i ova lica imaju pravo na uslovni otpust.[37] Mislimo da treba uzeti da je kućni zatvor (izvršenje kazne zatvora u prostorijama za stanovanje) samo lakši režim izvršenja bezuslovne kazne zatvora i da ne smije da bude alternativa alternativnim krivičnim sankcijama, pa ni uslovnom otpustu.

[35] Stevanović Z., Igrački J., Sistem probacije u Evropi - iskustva koja treba koristiti, u „Nova rešenja u zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena“ (ur. Bejatović S), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2013. g. str. 542.

[36] Kolarić D., Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom i druge alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije, u „Alternativne krivične sankcije (regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“ (ur. Bejatović S), Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2018. g. str. 91.

[37] Drakić D., Milić I., Izricanje i izvršenje kazne zatvora koja se izvršava u prostorijama u kojima osuđeni stanuje (tzv. kućni zatvor), Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, 2020. g. str. 1013; Manojlović S., Kućni zatvor, u „Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena“ (ur. Bejatović S), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2013. g. str. 403.

8. ZAKLJUČAK

Ova, relativno kratka analiza odredaba Zakona o izvršenju kazne zatvora, novčane kazne i mjera bezbjednosti, pa i u onom dijelu koji se odnosi na izvršenje kazne zatvora, što je predmet ovog rada, pokazuje da je ovaj zakon po svojim rješenjima u saglasnosti sa međunarodnim dokumentima relevantnim za zakonsko uređenje ovog segmenta krivičnog prava. Uostalom, zakonodavac je u samoj pripremi zakona imao u vidu da se Crna Gora nalazi na putu ka članstvu u Evropsku uniju, pa je u obavezi da i u ovoj oblasti svoje zakonodavstvo uskladi sa evropskim standardima. Usvojena zakonska rješenja daju široke mogućnosti za ostvarivanje različitih sadržaja na polju popravljanja osuđenog i njegove reintegracije u društvo nakon izdržane kazne. Dakle, što se tiče normativnog uređenja izvršenja kazne zatvora sa aspekta humanosti i progresivnosti skoro u cjelini odgovara međunarodnim standardima. Međutim, to nije dovoljno, za potpunu ocjenu potrebno je sagledavanje praktične realizacije zakonskih rješenja. Samo u slučaju kada i praksa prati humana i progresivna zakonska rješenja, onda je sistem izvršenja kazne zatvora kao cjelina human i progresivan. A u praksi ima problema različite prirode, počev od prostornih kapaciteta, materijalnih sredstava, pa i kvalifikovanih kadrova koji bi se nesebično posvetili radu sa zatvorskom populacijom. Jedan od velikih problema je prenaseljenost zatvora, pa nekad i zastari izvršenje kratkih kazni zatvora zbog nemogućnosti „da dođu na red“ za izdržavanje kazne. Rješenje ovog problema se, između ostalog, vidi u širokoj primjeni alternativnih nezavodskih krivičnih sankcija koje su sve više prisutne u savremenoj uporednoj praksi.

LITERATURA

- Atanacković D., *Aktuelni problemi zaštite sloboda i prava radnih ljudi i građana u postupku izvršenja krivičnih sankcija*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3-4, 1980.
- Bejatović S., *Opšteprihvaćeni pravni standardi i Predlog Zakonika o krivičnom postupku*, RKK br. 2, 2006.
- Beljanski S., *Međunarodni pravni standardi u krivičnom postupku*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001.
- Vukićević V., Stepanović A., *Sistem izvršenja krivičnih sankcija (poglavlje 23 - norma i praksa Srbije), u „Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu*

dana posle) krivičnopravni aspekt, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2017.

- Drakić D., Milić I., *Izricanje i izvršenje kazne zatvora koja se izvršava u prostorijama u kojima osuđeni stanuje (tzv. kućni zatvor),* Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, 2020.
- Ignjatović Đ., *Nova rešenja u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija i iskustva u njihovoj primjeni, u „Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primjeni"*, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Zlatibor, 2006.
- Ignjatović Đ., *Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu Srbije,* Crimen (I), br. 2, 2010.
- Ignjatović Đ., *Standardna minimalna pravila UN za postupanje sa zatvorenim licima (Nelson Mendela pravilo*), Kaznena reakcija u Srbiji VIII deo - Tematska monografija, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2018.
- Ilić A., *Prenaseljenost zatvora - fenomenološki i etiološki aspekti*, Crimen (II) br. 2011.
- Ilić A., *Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija*, JP „Službeni glasnik" Beograd, 2022.
- Ilić A., *Kazneno izvršno pravo - de lege lata i de lege ferenda*, u "Dve decenije reforme kaznenog zakonodavstva - iskustva i pouke", Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2023.
- Kambovski V., *Pravda i vnatrešni raboti na Evropskata unija*, Praven fakultet „Justinijan Prvi", Skoplje, 2005.
- Kolarić D., *Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije, u „Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo - poglavlje 23, norma, praksa i mere harmonizacije"*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2016.
- Kolarić D., *Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom i druge alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije, u „Alternativne krivične sankcije (regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja"*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2018.
- Lazarević Lj. i drugi, *Komentar Krivičnog zakonika Crne gore*, Tivat, 2010.
- Matovski N., *Međunarodni standardi u kaznenom (krivičnom postupku*), RKK, br. 3, 2009.

- Manojlović S., *Kućni zatvor, u „Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena“*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2013.
- Radulović D.,, *Putevima reforme opšteg dijela Krivičnog zakonika Crne Gore*, Pravni zbornik, br. 3, 2019.
- Stevanović Z. , *Mogući pravci razvoja zakonodavstva o izvršenju krivičnih sankcija i njegove osnovne karakteristike, u „Mogući pravci razvoja jugoslovenskog kaznenog zakonodavstva i njihove osnovne karakteristike*“, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd, 1999.
- Stevanović Z., *Evropski standardi i njihova implementacija u sistemu izvršenja krivičnih sankcija u Srbiji, u „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije“,* Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2010.
- Stevanović Z., *Efekti kazne zatvora u prevenciji kriminala, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja,* Beograd, 2012.
- Stevanović Z.,Igrački J., *Izvršenje krivičnih sankcija institucionalnog karaktera kao državna reakcija na kriminalitet, u „Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet“,* Ministarstvo pravde Republike Srpske i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Istočno Sarajevo, 2012.
- Stevanović Z., Igrački J., *Savremene tendencije u izvršenju krivičnih sankcija, u „Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva - normativni i praktični aspekt*“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2012.
- Stevanović Z., Igrački J., *Sistem probacije u Evropi - iskustva koja treba koristiti, u „Nova rešenja u zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2013.
- Stojanović Z., *Krivično pravo*, Podgorica, 2008.
- Škulić M., *Stepen (ne)usaglašenosti krivičnog postupka Srbije sa evropskim standardima, u „Evropske integradije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 - norma, praksa i mere harmonizacije“*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2016.
- Ćorović E., *Uloga suda u postupku izvršenja krivičnih sankcija u pravu Srbije, u “Krivično zakonodavstvo i funkcionisanje pravne države”*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Ministarstvo pravde Republike Srpske, Trebinje, 2018.

Radulovic Darko[38]
Radulovic Dijana[39]

PRISON SENTENCE EXECUTION IN MONTENEGRIN CRIMINAL ENFORCEMENT LEGISLATION

Abstract: *The adoption of the new Law on the Execution of Prison Sentences, Fines and Security Measures, and of the relevant by-laws in Montenegro, created the conditions to implement reforms and improve the system of execution of criminal sanctions, in particular of prison sentences. Enforcement of criminal sanctions has been significantly modernized and adapted to the level of social development and scientific knowledge in this area. The paper analyses the system of execution of prison sentences and long-term prison sentences as a corpus of penal reaction to criminality. In addition to the introductory notes, the paper provides a brief overview of the relevant international legal acts concerning the issue of the execution of the sentence of deprivation of liberty, which is the basis of regulating this issue under the national legislation. This paper focuses on several major issues, such as the purpose of the prison sentence execution, the basic principles of the execution of this sentence, the rights and duties of prisoners that determine their position in the enforcement procedure.*

Keywords: *criminal enforcement law, prison sentence, execution, institutions.*

[38] Ph.D. Assistant Professor, Faculty of Law in Podgorica-University of Montenegro
[39] Judge of the Appellate Court of Montenegro

УДК 343.431:341.222-054.72
doi 10.7251/PR6924975T
Прегледни научни чланак

ТРГОВИНА ЉУДИМА И ПРАВО НА ЗАРАДУ У СВЕТЛУ ПРЕСУДЕ *KRACHUNOVA* ПРОТИВ БУГАРСКЕ

Јована Турањанин[1]

Апстракт: *Аутор у раду се бави новом позитивном обавезом за државе потписнице Европске конвенције о људским правима, успостављеном у пресуди Krachunova против Бугарске из 2023. године. Ова позитивна обавеза захтева од држава чланица омогућавање накнаде зараде жртвама трговине људима, које су своје зараде стекли бављењем проституцијом, независно од статуса овог облика делатности у националним правним системима. Стога аутор на првом месту обрађује право на зараду у националном правном систему, узимајући за пример Републику Србију, након чега укратко елаборира законодавство Европске уније по овом питању. На крају детаљно анализира наведену пресуду, наглашавајући њен утицај на национална законодавства.*

Кључне речи*: трговина људима, надокнада зараде, Krachunova против Бугарске, позитивне обавезе.*

Увод

Право на зараду представља једно од основних права загарантованих законима о раду европских држава. Уколико за пример узмемо законодавство Републике Србије, чл. 12. Закона о раду прописано је да

[1] Апелациони суд у Крагујевцу, Email: milikicjovana@gmail.com, ORCID: https://orcid.org/0009-0006-5089-4366.

запослени има право на одговарајућу зараду, безбедност и здравље на раду, здравствену заштиту, заштиту личног интегритета, достојанство личности и друга права у случају болести, смањења или губитка радне способности и старости, материјално обезбеђење за време привремене незапослености, као и право на друге облике заштите, у складу са законом и општим актом, односно уговором о раду (чл. 12. Закона о раду; у даљем тексту: ЗОР).[2] Потом, чл. 104. предвиђено је право на зараду. Наиме, овим чланом прописано је да запослени има право на одговарајућу зараду, која се утврђује у складу са законом, општим актом и уговором о раду, при чему се запосленима гарантује једнака зарада за исти рад или рад исте вредности који остварују код послодавца. Под радом једнаке вредности подразумева се рад за који се захтева исти степен стручне спреме, односно образовања, знања и способности, у коме је остварен једнак радни допринос уз једнаку одговорност. Одлука послодавца или споразум са запосленим који нису у складу овом одредбом су ништави, а у случају повреде овог права запослени има право на накнаду штете (чл. 104. ЗОР).

За потребе овог рада скренућемо пажњу на још три члана овог законског текста. Прво, зарада се састоји од зараде за обављени рад и време проведено на раду, зараде по основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца (награде, бонуси и сл.) и других примања по основу радног односа, у складу са општим актом и уговором о раду.

Под зарадом сматра се зарада која садржи порез и доприносе који се плаћају из зараде, а под овим појмом подразумевају се сва примања из радног односа, осим одређених таксативно наведених примања из ЗОР-а (чл. 105. ЗОР). Друго, зарада за обављени рад и време проведено на раду састоји се од основне зараде, дела зараде за радни учинак и увећане зараде (чл. 106. ЗОР). Треће, основна зарада одређује се на основу услова, утврђених правилником, потребних за рад на пословима за које је запослени закључио уговор о раду и времена проведеног на раду. Радни учинак одређује се на основу квалитета и обима обављеног посла, као и односа запосленог према радним обавезама, а општим актом утврђују се елементи за обрачун и исплату основне зараде и зараде по основу радног учинка. Уговором о раду може да се утврди основна зарада у већем износу од основне зараде утврђене на основу елемената из општег акта (чл. 107 ЗОР).

[2] Закон о раду, "Службени гласник РС" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 и 95/2018.

Генерално посматрано, сва законодавства у државама региона садрже у мањем или већем степену слична правила. Међутим, крајем 2023. године Европски суд за људска права је донео пресуду која је означена као кључна у овом пољу, а чија садржина уводи државама чланицама нову позитивну обавезу када је реч о трговини људима, а то је обезбеђивање права на накнаду зараде жртвама трговине људима. Превасходно, ту се мисли на жртве које су биле приморане на бављење проституцијом, и то без обзира на то какав је став о проституцији у конкретној држави. Дакле, пресуда у предмету *Krachunova* против Бугарске из 2023. године прва је у којој је Европски суд за људска права (у даљем текст ЕСЉП) разматрао проширење круга позитивних обавеза у правцу омогућавања жртвама трговине људима да траже накнаду зараде.[3] У суштини, овај случај се односи на два питања: (а) да ли члан 4. Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП) утврђује позитивну обавезу да се жртвама трговине људима омогући да траже надокнаду за изгубљену зараду од трговаца људима и (б) да ли и под којим околностима се таква позитивна обавеза може избећи у односу на зараду коју је жртва стекла проституцијом и коју је трговац људима присвојио.[4] За разлику од ранијих предмета (као што су *Rantsev* против Кипра и Русије, *S.M.* против Хрватске[5]), кроз које је ЕСЉП покушао да објасни зашто ову област треба подвести под чл. 4 ЕКЉП, у овом случају Суд је одлучио да оде корак даље и повећа број позитивних обавеза државама, о чему ће више речи бити у даљем тексту.

Трговина људима и законодавство Европске уније

Трговина људима представља једно од кривичних дела на чији начин инкриминисања има великог утицаја Европска унија, али и одређени међународни уговори. Директива 2011/36/ЕУ о спречавању и сузбијању трговине људима и заштити жртава те о замени Оквирне одлуке

[3] Stoyanova, V., (2024), "Krachunova v. Bulgaria: New Positive Obligation under Article 4 ECHR to Compensate Victims of Human Trafficking for Pecuniary Damages", https://strasbourgobservers.com/2024/03/19/krachunova-v-bulgaria-new-positive-obligation-under-article-4-echr-to-compensate-victims-of-human-trafficking-for-pecuniary-damages/, приступ: јул 2024. године.

[4] *Krachunova v Bulgaria* (App. No.18269/18), judgment of 28 November 2023, §1.

[5] *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04 (January 07, 2010); *S.M. v. Croatia*, Application no. 60561/14, §120 (Jun. 25, 2020).

2002/629/ЈНА донета је 5. априла 2011. године. Преамбулом је наглашено да је трговина људима кривично дело које се често врши у оквиру организованог криминалитета и да представља тешко кршење основних људских права. Директивом се признаје посебност трговине људима везане за пол, те да се особама женског и мушког пола често тргује из различитих разлога. Деца су беспомоћнија од одраслих и стога су у већој опасности да постану жртве трговине људима, па се у примени Директиве првенствено морају узимати у обзир најбољи интереси детета.[6]

Директивом се успостављају минимална правила у погледу дефинисања кривичних дела и казни у подручју трговине људима.[7] Као кривично дело треба да буде предвиђено умишљајно врбовање, превоз, превођење, сакривање или примање лица, укључујући размену или пренос контроле над тим лицима, коришћењем претње, силе или неког другог облика присиле, отмицом, обманом, преваром, злоупотребом овлашћења или положаја беспомоћности, давањем или примањем плаћања или користи да би се постигла контрола над другим лицем, а у сврху израбљивања.[8] Положај беспомоћности је стање у коме конкретно лице нема

[6] Преамбула Директиве 2011/36/ЕУ.

[7] Члан 1. Директиве 2011/36/ЕУ.

[8] Кривичним закоником Републике Србије прописано је кривично дело трговина људима у члану 388. Кривично дело има више облика. Радњу основног облика чини врбовање, превожење, пребацивање, предаја, продаја, куповина, посредовање у продаји, сакривање или држање другог лица, а у циљу експлоатације његовог рада, принудног рада, вршења кривичних дела, проституције или друге врсте сексуалне експлоатације, просјачења, употребе у порнографске сврхе, успостављања ропског или њему сличног односа, ради одузимања органа или дела тела или ради коришћења у оружаним сукобима, и то силом или претњом, довођењем у заблуду или одржавањем у заблуди, злоупотребом овлашћења, поверења, односа зависности, тешких прилика другог, задржавањем личних исправа или давањем или примањем новца или друге користи. За основни облик кривичног дела запрећена је казна затвора од три до дванаест година. Ако је ова радња учињена према малолетном лицу, учинилац ће се казнити и кад није употребио силу, претњу или неки други од наведених начина извршења, при чему је за ову радњу учињену према малолетном лицу запрећена казна затвора од најмање пет година. Затим, ако је услед дела из прве две радње наступила тешка телесна повреда неког лица, учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година, а ако је наступила тешка телесна повреда малолетног лица услед дела учинилац ће се казнити најмање пет година. Следећи тежи облик постоји ако је услед неке од наведених радњи наступила смрт једног или више лица. За овај облик дела је запрећена казна затвора најмање десет година. Посебно је инкриминисано бављење овог делатношћу, где је запрећена казна најмање пет година, а истом санкција је

другу стварну или прихватљиву могућност, осим да се подвргне злоупотреби коме је изложено. Искоришћавање укључује, барем, искоришћавање проституције других или друге облике сексуалног искоришћавања, присилни рад или услуге, укључујући просјачење, ропство или радње сличне ропству, служење или искоришћавање кривичних дела или узимање органа. Пристанак жртве трговине људима на искоришћавање, намерно или стварно, не узима се у обзир. Када ово поступање укључује дете, сматра се кривичним делом трговине људима и када није коришћена ниједна наведена радња.[9] Прописано је кажњавање за подстрекавање, помагање, покушај, али и саучесништво.[10]

На нивоу ЕУ, нова безбедносна стратегија ЕУ заузима значајно место са приоритетом заштите друштва од организованог криминала, са посебним фокусом на трговину људима. Поред тога што је важна за земље чланице ЕУ, стратегија ЕУ је релевантна и за земље и регионе који се налазе ван граница ЕУ, јер препознаје потребу сарадње са трећим земљама на глобалном нивоу у циљу решавања заједничких изазова у свеобухватном одговору на организовани криминалитет, који се протеже ван граница ЕУ. Кроз ову стратегију, ЕУ предвиђа план сарадње са суседним регионима ЕУ, указујући да треба ојачати партнерство између ЕУ и трећих земаља како би се повећала сарадња у борби против заједничких претњи као што су тероризам, организовани криминалитет, сајбер криминалитет, сексуална злоупотреба деце и трговина људима.

У својим извештајима о напретку у борби против трговине људима, истиче се да је трговина људима у сврху сексуалне експлоатације и даље најпријављенији облик, правећи разлику између унутрашње и

предвиђена и ако је дело учињено од стране групе. Ако је дело извршено од стране организоване криминалне групе, запрећена је казна затвора од најмање десет година. Веома је значајан још један посебан облик дела. Наиме, ако неко зна или је могао знати да је лице жртва трговине људима, па искористи њен положај или другоме омогући искоришћавање њеног положаја ради експлоатације основног облика дела, казниће се затвором од шест месеци до пет година. Истовремено, ако је потоњи облик дела учињен према лицу за које је учинилац знао или је могао знати да је малолетно, учинилац ће се казнити казном затвора од једне до осам година. Пристанак лица на експлоатацију или на успостављање ропског или њему сличног односа не утиче на постојање кривичног дела. Видети више у Стојановић, З., (2019) *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, стр. 1108.

[9] Члан 2. Директиве 2011/36/ЕУ.

[10] Члан 3. Директиве 2011/36/ЕУ. Видети више у: Бановић, Б., Бејатовић, С., Турањанин, В. (2020), *Међународно кривично право*, Крагујевац.

међународне трговине. Унутрашња трговина људима подразумева трговину људима на територији ЕУ, док међународна трговина људима обухвата државе ван ЕУ. Према извештају о трговини људима из 2016. године, било је 15.846 регистрованих жртава (идентификованих и претпостављених) трговине људима у ЕУ у периоду 2013-2014. Сексуална експлоатација остаје најчешћи облик трговине људима (67% регистрованих жртава), а следи радна експлоатација (21% регистрованих жртава). Преосталих 12% идентификовано је као жртве трговине људима за друге облике експлоатације. У овом извештају је наглашена чињеница да, упркос чињеници да истраге у овој области захтевају значајан квантум доказа да би се обезбедила осуда, број кривичних гоњења и пресуда за трговину људима остаје алармантно низак, посебно у поређењу са бројем идентификованих жртава, и да, упркос чињеници да истраге у овој области захтевају значајан скуп доказа да би се осигурала осуда, информације прикупљене за извештај указују на то да државе чланице не користе довољно ефикасне истражне алате и да су жртве преоптерећене и пре и током кривичног поступка (*Извештај COM(2016)*).

Тенденције међу регистрованим жртвама и трговцима људима у контакту са полицијом и кривичним правосудним системом у периоду 2015-2016. године сличне су онима у претходном периоду, што је констатовано Другим извештајем о трговини људима. У ЕУ су регистроване 20.532 жртве трговине људима, 5.979 процесуираних и 2.927 осуђених за ово кривично дело. Више од половине (56%) трговине људима било је у циљу сексуалне експлоатације, а то је и даље најраширенији облик. Најчешће пријављивана врста трговине људима је у сврху сексуалне експлоатације. У овом периоду пријављено је 9.759 жртава сексуалне експлоатације, односно више од половине (56%) регистрованих жртава експлоатације, првенствено жена и девојака, имало је евидентирани облик експлоатације (95% регистрованих жртава сексуалне експлоатације) (Извештај COM(2018)).

Према Трећем извештају о оствареном напретку у борби против трговине људима (2020) према члану 20. Директиве 2011/36/ЕУ о спречавању и борби против трговине људима и заштити њених жртава, укупан број регистрованих жртава које су пријавиле државе чланице ЕУ у последње две године (2017. и 2018.) је већа у односу на претходне извештајне периоде (14145). У светлу великог броја жртава, број кривично гоњених и осуђених и даље је низак. Сексуална експлоатација остаје најраспрострањенији облик трговине људима. Више од половине жрта-

ва су држављани ЕУ, а 60% жртава су сексуалне експлоатације. Више од 90% жртава трговине људима сексуалне експлоатације су жене, наглашавајући родни елемент злочина. Жене и девојке и даље чине већину жртава трговине људима у свим облицима експлоатације (Извештај COM(2020)).

На крају, у Четвртом извештају о напретку у борби против трговине људима (2022) истиче се да је број жртава трговине људима нешто већи него у претходном двогодишњем периоду (14311). Вероватно је пандемија COVID-19 изазвала смањење броја жртава између 2019. (7777) и 2020. године (6534). Овај извештај показује континуирани тренд да је најзаступљенији облик трговине људима у сврху сексуалне експлоатације (51%).

На основу ових извештаја, између осталог, Европски суд за људска права је стао на становиште да жртвама трговина људима треба заштита Конвенције. Иницијална пресуда на овом пољу је *Rantsev* против Кипра и Русије[11], у којој ј ЕСЉП почео да гради становиште о потпадању трговине људима под члан 4. ЕКЉП, којим је иначе предвиђена забрана ропског и принудног рада. Пресуда је покренула лавину коментара и чланака у научној и стручној јавности, да би потом Суд своје становиште учврстио у пресуди *S.M.* против Хрватске[12]. Наведеним пресудама, ЕСЉП је установио три врсте позитивних обавеза која држава има на овом пољу. То су: обавеза да се успостави законодавни и административни оквир који забрањује и кажњава трговину људима; дужност, у одређеним околностима, да предузме оперативне мере за заштиту (стварних или потенцијалних) жртава трговине људима и дужност да се истраже ситуације потенцијалне трговине људима.[13] Наведеним обавезама у најновијој пресуди која је предмет овог рада, ЕСЉП је додао и четврту – да се жртвама трговине људима омогући да траже надокнаду за изгубљену зараду од трговаца људима.

[11] *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04 (January 07, 2010).

[12] *S.M. v. Croatia*, Application no. 60561/14, paragraph 120 (Jun. 25, 2020).

[13] Stoyanova, V. (2018), "Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights“, 18 Hum. Rights Law Rev. 314.

Анализа пресуде *Krachunova* против Бугарске и њен утицај на националне правне системе

Подноситељка представке је живела са родитељима и старијом сестром у селу у северозападној Бугарској до априла 2012. године. Након што је завршила средњу школу, привремено је радила као кројачица. У априлу 2012. године имала је 26 година када ју је познаник упознао са X. X, 31-годишњим мушкарцем чији је примарни посао у то време био превоз сексуалних радника до и од места њиховог запослења. Подносилац представке је упознала X након неслагања са њеним родитељима и они су одлучили да се уселе заједно у X-ов дом, где је живео са својом *de facto* супругом и четворо деце. После неколико дана, X ју је обавестио о износу новца који би могла да се заради од пружања сексуалних услуга на софијској обилазници и понудио да је доводи до тамо и назад сваки дан и да јој дозволи да бесплатно борави у његовој кући.

Подноситељка представке је почела да ради на наведени начин на софијској обилазници. X би је водио тамо сваки дан док би вребао у близини и упозоравао је на било каква полицијска кола која би јој се могла приближити. Пет хапшења подносиоца представке извршили су полицијски службеници у патролама у близини. Више пута је покушала да одустане, али је X одузео њену личну карту и претио је да ће суграђанима открити своје право занимање. На крају је пристала да му се врати из страха, посебно зато што није желела да њени родитељи сазнају који је посао обављала. У фебруару 2013. године, полиција ју је одвела у кризно склониште којим управља фондација након још једног хапшења. Касније је послата у друго склониште пре него што је примљена у психијатријску болницу на лечење и на крају враћена у дом својих родитеља на њихов захтев.

У марту 2013. године, подигнута је оптужница против X-а за учешће у трговини људима и подстрекавање подноситељке представке да се бави проституцијом ради зараде. Подноситељка представке је тражила надокнаду материјалне штете коју је заснивала на процењеној заради од проституције коју јој је X наводно одузео. У суштини, према њеним ставовима, ово је била најнижа процена подноситељке представке о укупном износу који је зарадила током свог деветомесечног периода рада. Бугарски судови су навели да суд не може одобрити њен захтев за накнаду материјалне штете, пошто је сваки уговор о овој врсти услуга сматран незаконитим због кршења моралних принципа. Ослањајући се

на чланове 4. и 13. ЕКЉП, подноситељка представке се жалила да јој недостаје домаћи правни канал да поврати исплату од X за своју зараду од проституције коју јој је он одузео.

ЕСЉП се позвао на своје раније одлуке[14] и одбацио аргумент Владе да је представка *ratione materiae* неспојива са чланом 4 ЕКЉП. Представка је стога проглашена прихватљивом. Што се тиче меритума, ЕСЉП је приметио да би подносилац представке био жртва трговине људима по члану 4. ЕКЉП, потребно је да сва три елемента дефиниције трговине људима из члана 3(а) Протокола из Палерма и чл. 4(а) Конвенције против трговине људима (радња, средство и сврха) буду присутни. У овом случају, радња и сврха су били присутни, али је било отворено питање да ли су средства била присутна. По питању средстава, ЕСЉП је нагласио да:

”Међународно право... јасно одражава схватање да се савремена трговина људима понекад спроводи суптилнијим средствима, као што су обмана, психолошки притисак и злоупотреба рањивости... Ове тактике не треба посматрати изоловано. ... Подноситељка представке је била сиромашна и емоционално нестабилна млада жена која је пореклом из малог села, која је очигледно имала проблематичне односе са својим родитељима (са којима је очигледно живела цео живот пре него што је упознала X). Са своје стране, X – мушкарац који је био неколико година старији од подноситељке представке, имао је кривични досије, рутински се бавио професионалним пословима са сексуалним радницима и очигледно је извлачио сав свој приход од таквих послова, и дружио се са макроима… Штавише, он је био тај који је упутио подноситељку представке о практичним детаљима како да се бави сексуалним радом и представљао се као њен „заштитник“.”[15]

Као резултат тога, ЕСЉП је навео да је елемент средства такође био присутан и да, стога, чињенице случаја потпадају под међународну дефиницију трговине људима.

На основу овог закључка, ЕСЉП је приступио разматрању да ли је сада време да се прошири поље позитивних обавеза у погледу члана 4. ЕКЉП. Као што смо навели, до сада је општи оквир позитивних обавеза

[14] Превасходно на пресуде у предметима *S.M. v Croatia*, *V.C.L. and A.N. v. the United Kingdom*, Applications nos. 77587/12 and 74603/12, 16 February 2021, §149; *Zoletic and Others v. Azerbaijan*, Application no. 20116/12, 7 October 2021, §157.

[15] Krachunova, §148.

укључивао обавезу да се успостави законодавни и административни оквир који забрањује и кажњава трговину људима; дужност, у одређеним околностима, да предузме оперативне мере за заштиту (стварних или потенцијалних) жртава трговине људима као и дужност да се истраже ситуације потенцијалне трговине људима.[16] У предмету *Krachunova*, први пут, Суд је разматрао да ли постоји и позитивна обавеза према члану 4. Европске конвенције да се жртвама трговине људима омогући да траже одштету од својих трговаца у погледу изгубљене зараде.[17] И као одговор, Суд је сматрао да постоји.[18]

У погледу чињеница, Суд је заузео став да се одлука одбаци тужбени захтев подноситељке представке против X у вези са изгубљеном зарадом не може сматрати успостављањем правичне равнотеже између њених права из члана 4. Конвенције и интереса заједнице, ипак поље слободне процене тужене државе.[19] Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 4. ЕКЉП и досудио 6.000 евра на име нематеријалне штете подносиоцу представке.

Претходни случајеви који су се односили на трговину људима углавном су се тицали поштовања позитивних обавеза, које се углавном односе на истрагу и кажњавање. Стога је случај *Krachunova* против Бугарске веома специфичан. С једне стране, Суд уводи нову позитивну обавезу за државу у погледу члана 4. ЕКЉП. С друге стране, поставља се питање надокнаде зарада које су, према неким државама, добијене неморалним радњама.

На првом месту, члан 329. став 1. бугарског Кривичног законика прогласио је кривичним делом, за пунолетну особу која није спречена да ради, да се на дужи период не бави „друштвено-корисним“ радом, док је у исто време забранио приходе од рада стеченим на ”неморалан” начин. У одлуци о тумачењу из 1984. године наведено је да је приход од проституције или сводништва „неморалан” у смислу члана 329. став 1., што је потврдио бугарски Врховни касациони суд.[20] Након одређених мишљења, главни тужилац је затражио од Уставног суда да прогласи овај члан супротним Уставу. Уставни суд је уважио захтев главног ту-

[16] Stoyanova, V. (2018), *Causation between State Omission ....*, стр. 325.
[17] *Krachunova*, §161.
[18] *Krachunova*, §177.
[19] *Krachunova*, §197.
[20] *Krachunova*, §43.

жиоца. Суд је, између осталог, приметио да је „језик члана 329. став 1. (посебно израз *неморалан*) био превише нејасан, што је у супротности са уставним захтевом да одредбе кривичног права буду посебно јасне и предвидиве у својој примени, и отворио пут до селективног и произвољног спровођења закона. Позивање на „морал“ било је дозвољено у другим гранама права, где би се могло конкретизовати кроз устаљену судску праксу, али не у одредби која дефинише кривично дело.[21] На основу тога, Уставни суд је утврдио да је члан 329. став 1. у целини супротан Уставу. Његово образложење такође наглашава чињеницу да је члан 329. став 1. заснован на застарелим друштвеним ставовима и политичким разматрањима који су остали од тоталитарног комунистичког режима.

Када се бавио питањем права на одштету од трговаца људима, Суд се ослањао на три канона тумачења које је сматрао кључним за ову област. Прво, Суд је скренуо пажњу на чињеницу да циљ и сврха Конвенције захтевају да се одредбе Конвенције и одредбе њених Протокола тумаче на начин да гарантована права буду практична и делотворна.[22] Друго, Конвенцију и њене протоколе треба тумачити у складу са правилима међународног права.[23] Коначно, нагласио је да Суд може узети у обзир развој у домаћим правним системима који указују на јединствен или заједнички приступ или консензус у настајању између држава уговорница у датој области.[24]

Пре ове пресуде, ни члан 4. Европске конвенције ни Конвенција у целини нису помињали право на одштету од трговаца људима. Међутим, како је истакао Суд, ни текст чл. 2. ЕКЉП није предвидео могућност накнаде, али је судска пракса Суда заузела став да таква обавеза ипак постоји. Сходно томе, Суд је, истичући да члан 4. заједно са члановима 2. и 3. Конвенције, „штити једну од основних вредности демократских друштава“, сматра да постоје јаки аргументи у корист тумачења члана 4. на скоро исти начин као и члан 2. Конвенције.[25]

У образложењу Суда, параграф 171 истиче … ”Могућност да [жртве трговине људима] траже надокнаду за изгубљену зараду, посебно зараду коју су им ускратили трговци људима, представљала би један од

[21] *Krachunova*, §49.
[22] *Krachunova*, §163.
[23] *Krachunova*, §164.
[24] *Krachunova*, §165.
[25] *Krachunova*, §167-168.

начина да се осигура *restitutio in integrum* за те жртве надокнађивањем пуног степена штете коју су претрпеле. То би такође значајно допринело (пружајући им финансијска средства да поново изграде своје животе) очувању њиховог достојанства, помоћи њиховом опоравку и смањењу ризика да поново постану жртве трговаца људима. Ово се стога не може посматрати као секундарно разматрање; мора се сматрати суштинским делом интегрисаног одговора државе на трговину људима који се захтева према члану 4. Конвенције. Штавише, обештећење за жртву треба да буде свеобухватно разматрање из перспективе људских права."

Важно је рећи да *restitutio in integrum* значи враћање стања пре кршења колико год је то могуће,[26] и то је један од најважнијих инструмената у закону. Штавише, материјална штета која се може отклонити новчаном надокнадом или надокнадом у натури, као што је враћање имовине, назива се материјалном штетом. Нематеријална штета се односи на штету која није финансијска, као што су физичка и психичка патња. Жртве трговине људима несумњиво трпе и материјалну и нематеријалну штету.[27] Стога је логичан правни закључак да жртве имају право на накнаду обе врсте штете.

Оправдано је настојање Суда да успостави нову позитивну обавезу за државу. Да би успоставио нову позитивну обавезу, Суд се позвао на члан 6(6) Протокола из Палерма, Модел закона против трговине људима, као и на неколико других међународних инструмената који изричито наглашавају право жртава трговине људима на одштету. Палермо протокол предвиђа да ће „свака држава чланица обезбедити да њен домаћи правни систем садржи мере које жртвама трговине људима нуде могућност добијања накнаде за претрпљене штете". Потом, Модел закона против трговине људима прописује да је циљ налога за обештећење да се жртви надокнади повреда, губитак или штета коју је учинио учинилац. Налог за надокнаду може укључивати за или према изгубљеном приходу и доспелим зарадама у складу са националним законом и прописима који се односе на плате. Поред тога, Суд је велику пажњу посветио извештајима ОЕБС-а и ГРЕТА-е, који су се дотакли питања да ли жртве трговине људима могу да траже одштету од својих трговаца људима за изгубљену

[26] *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, Application no. 14556/89, 31 October 1995, §34; Glas, L., (2015), *The Theory, Potential and Practice of Procedural Dialogue in the European Convention on Human Rights System,* Intersentia, стр. 208.

[27] Исто., стр. 208.

зараду или неисплаћене зараде. Међуагенцијска координациона група за борбу против трговине људима истиче да у неким земљама судови имају могућност да наложе трговцима да плате одштету, али да се ова опција ретко користи. У већини држава, жртве никада нису тражиле ову врсту компензације.

Као у *S.M.* против Хрватске[28], Суд је само приметио да у Европи постоји више приступа питању проституције.[29] Он је посебно напоменуо да се случај *Krachunova* против Бугарске не бави питањем да ли се уговори о сексуалним услугама признају као правно ваљани сами по себи, нити се предмет бави тиме да ли Конвенција спречава проституцију или неке од њених аспеката да буду забрањени. Стога је Суд своје разматрање у овом случају ограничио на то да ли се новоуспостављена позитивна обавеза да се жртвама трговине људима омогући да траже одштету од својих трговаца за изгубљену зараду може избећи, јер је зарада о којој је реч стечена неморално. Истовремено, Суд не прихвата да једноставно позивање на неморални карактер зараде подносиоца представке представља довољно оправдање за неиспуњавање те обавезе.[30]

На крају, чињеница да су бугарски судови одбацили тужбу подноситељке представке за накнаду штете против X, представљало је кршење новоуспостављене позитивне обавезе. Суштински, овим случајем је Суд утврдио обавезу државе која би свакако требало да постоји у свим државама и без напора Суда. Позитивна је обавеза омогућити жртвама трговине људима да од својих трговаца траже компензацију за изгубљену зараду. Поред тога, у зависности од правила појединих правних система, жртве ће имати право на накнаду штете, како материјалне тако и нематеријалне, било да се ради о трговини људима или другим кривичним делима.

Пресуда у случају *Krachunova* против Бугарске ће изазвати различите врсте последица у националним законодавствима. На првом месту,

[28] *S.M. v. Croatia* §298-299.

[29] У законодавству Републике Србије, под појмом проституције подразумева се пружање сексуалних услуга уз накнаду у новцу или другу вредност (чл. 3. ст. 1. т. 15. Закона о јавном реду и миру (”Службени гласник Републике Србије” број 6/2016 и 24/2018)). Проституција је прописана као прекршај. Наиме, чланом 16. је прописано да ко се одаје проституцији, користи услуге проституције или уступа просторије ради проституције, казниће се новчаном казном од 50.000 до 150.000 динара или казном затвора од 30 до 60 дана, а ко малолетном лицу уступа просторије ради проституције - казниће се затвором од 30 од 60 дана.

[30] *Krachunova*, §192.

биће побољшан положај жртава трговине људима. Како је истакнуто, у овим случајевима жртве су приморане на проституцију. Дакле, с једне стране, нова позитивна обавеза за државу може вратити њихово достојанство. С друге стране, жртве овог облика криминалне активности су, по правилу, у веома лошем материјалном стању. Они су или неплаћени или веома слабо плаћени за оно што раде. С тим у вези, на овај начин се може побољшати њихов имовински статус, али и поверење у правосудни систем једне земље (а грађани у неким земљама често немају поверења у овај систем). Такође није занемарљиво да на овај начин жртве могу стећи више храбрости да пријаве чињеницу да су жртве трговине људима. Међутим, управо због свих наведених позитивних ефеката, крајње је неопходно да ефекти ове пресуде стигну до жртава трговине људима и принудне проституције. Само на тај начин правосудни систем може тачно да реагује. Са тачке гледишта трговца људима, ова пресуда може деловати као додатни дестимуланс. Будући да је ово кривично дело, као и већина других, усмерено на стицање економске добити, која се у случају трговине људима мери милијардама долара, ова позитивна обавеза може деловати као одвраћање. Колико је то уопште могуће узевши у обзир карактер људи који се баве трговином људима.

Закључак

Пресуда у предмету *Krachunova* против Бугарске ће бити значајна за све националне правне системе, и она је суштински веома специфична и може да изазове различите последице. Наиме, овде је Суд прихватио наводе подноситељке представке да није тражила накнаду из уговора за сексуални рад, односно да се њена притужба није односила на добровољни сексуални рад, већ на експлоатацију у сврхе принудне проституције. У суштини, Суд је утврдио да у овом случају не може бити реч о заради стеченој неморалним путем, јер је жртва принуђена на проституцију. Присиљавање на проституцију елиминише могућност да се зарада може сматрати неморалним. У логичном следу, Суд сматра да је оправдано наметнути држави још једну позитивну обавезу – омогућити жртвама трговине људима да од својих трговаца траже надокнаду за изгубљену зараду. Пренето на поље националних држава, отвориће се питање – како? Закони о раду веома јасно прописују шта је зарада и на који начин се врши обрачун зараде. Стога ово питање неће бити једноставно решиво. Поред тога, у зависности од правила појединих правних

система, жртве ће имати право на накнаду штете, како материјалне тако и нематеријалне, било да се ради о трговини људима или другим кривичним делима. Можда ће најједноставнији начин бити решавање целог питања кроз имовинскоправни захтев, који би у том случају законски могао да се модификује, те да изричито превиди ову могућност, али ту свакако стоји приговор да у домаћој судској пракси судови се по правилу не баве имовинскоправним захтевима, већ то пребацују грађанским судовима. У сваком случају, сматрамо да ће решавање овог питања стварати проблеме у пракси.

Литература

- Stoyanova, V., (2024), "Krachunova v. Bulgaria: New Positive Obligation under Article 4 ECHR to Compensate Victims of Human Trafficking for Pecuniary Damages", https://strasbourgobservers.com/2024/03/19/krachunova-v-bulgaria-new-positive-obligation-under-article-4-echr-to-compensate-victims-of-human-trafficking-for-pecuniary-damages/, приступ: јул 2024. године.
- Krachunova v Bulgaria (App. No.18269/18), judgment of 28 November 2023, §1.
- Rantsev v. Cyprus and Russia, Application no. 25965/04 (January 07, 2010); S.M. v. Croatia, Application no. 60561/14, §120 (Jun. 25, 2020).
- Стојановић, З., (2019) Коментар Кривичног законика, Службени гласник, Београд, стр. 1108.
- Бановић, Б., Бејатовић, С., Турањанин, В. (2020), Међународно кривично право, Крагујевац.
- Rantsev v. Cyprus and Russia, Application no. 25965/04 (January 07, 2010).
- S.M. v. Croatia, Application no. 60561/14, paragraph 120 (Jun. 25, 2020).
- Stoyanova, V. (2018), "Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", 18 Hum. Rights Law Rev. 314.
- Закона о јавном реду и миру ("Службени гласник Републике Србије" број 6/2016 и 24/2018)).
- Закон о раду, "Службени гласник РС" број 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 и 95/2018.

Jovana Turanjanin[31]

TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS AND THE RIGHT TO EARN IN THE LIGHT OF THE JUDGMENT OF KRACHUNOV V. BULGARIA

Abstract. In the paper, the author deals with a new positive obligation for the signatory states of the European Convention on Human Rights, established in the 2023 judgment of *Krachunova v. Bulgaria*. This positive obligation requires member states to provide compensation to victims of human trafficking, who earned their earnings through prostitution, regardless of the status of this form of activity in national legal systems. Therefore, the author first deals with the right to earnings in the national legal system, taking the Republic of Serbia as an example, after which he briefly elaborates on the legislation of the European Union on this issue. At the end, he analyzes the said judgment in detail, emphasizing its impact on national legislation.

Keywords: human trafficking, wage compensation, Krachunova v. Bulgaria, positive obligations

31 Court of Appeal in Kragujevac

UDK 343.211:343.2/.7
doi 10.7251/PR6924991D
Originalni naučni članak

NAČELO NE BIS IN IDEM I PRAVNA SIGURNOST GRAĐANA

Sandra Dokić[1]

Abstrakt: *Nekoliko je pitanja koja su predmet stručno-kritičke analize načela ne bis in dem kao jednog od važnijih instrumenata pravne sigurnosti građana posmatrano uopšte a ne samo u okvirima jedne države - u nacionalnim okvirima. Više je dokaza opravdanosti konstatacije tako visokog stepena aktuelnosti načela a jedan od njih je i činjenica da je ono univerzalnog karaktera predviđenog u ključnim međunarudnim pravnim aktma koja tretiraju problematiku sloboda i prava čoveka i da je, po pravilu, izričito predviđeno i u nacionalnim ustavima što samo po sebi govori o stepenu njegovog značaja.*

Među ne malim brojem pitanja koja čine sadržaj rada posebno se ističu ona koja se tiču: Uvodnih napomena o načelu, njegovom pojmu, elementima i dejstvu. Ova kao i druga pitanja koja čine sadržinu rada analizirana su sa četiri aspekta (kriminalno-političkog, teoretskog, normativnog i praktičnog).

Ključne reči: *načelo ne bis in idem, kazneno zakonodavstvo, sud, identitet kaznene stvari, međunarodno krivično pravo, kazneno delo, ponovno suđenje.*

1. Uvodne napomene

Jedno od osnovnih načela krivičnog procesnog prava posmatrano uopšte je načelo ne bis in idem. Brojni su argumenti koji govore u prilog opravdanosti ovakve konstatacije. Među njima se posebno ističu sledeći: Prvo, reč

[1] Državni sekretar u Ministarstvu zaštite životne sredine Republike Srbije

je o načelu za koje se može reći da je univerzalnog karaktera. Predviđeno je kako u nacionalnim krivičnoprocesnim zakonodavstvima i to bez obzira kojem pravnom sistemu ona pripadaju tako i u ključnim međunarodnim pravnim aktima koja regulišu slobode i prava čoveka i građanina uopšte. Slučaj npr. Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Drugo, posmatrano sa aspekta nacionalnih ustava reč je o načelu koje, po pravilu, ima ustavni karakter što samo po sebi govori o stepenu njegovog značaja za pravni sistem jedne države uopšte. Treće, načelo ne bis in idem je i obeležje međunarodnog krivičnog prava - izričito je predviđeno statutima međunarodnih krivičnih sudova (stalnog Međunarodnog krivičnog suda i Ad hoc tribunala za bivšu Jugislaviju), istina sa nešto drugačijim načinom rešavanja pitanja njegovog apsolutnog dejstva u slučaju krivičnih dela iz osnovne stvarne nadležnosti ove kategorije međunarodnih pravosudnih institucija.[2] U međunarodnim dokumentima i ustavima ovo načelo je podignuto na rang osnovnog ljudskog prava, dok u nacionalnom krivičnom procesnom zakonodavstvu najčešće zauzima mesto jednog od osnovnih načela krivičnog postupka[3]. Četvrto, istorijski posmatrano, reč je o načelu sa izuzetno dugom istorijom postojanja. Osim inkvizitorskog krivičnog postupka svu ostalu istoriju krivičnog procesnog prava karakteriše prisutnost načela ne bis in idem što samo po sebi govori o značaju koji se pridaje istom.[4]

2.Sadržina i cilj načela ne bis in idem

Sadržinski posmatrano načelo ne bis in idem, odnosno ``ne dvaput, ne ponovo o istom`` se manifestuje kroz dve zabrane. Prvo, da se protiv lica prema kojem je pravnosnažno okončan krivični postupak nemože ponovno pokretati postupak za isto krivično delo. Drugim rečima rečeno, to znači da se isto lice ne može dva ili više puta pojaviti u svojstvu okrivljenog u istoj krivičnoj stvari koja je već pravnosnažno rešena. Odluka kojom je pravnosnažno okončan krivični postupak može biti kako presuda tako i rešenje. Eventualni pokušaj pokretanja krivičnog postupka u već pravnosnažno okončanom kri-

[2] Banović, B, Bejatović, S., Osnovi međunarodnog krivičnog prava, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac, 2018, str. 157.

[3] Bejatović, S., Krivično procesno pravo, JP ``Sl. glasnik``, Beograd, 2019, str.117.

[4] Radulović, D., Načelo ne bis in idem i kazneno zakonodavstvo Crne Gore, U:``Načelo ne bis in idem i pravna sigurnost građana (Međunarodni pravni standardi, regionalna zakondavstva i iskustva primene)``, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2022, str. 168.

vičnom postupku sprečava se isticanjem prigovora presuđene stvari –res judicata. Postojanje ove zabrane opravdava se razlozima pravičnosti, pravne sigurnosti i zakonitosti, a javlja se kao posledica svojstva pravnosnažnosti sudskih odluka. Druga zabrana, koja čini sadržinu pojma načela ne bis in idem, sprečava tzv. dvostruku litispendenciju. Zabranjuje paralelno (istovremeno) vođenje dva ili više krivičnih postupka, protiv istog lica povodom iste krivične stvari.[5] Obzirom na ovo načelo ima mesta samo ako se radi o istovetnosti krivičnog dela i učinioca u novopokrenutom krivičnom postupku s krivičnim delom i učiniocem u krivičnoj stvari koja je pravosnažno presuđena ili u kojoj krivični postupak još teče. Načelo važi samo u slučaju kada se utvrdi identitet između već ranije pravnosnažno rešene krivične stvari i novoutužene krivične stvari, odnosno identitet krivičnih stvari koje su u toku. Obzirom na ovo neizbežno je pitanje međusobnog identiteta dvaju krivičnih stvari. U vezi sa ovim pitanjem jedinstven je stav o neophodnosti postojanja identiteta, kako u pogledu krivičnog dela tako i u pogledu učinioca (objektivni i subjektivni identitet). Identitet krivičnih dela postoji u svim slučajevima kada se radi o istom činjeničnom stanju na osnovu koga se može osnovano tvrditi da je reč o jednom istom biću krivičnog dela. Identitet krivičnih dela mora da postoji u pravno relevantnim, odlučnim činjenicama, činjenicama koje čine sadržinu posebnog bića krivičnog dela. Za postojanje identiteta nisu od značaja sve one izmene i dopune u opisu činjeničnog stanja koje ne mogu uticati na promenu krivičnog dela. Isto tako, ni eventualna promena same pravne kvalifikacije dela kod novog utuženja ne može uticati na pitanje identiteta obzirom na to da sud nije vezan za pravu kvalifikaciju krivičnog dela od strane tužioca.[6] Posmatrano sa aspekta subjektivnog identiteta, on postoji u svim slučajevima kada se pokreće krivični postupak protiv lica koje je već imalo svojstvo okrivljenog i eventualnog učinioca krivičnog dela u ranije pravnosnažno okončanom krivičnom postupku. Na pitanje subjektivnog identiteta ne mogu uticati izmene u samim obeležjima učinioca, npr. ako se umesto direktnog umišljaja ističe da je delo izvršeno sa eventualnim umišljajem ili iz nehata. Međutim, ukoliko se novi postupak pokrene protiv drugog lica za isto krivično delo koje je u izvršenju tog krivičnog dela učestvovao npr. u svojstvu saizvršioca,

[5] Obzirom na ove dve zabrane koje čine suštinu načela prema pojedinim shvatanjima njegov adekvatniji naziv bio bi ``zabrana dvostruke ugroženosti`` od naziva ``zabrana ponavljanja krivičnog postupka`` (Đurđić, V., Međunarodnopravni standardi i zaštita ljudskih prava u krivičnom postupku, U: ``Ustavne i međunarodnopravne granice ljudskih prava``, Pravni fakultet, Niš, 2008, str.199).

[6] Bejatović, S., Krivično procesno pravo, JP ``Sl. glasnik``, Beograd, 2019, str. 120.

saučesnika i sl., onda više ne postoji identitet, nema istovetnosti u odnosu na učinioca krivičnog dela[7]. Iznesena istovetnost krivičnog dela i učinioca dovodi do toga da se ne mogu ponoviti svojstva ni drugih subjekata u krivičnom postupku. Tamo gde nema mesta ponavljanju krivičnog postupka u jednoj krivičnoj stvari, nema mesta ni ponavljanju ovlašćenog tužioca, pa ni drugih krivičnoprocesnih subjekata. Dalje, kada je reč o ovom aspektu predmetne problematike tu je i pitanje da li su važenjem ovog načela obuhvaćene samo meritorne sudske odluke ili i formalne. Sporno je, takođe, da li se mora raditi o presudi ili to može biti i sudska odluka u drugoj formi. Pitanje je da li su dejstvom načela ne bis in idem obuhvaćene isključivo odluke suda ili i nekog drugog državnog organa (javnog tužioca ili policije), donete pre započinjanja krivičnog postupka. Postavlja se, takođe, pitanje kumuliranja krivičnog i nekog drugog sudskog postupka (prekršajnog, privrednopristupnog, upravnog, disciplinskog)[8]. Odgovori na ova pitanja različiti su od države do države i u zavisnosti od nacionalnog ili međunarodnog važenja načela ne bis in idem.

Osnovni cilj načela ne bis in idem (kriminalno-politički razlog njegovog predviđanja) je obezbeđenje pravne sigurnosti građana što se postiže pravosnažnošću sudskih odluka.[9] Sa svojom prednje iznesenom sadržinom načelo doprinosi pravnoj sigurnosti građana, jer ne dozvoljava ponavljanje krivičnog postupka u jednoj pravnosnažno rešenoj krivičnoj stvari, osim ako ne postoje zakonom predviđeni osnovi za njeno ponavljanje po vanrednim pravnim lekovima. Na strani ovog načela nalaze se postulati pravne sigurnosti, kao jedno od osnovnih prava čoveka, i načelo pravičnog postupka, koje predstavlja neku vrstu supraprincipa savremenog krivičnog postupka. Njegovim važenjem učvršćuje se zaštita pravnog poretka i bezbednost pravnih odnosa. Ono je prirodna posledica svojstva pravnosnažnosti sudskih odluka

[7] Bejatović, S., Načelo ne bis in idem u krivičnom postupku, U: ``Problemi reintegracije i reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva``, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd,1995, str. 102.

[8] Ovo pitanje je posebno aktuelno u onim pravnim sistemima u kojima postoji tripartitna podela kaznenih dela na krivična dela, prekršaje i privredne prestupe, što je slučaj i sa Republikom Srbijom. Opravdanost, i ne samo opravdanost veći i izuzetna aktuelnost ovako postavljenog pitanja leži u činjenici da u slučaj dozvoljenosti sukcesivnog vođenje i sankcionisanje istog lica za protivpravna ponašanja, koja u biti imaju ista obeležja ne postoji pravna sigurnost okrivljenog. (Đurović, S., Prekršajni postupak u jednoj državi , krivični postupak u drugoj državi (ne bis in idem), U ``Međunarodna sudska, tužilačka i policijska saradnja``, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd, 2015, str. 257.

[9] Vasiljević, T., Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Savremena administracija, Београд, 1981, str. 684.

i res iudicata. Međutim, i pored svega ovog postoji potreba za utvrđivanjem istine, s ciljem ostvarenja prava države na kažnjavanje, kao i zahtev za zakonitošću sudskih odluka. Ustanovljavanjem neograničene primene načela ne bis in idem bilo bi obesmišljeno postojanje vanrednih pravnih lekova, tj. bilo bi onemogućeno ponavljanje postupka ako se po pravnosnažnosti sudske odluke pojave nove činjenice i dokazi, koje sa visokim stepenom izvesnosti ukazuju na drugačiji ishod eventualno ponovljenog postupka. S druge strane, neograničeno ponavljanje postupka potpuno bi derogiralo interese pravne sigurnosti i ljudska prava okrivljenog. Stoga se u pravnim izvorima predviđaju odstupanja od ovog načela, predviđanjem mogućnosti ponavljanja krivičnog postupka samo iz određenih, zakonom striktno predviđenih razloga. Time se uravnotežava načelo istine sa načelom ne bis in idem, čime ono stiče osobinu relativnosti.[10] Moguće su situacije da načelo ne bis in idem dođe u suprotnost sa načelom istine. Tako npr. može se desiti da se posle pravosnažnosti pojave dokazi koji ukazuju na pogrešnost pravosnažne presude, pa bi načelo istine zahtevalo da se odstupi od pravila ne bis in idem te dozvoli ponavljanje krivičnog postupka što savremena zakonodavstva uređuju vanrednim pravim lekovima. Na ovaj način u krivičnom postupku nastaje jedan od njegovih paradoksa dva suprostavljena načela koja se često ne mogu uskladiti, pa se pred zakonodavca postavlja dilema da li prednost dati načelu ne bis idem, i bez obzira što postoje opravdani razlozi u liku novih ili novootkrivenih dokaza i činjenica, ne dozvoliti ponavljanje krivičnog postupka ili prednost dati načelu istine i dozvoliti ponavljanje krivičnog postupka. Kad se govori o zabrani ponavljanja krivičnog postupka u smislu ovog načela uvek se misli na ponavljanje na štetu okrivljenog, jer ponavljanje u njegovu korist nije sporno. U savremenom zakonodavstvu moguća su različita rešenja: Da se dozvoli ponavljanje krivičnog postupka i u korist i na štetu okrivljenog ili samo u korist, da se dozvoli ponavljanje samo u slučaju novih ili novootkrivenih činjenica i dokaza ili i u slučaju povrede zakona. Dakle, ako se ide na sužavanje načela ne bis in idem trpi pravilo o pravnoj snazi sudskih odluka, a njegovim širenjem načelo istine. Nesporno je da za sprovođenje jednog i drugog načela stoje ozbiljni razlozi, ali se afirmacija jednog na račun drugog može dovesti u pitanje. U tom smislu zbog pomenutog sukoba apsolutno i do kraja sprovedeno načelo zabrane ponovnog suđenja može se opravdavati i osporavati skoro podjednako uspešno. Uostalom, načelo ne bis in idem je nastalo i kao

[10] Ivičević, Karas E., Načelo ne bis in idem u Europskom kaznenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 2/2014, str. 274

rezultat balansa (koji nije uvek do kraja ostvariv) između pravne sigurnosti i principa istine. Pravo na pravnu sigurnost odnosi prevagu nad načelom utvrđivanja istine doslednom primenom principa ne bis in idem. Neophodna ravnoteža ipak se uspostavlja predviđanjem odstupanja od ovog principa, tj. ustanovljavanjem mogućnosti izuzetnog ponovnog suđenja nakon pravnosnažnosti sudske odluke, pod zakonom predviđenim uslovima. Uz ovo, kada je reč o ovom aspektu predmetne problematike tu je i činjenica da je za stvarni društveni život čoveka bitno i da pravni sporovi ne traju u nedogled, nego razumno dugo. Okončanje pravnog spora obeležen je institutom pravosnažnosti. Pravosnažnošću sudske odluke nastupa i pravosnažnost pravne istine utvrđene u pravnom sporu a presuđena stvar (res iudicata) predstavlja smetnju za ponovno pokretanje postupka. Na taj način pravna istina utvrđena pravosnažnom odlukom postaje neprikosnovena i više se, u principu ne može dovoditi u sumnju. U tom smislu, u literaturi se ističe, da je za pravo istina samo ono što je utvrđeno u određenom pravnom postupku i na tačno određen način.[11] No, bez obzira koliki značaj pravna istina imala ona se uvek ne mora da poklapa i sa stvarnom istinom. Da bi se pravna i stvarna istina poklopile ili pak približile, putem vanrednih pravnih lekova se nastoji otkloniti sumnja u pravilnost pravosnažnih sudskih odluka. Po nekim mišljenjima *res iudicata,* odnosno nemogućnost ponovnog suđenja u istoj stvari, predstavlja uže značenje načela ne bis in idem, a u širem smislu znači i obavezu istog presuđenja u kasnijem istovrsnom slučaju, odnosno jednako postupanje u jednakim slučajevima i nejednako postupanje u nejednakim slučajevima, na čemu se zasniva precedent.[12]

Kada je reč o ponavljanju krivičnog postupka kao instrumenta relativnog dejstva načela ne bis in idem najspornije je pitanje: Da li kod postojanja ovog načela može da postoji ponavljanje krivičnog postupka na štetu okrivljenog? Tu se podjednako mogu iznositi argumenti i za i protiv. Glavni argument protiv mogućnosti ponavljanja postupka uopšte leži u činjenici da ponovljeni postupak tera sud da svoju odluku zasnuje na sumnjivom i nesigurnom dokaznom materijalu jer protekom vremena dokazi blede i slabe, pogotovo kad se radi o personalnim dokazima, neki se i gube[13]. Uz to, promenjene političke,

[11] Lukić, R., Sistem filozofije prava, Beograd,1992, str. 472.

[12] Buzadžić, M., Res iudicata i kontrola ustavnosti normativnih akata, *Prava čovjeka* br. 2-3/2004 str. 26.

[13] Bejatović, S., Načelo ne bis in idem u krivičnom postupku, U: ``Problemi reintegracije i reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva``, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd,1995, str. 101.

ekonomske i kulturne prilike, kao i protek vremena, promenjeni stav javnog mjenja o krivičnom delu i učiniocu može da dovede do drugačije odluke (presude) u novom postupku nekad čak više nego novi dokazi, a osim toga, novi dokazi i činjenice odvojeni od ostalih dokaza i činjenica slučaja, dobijaju vrednost koju ne bi imali da su razmatrani u vreme prvog suđenja.[14] No, bez obzira na sve teškoće u vezi ponavljanja krivičnog postupka, prvenstveno vezane za problem protoka vremena i dokaznog materijala prisutna su, čini se, opravdana zalaganja protiv izostavljanja svake mogućnosti da se krivični postupak ponovi i na štetu okrivljenog, što je trenutni slučaj sa određenim brojem krivičnopricesnih zakonodvstava uključujći i krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije[15]. Kao osnov ispravnosti ovakvog shvatanja ističe se činjenica da razlozi pravičnosti i istrživanje istine opravdavaju ustanovljavanje u zakonodavstvu mogućnosti da se odstupi od načela ne bis in idem i na ovaj način. Bez obzira na značaj instituta pravnosnažnosti, presuda koja ne odgovara istini ne može se ostaviti na snazi, a razlozi pravičnosti, posmatrano i sa opšteg (društvenog) interesa, pa i radi interesa oštećenog traže novo suđenje kad se pokaže da je pravnosnažna presuda pogrešna bez obzira, ili na štetu ili u korist okrivljenog i to ne nanosi štetu ni pravnom poretku niti bezbednosti pravnih odnosa[16]. Posmatrano u ovom kntekstu tu je i stav da okrivljeni u krivičnom postupku ne može imati neograničene beneficije i prednosti u odnosu na ostale njegove učesnike, niti se može dopustiti da briga o njegovim interesima ide protiv opštih društvenih interesa.[17]

Uz izneseno, kada je reč o ovom aspektu načela još je jedna činjenica koja zaslužuje posebnu pažnju. To je činjenica izuzetno duge istorije njegovog postojanja, što samo po sebi govori o značaju koji se pridavao i pridaje načelu. Istorijski posmatrano, ovo načelo ne susrećemo samo u inkvizitorskom krivičnom postupku. U istom je postojala mogućnost da se pravnosnažno okončani krivični postupak ponovi na osnovu istih dokaza i po istoj

[14] Grubač, M., Ponavljanje krivičnog postupka prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku od marta 1990. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/1990, str. 85.

[15] Prema čl. 4 st. 2. ZKP Srbije pravnosnažna sudska odluka ne može biti izmenjena na štetu okrivljenog.

[16] Radulović, D., Načelo ne bis in idem i kazneno zakonodavstvo Crne Gore, U:``Načelo ne bis in idem i pravna sigurnost građana (Međunarodni pravni standardi, regionalna zakondavstva i iskustva primene)``, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2022, str. 187.

[17] Grubač, M., Načelo zabrane ponovnog suđenja u istoj krivičnoj stvari, *Pravni zbornik*, Podgorica, br. 1/95, str. 47–57.

krivičnoj stvari, zbog postojanja pravnosnažne presude kojom se okrivljeni ostavlja pod sumnjom (tzv. absolutio ab instantia)[18]. Nasuprot ovom u akuzatorskom i savremenom krivičnom postupku načelo je jedno od njihovih bitnijih obeležja.[19]

Uz prednje izneseno o značaju načela govori i činjenica da se o načelu raspravljalo i na Kongresu Međunarodnog udruženja za krivično pravo (AIDP), održanom u Pekingu 2004. god. U rezoluciji usvojenoj na kraju rada kongresa zaključeno je da načelo ne bis in idem treba da bude priznato kao ljudsko pravo. Zatim, tu je i stav da su s obzirom na posebnosti gonjenja na temelju univerzalnog principa moguće zloupotrebe načela kad je postupak u jednoj državi proveden samo da bi se jedno lice zaštitilo od krivične odgovornosti ili kad postupak nije vođen nezavisno, nepristrasno ili pravično.[20]

3.Načelo ne bis in idem i međunarodna pravna akta

Kao što je to već istaknuto jedna od karaktristika načela ne bis in idem je i njegova univerzalnost. Njegovo prisustvo ne samo u nacionalnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu već i u ključnim međunarodnim pravim aktima koja tretiraju problematiku sloboda i prava građana kao subjekata krivične stvari (univerzalnog i regionalnog karaktera) i njegovo tretiranje kako od strane Evropskog suda za ljudska prava tako i nacionalnih ustavnih sudova što pored univerzalnosti govori i o stepenu značaja koji se, sasvim opravdano, pridaje istom. Primera radi navodimo samo neke od njih.

Prvo, u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima[21] načelo ne bis in idem predviđeno je u njegovom čl. 14. st. 7. Prema istom ``Niko ne može biti gonjen ili kažnjen zbog krivičnog dela u vezi kojeg je već bio oslobođen krivice ili osuđen pravnosnažnom presudom prema zakonu i postupku svoje zemlje.`` Obzirom na ovakvu sadržinu ove odredbe, pet je obeležja načela ne bis in idem. Prvo, Pakt zabranjuje ponovno, ne samo kažnjavanje,

[18] Bejatović, S., Krivično procesno pravo, JP ``Sl.glasnik``, Beograd, 2019, str. 121.

[19] Vidi: Bejatović, S., Načelo ne bis in idem u krivičnom postupku, U: ``Problemi reintegracije i reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva``, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1995, str. 99-111; Grubač, M., Načelo zabrane ponovnog suđenja u istoj krivičnoj stvari, *Pravni zbornik*, Podgorica, br. 1/95, str. 47–57.

[20] Simović, M., Međunarodne garancije načela ne bis in idem i njihova implikacija na krivični postupak, *Pravo i pravda*, br. 1/2009, str. 276.

[21] Potpisan u Njujorku 19. decembra 1966. god., ratifikovan Zakonom o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (``Sl. list SFRJ``, br. 7/ 1971).

već i gonjenje (pokretanje postupka) za ranije pravnosnažno presuđeno krivično delo. Drugo, zabrana se odnosi samo na meritorne sudske odluke (osuđujuću i oslobađajuću presudu). Treće, ustanovljeno je važenje samo u okviru iste jurisdikcije. Četvrto, izuzetno je diskutabilno pitanje da li napred navedena formulacija načela dozvoljava ponavljanje krivičnog postupka samo u korist ili i na štetu okrivljenog? Prema nekima postupak se, u smislu ove odredbe, može ponoviti samo u korist okrivljenog, jer to proizilazi iz odrednice da je zabranjeno da neko ponovo bude ``suđen i kažnjen`` iz čega sledi da bi mogao da bude ``oslobođen``[22]. Prema drugim nesporno je da navedena odredba daje mogućnost nacionalnim zakonodavstvima da propišu i mogućnost ponavljanja krivičnog postupka i na štetu okrivljenog[23]. Jedan od rezultata nepreciznosti norme po ovom pitanju je i to da su pojedine države stavile rezervu na ovu odredbu Pakta usled bojazni da će se time lišiti prava na ponovno razmatranje krivične stvari. Usled ovog, Komitet za prava čoveka Ujedinjenih nacija je ocenio da je potrebno napraviti jasnu razliku između ponavljanja postupka na osnovu izuzetnih okolnosti i ponovnog suđenja za istu stvar jer bez postojanja tih izuzetnih okolnosti ponavljanje bi bilo suprotno načelu ne bis in idem i time je izrazio očekivanja da će se, napred pomenute rezerve preispitati.[24] Uz ovo, Komitet je protumačio da pomenuta zabrana vredi samo za domaće, ali ne i na strane pravosnažne presude.[25] Peto, načelo se primenjuje tek nakon pravosnažnog presuđenja stvari, dakle od momenta kada je okrivljeni ``oslobođen ili kažnjen``, što je okončano pravosnažnom presudom. U vezi sa ovim njenim obeležjem u teoriji se ističe da to nije sasvim u saglasnosti sa dejstvom načela ne bis in idem, budući da se zabrana odnosi i na ponovno pokretanje i vođenje krivičnog postupka, a ne samo na ponovno suđenje.[26]

---

[22] Lazin, Đ., Načelo ne bis in idem u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih slobodam, U: ``Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore``, Udruženje za kriminologiju i Krivično pravo Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 346.

[23] Jekić, Z., Zakon o krivičnom postupku i slobode i prava građana, U:``Slobode i prava građana i jugoslovensko krivično zakonodavstvo`` , Udruženje za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, 1994, str. 127.

[24] Beljanski, S., Pravilo non bis in idem u međunarodnom krivičnom pravu, U: ``Međunarodno krivično pravo i ljudske slobode``, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara, 2008, str. 332.

[25] Ivičević, Karas E., Načelo ne bis in idem u Europskom kaznenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu,* br. 2/2014, стр. 274.

[26] Knežević, S., Zabrana dvostruke ugroženosti i ljudska prava okrivljenog, *Pravni život,* br. 9 /2007, Tom I, str. 287

Drugo, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda u svom izvornom tekstu izričito ne predviđa načelo ne bis in idem. Usled ovog postavljalo se pitanje: Da li odedba čl. 6. Konvencije (Pravo na pravično suđenje) pokriva i zabranu ne bis in idem na šta nije bilo jedinstvenog odgovora. Dilema je rešena Protokolom br. 7 uz Evropsku konvenciju[27]. U čl. 4. st. 1. ovog Protokola propisano je da se ``Nikome ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države``, a u st. 2. ovog čl. napravljen je izuzetak od ovog pravila i on predviđa da ``Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom date države ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod``.

Analiza odredaba čl. 4. Protokola br. 7. i sudske prakse Evropskg suda za ljudska prava po ovom pitanju pokazuje pet ključnih obeležja načela ne bis in idem. Prvo, zabrana ne bis in idem primjenjuje se samo na nacionalnom nivou, u okviru jedne države pa govorimo o nacionalnom ne bis in idem jer države smatraju jus puniendi i njegovu sveobuhvatnu primenu značajnim za njihov nacionalni suverenitet i posledica je teritorijalnog principa važenja krivičnog zakonodavstva kao primarnog. U vezi sa ovim obeležjem načela treba imati u vidu i to da se u većini nacionalnih krivičnih zakonodavstava daje određeni značaj činjenici da je nekom licu već suđeno pred sudom druge države, bilo da se tada postojanje pravosnažne odluke tretira kao apsolutna smetnja za ponovno krivično gonjenje, bilo kao pravilo da se tada krivično gonjenje dodatno uslovljava odgovarajućim odobrenjem nadležnog organa.[28] U savremenom međunarodnom pravu u središte pažnje je došla nova dimenzija načela dvostruke ugroženosti, a to je transnacionalna dimenzija zbog porasta krivičnih dela sa inostranim elementom, pa tu govorimo o transnacionalnom ne bis in idem koji se široko primjenjuje u zemljama Evropske unije.[29]

Drugo, za razliku od Međunarodnog pakta o građanskim i političkim

[27] Evropska konvencija donesena je u Rimu 4. novembra 1950. godine, a stupila je na snagu 1953. Protokol 7 sačinjen je u Strazburu 28. maja 1983, a stupio je na snagu 1988. I konvencija i dotatni protokoli kod nas su ratifikovani Zakonom o ratifikaciji 2003. (``Službeni list SCG``, br. 9, 2003)

[28] Škulić, M., Bugarski, T., Krivično procesno pravo, Pravni fakultet, Novi Sad, 2015, str. 105.

[29] Simović, M., Međunarodne garancije načela ne bis in idem i njihova implikacija na krivični postupak, *Pravo i pravda,* br. 1/2009, str. 276.

pravima Evropska konvencija propisuje razloge za ponavljanje krivičnog postupka. Prema istoj dva su osnova koja mogu dovesti do ponovnog otvaranja pravnosnažno okončanog postupka. Prvi se odnosi na činjenice a drugi na pravna pitanja. Kada je reč o činjenicama propisano je da je otvaranje postupka moguće ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjencama, što obuhvata sve dokaze u vezi sa postojećim činjenicama. Kada je reč o pravnim pitanjima kao osnovu za otvaranje novog postupka to će biti slučaj ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod. Shodno ovom potrebno je pre svega da povreda prava bude bitna, odnosno da je u odlučujućoj meri mogla da utiče na ishod postupka, a ona može biti kako povreda procesnog tako i povreda materijalnog krivičnog prava. Dakle, predviđeno je da je bitna povreda mogla da utiče na ishod ranijeg postupka a ne da je uticala na ishod postupka. Na ovaj način nacionalnim zakonodavstvima ostavlja se mogućnost za šire propisivanje bitnih povreda koje mogu predstavljati razlog za ponovno otvaranje postupka.

Treće, Evropska konvencija o ekstradiciji[30] takođe predviđa načelo ne bis in idem. Prema njenom čl. 9. izdavanje se neće odobriti ako su nadležni organi zamoljene strane već pravosnažno osudili lice za delo ili dela zbog kojih se traži izdavanje.

Četvrto, Evropska konvencija o prenosu (transferu) postupka u krivičnim stvarima[31] takođe predviđa ovo načelo. U njenom čl. 35 st. 1. propisano da je zabranjeno gonjenje, kažnjavanje i podvrgavanje izvršenju krivičnih sankcija u drugim državama lica protiv kojih je doneta pravnosnažna i izvršna krivična presuda kojom je oslobođeno, ukoliko mu je izrečena krivična sankcija izvršena, ili je u toku, ako postoje okolnosti koje isključuju krivično gonjenje ili ako ga je sud oglasio krivim, ali nije izrekao sankciju. Prema st. 2. ovog čl. države ugovornice su ovlašćene da ne primenjuju ovo načelo ako je krivično delo iz presude upereno protiv lica ili institucija koji imaju javni interes ili je lice protiv koga je donesena presuda imalo javni status u datoj državi (čl. 35. st. 2). U slučaju odstupanja od načela ne bis in idem države su obavezne da u slučaju izricanja kazne zatvora u istu uračunaju vreme lišenja slobode u drugoj državi.

Peto, načelo ne bis in idem je jedno od bitnijih obeležja međunarodnih krivičnih pravosudnih institucija. Predviđeno je i u Statutu Međunarodnog tribunala za bivšu Jugoslaviju[32] i u Statutu stalnog Međunarodnog krivičnog

[30] Usvojena u Parizu 13. decembar 1957.
[31] Strasbourg, 15. mart 1972.
[32] Osnovan od Saveta bezbednosti UN 1992.

suda[33] s tim da ono ima različito dejstvo u zavisnosti od činjenice da li je reč o presuđenoj stvari od strane Tribunala ili od strane nacionalnih sudova. Prema st. 1. čl. 10. Statuta Međunarodnog tribunala za bivšu Jugoslaviju načelo ima apsolutno dejstvo u slučaju da je za predmetno krivično delo sudio Tribunal. Prema istom ni jednom licu neće biti suđeno pred nacionalnim sudom za akte koji čine ozbiljne povrede međunarodnog humanitarnog prava ako je već suđeno pred Tribunalom. Za razliku od ovog u st. 2 ovog čl. situacija je drugačija. Prema istom ``Ako je presudu o istom delu i prema istom učiniocu donio nacionalni sud, Tribunal može ponovo da sudi u slučaju: Ako je akt za koji je lice osuđeno pred nacionalnim sudom bio kvalifikovan kao obično krivično delo, a ne kao delo protiv međunarodnog humanitarnog prava; Ako postupak pred nacionalnim sudom nije bio nepristrasan i nezavisan ili ako je postupak bio organizovan tako da zaštiti okrivljenog od međunarodne krivične odgovornosti ili ako o delu nije bilo suđeno sa dužnom pažnjom.`` (Relativno dejstvo načela ne bis in idem)[34]. Slično rešenje principa ne bis in idem predviđeno je i u Statutu stalnog Međunarodnog krivičnog suda. Prema njegovom čl. 20. pred Međunarodnim krivičnim sudom se ne može voditi krivični postupak protiv nekog lica za isto delo za koje je već bilo osuđeno ili oslobođeno, niti se pred drugim sudom može suditi za zločin predviđen u njegovom čl. 5 za koji je to lice već osuđeno ili od koga je oslobođeno pred Međunarodnim krivičnim sudom. Nasuprot ovom, protiv lica protiv kojih je vođen postupak pred nekim drugim (nacionalnim) sudom za zločin genocida, zločine protiv čovečnosti i ratne zločine (dakle izuzimajući agresiju) ne može se pred Međunarodnim krivičnim sudom voditi postupak za isto delo osim ako je postupak pred tim drugim sudom vođen da bi se određeno lice zaštitilo od jurisdikcije Međunarodnog krivičnog suda, ako postupak pred tim sudom nije vođen nezavisno ili nepristrasno i ako je vođen na način koji, sudeći prema okolnostima, nije vođen sa ciljem da se izvrši pravda.[35]

[33] Usvojen 17. jula 1998. god. (Zakon o potvrđivanju rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda (``Sl. list SRJ-Međunarodni ugovori``, br. 5/2001).

[34] Nije mali broj nejasnoća u vezi sa ovakvim rešenjem Statuta Tribunala, npr. ko je nadležan i na koji način da ceni da li je postupak vođen pred nacionalnim sudom bio nezavisan i nepristrasan, ili, na koji način i ko da utvrdi da se hteo okrivljeni zaštititi od međunarodne krivične odgovornosti. Zatim, koji su standardi merodavni za ocenu da li je postupak vođen sa posebnom pažnjom i sl. (Vidi: Banović, B., Bejatović, S., Osnovi međunarodnog krivičnog prava, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac, 2011, str. 161).

[35] I ovde se, kao i kod Tribunala za bivšu Jugoslaviju postavlja pitanje na koji način, na osnovu kojih kriterija i koji organ suda će da vrši procenu o nezavisnosti i nepristrasnosti

Literatura

- Banović,B.-Bejatović,S.,Osnovi međunarodnog krivičnog prava, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac, 2017.
- Bejatović, S., Krivično procesno pravo, JP ``Sl.glasnik``, Beograd, 2019.
- Bejatović, S., Načelo ne bis in idem u krivičnom postupku, U: ``Problemi reintegracije i reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva``, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd,1995.
- Beljanski,S., Pravilo non bis in idem u međunarodnom krivičnom pravu, U: ``Međunarodno krivično pravo i ljudske slobode``, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara,2008.
- Bajović, V. Načelo ne bis in idem, *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo, Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014
- Radulović,D., Načelo ne bis in idem i kazneno zakonodavstvo Crne Gore, U:``Načelo ne bis in idem i pravma sigurnost građana (Međunarodni pravni standardi, regionalna zakondavstva i iskustva primene)``, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2022.
- Đurović, S., Prekršajni postupak u jednoj državi , krivični postupak u drugoj državi (ne bis in idem),U ``Međunarodna sudska, tužilačka i policijska saradnja``,Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd, 2015.
- Grubač, M., Ponavljanje krivičnog postupka prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku, od marta 1990.g, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br.3/1990.
- Grubač, M.,Načelo zabrane ponovnog suđenja u istoj krivičnoj stvari, *Pravni zbornik*, Podgorica, br. 1/95
- Lazin, Đ., Načelo ne bis in idem u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih slobodam, U: ``Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore`` , Udruženje za kriminologiju i Krivično pravo Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004.

nacionalnog suda, ko će i kako utvrđivati da li je postojala namera da se odnosno lice sačuva od jurisdikcije Međunarodnog krivičnog suda i da li je postupak vođen pod okolnostima da se postigne pravda i sl. (Vidi: Banović, B., Bejatović, S., Osnovi međunarodnog krivičnog prava, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac, 2017, str. 165).

– Simović, M.,Međunarodne garancije načela ne bis in idem i njihova implikacija na krivični postupak, Pravo i pravda, br.1/2009.
– Ivičević, Karas E.,Načelo ne bis in idem u Europskom kaznenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br.2/2014
– Simović, M.,Međunarodne garancije načela ne bis in idem i njihova implikacija na krivični postupak, Pravo i pravda, br.1/200
– Ilić, G. Načelo *ne bis in idem* u prekršajnom postupku, *Kaznena reakcija u Srbiji VIII deo, Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.
– Ilić, G. Načelo *ne bis in idem* u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Strani pravni život* 3/2017.
– Mrvić-Petrović. N, Poštovanje načela *ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela, *Nauka, bezbednost i policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, br. 2/2014.

Sandra Dokić

PRINCIPLE OF NE BIS IN IDEM AND LEGAL SECURITY OF CITIZENS

Abstract: *There are several issues that are the subject of expert-critical analysis of the principle of ne bis in dem as one of the most important instruments of legal security of citizens, viewed in general and not only within the framework of one state - within the national framework. There are several proofs of the justification of the statement of such a high degree of actuality of the principle, and one of them is the fact that it is of a universal character provided for in the key international legal acts that treat the issue of freedom and human rights and that, as a rule, it is expressly provided for in national constitutions as well tells himself about the degree of its importance.*

Among the quite a few questions that make up the content of the work, those concerning: Introductory notes on the principle, its concept, elements and effect stand out. These and other issues that make up the content of the work were analyzed from four aspects (criminal-political, theoretical, normative and practical).

Key words: *ne bis in idem principle, criminal legislation, court, identity of criminal case, international criminal law, criminal act, retrial.*

Издавач:

Удружење правника Републике Српске

За издавача:

Академик проф. др Витомир Поповић

Припрема за штампу:

Даниел Грујић

Штампа:

ГРАФОМАРК
ЛАКТАШИ

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.